

Algunos problemas en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el fallo *Simón* de la Corte Suprema argentina

Leonardo Filippini*

Presentación

El 14 de junio de 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final (23.492) y de Obediencia Debida (23.521) en el caso *Simón*¹, revocando la anterior doctrina a favor de la validez de esas normas que el tribunal reiteraba desde el caso *Camps*². El camino entre una decisión y otra estuvo marcado de modo decisivo por la evolución de la jurisprudencia argentina respecto de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos³.

Todos los comentarios al fallo señalaron la incidencia decisiva del derecho internacional en la sentencia. Carolina Fernández Blanco, por ejemplo, destacó que el fallo de la Corte fue decidido “con fundamento casi exclusivo en argumentos de Derecho Internacional”⁴, María José Gumbre interpretó que la evolución del derecho nacional e internacional “obligó” a los jueces a revisar su primera posición⁵ y Pablo Parenti observó que los

* Abogado ('98) Universidad de Buenos Aires. Master en Derecho ('04) Universidad de Palermo. LL.M. ('06) y doctorando, Yale Law School. Una versión anterior, más reducida, se publicó como *Tres problemas en la aplicación del derecho internacional en el caso Simón*, (nota a fallo) en REVISTA DE DERECHO PENAL Vol. 2006-3, Lexis Nexis, Buenos Aires, pp. 436-447 (2006).

¹ CSN, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-*, S. 1767. XXXVIII (14/6/2005).

² CSN, *Camps*, Fallos: 310:1162 (1987) dejó sentada la validez constitucional de la Ley de Obediencia Debida. A este precedente se han remitido diversos fallos posteriores que las han aplicado; Fallos: 311:401, 816, 890, 1085 y 1095; 312: 111; 316:532 y 2171 y 321:2031, entre otros.

³ El presidente de la Corte expresó que “[...] a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*” (cons. 15).

⁴ Fernández Blanco, Carolina; “La relación entre derecho internacional y derecho interno en el caso ‘Poblete’”, en NUEVA DOCTRINA PENAL, 2005-B, del Puerto, Buenos Aires, p. 595.

⁵ Gumbre, María José; “La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina”, en REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS SUR, Año 3, Nro. 4, Red Universitaria de Derechos Humanos, San Pablo, (2006), Introducción.

argumentos del fallo “centralmente se ocupan del derecho internacional y de su posible aplicación por nuestros tribunales”⁶.

Los críticos a la solución del fallo también destacaron la influencia del derecho internacional y, precisamente, han denunciado que el error del máximo tribunal ha sido su incorrecta utilización. Así lo entendieron, por ejemplo, Gregorio Badeni⁷ y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales⁸. Con mayor vehemencia Enrique Díaz Araujo ha criticado que en materia de derechos humanos “se ha puesto de moda una posición internacionalista y unilateral a ultranza”⁹.

En este trabajo quiero presentar algunas notas críticas respecto de la utilización del derecho internacional en el fallo. Primero discutiré la corrección del uso del caso *Barrios Altos*¹⁰ como precedente para el tribunal argentino en el examen de la situación en *Simón*. En segundo lugar, analizaré la atribución de efectos obligatorios a la doctrina de la Corte Interamericana en casos en los que el Estado no ha sido parte. En tercer lugar, haré referencia a la afirmación sobre la efectiva vigencia del principio de jurisdicción universal y al argumento de acuerdo con el cual convalidar las leyes habría acarreado la lesión a la dignidad internacional de la República Argentina. Finalmente, me referiré al uso dispar dado en *Simón* a los informes del Comité contra la Tortura respecto del caso argentino.

El enfoque propuesto omite discutir numerosas cuestiones que también deben revisarse y los problemas que presento no pueden fundar una conclusión acabada sobre lo decidido.

⁶ Parenti, Pablo; “La relación entre Derecho Internacional y Derecho Penal nacional: El caso “Simón”- Algunas observaciones sobre la aplicación del derecho internacional por la mayoría de la Corte en el fallo “Simón”, en Pastor, Daniel (ed.), EL SISTEMA PENAL EN LAS SENTENCIAS RECIENTES DE LA CORTE SUPREMA, Ad-Hoc, Buenos Aires (2007).

⁷ Badeni, Gregorio; “El caso ‘Simón’ y la supremacía constitucional”; LA LEY, Suplemento Penal julio 2005, p. 9.. Allí este autor dice: “¿Es, o no, la Corte Suprema de Justicia el tribunal superior de la Nación? Aparentemente, habría perdido esa cualidad por imperio del derecho internacional reconociendo, como tribunal de alzada a su respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero, esa conclusión, ¿se compadece con los arts. 1º, 27 y 108 de la Constitución Nacional? Entendemos que no, así como tampoco con los términos de la ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional de 1994 y los fundamentos expuestos en el seno de la Convención Reformadora” (cfr. pto. IX).

⁸ Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; “Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional”; 25 de agosto de 2005. Disponible en <http://www.academiadederecho.org.ar/declaraciones.htm>. El punto 5 del dictamen concluye que: “La doctrina judicial que asigna primacía a los tratados de derechos humanos y a la costumbre internacional sobre las normas de la Constitución Nacional implica conculcar su Art. 31, que establece el orden de prelación jurídica del sistema normativo argentino, y si aceptáramos que la reforma constitucional ha modificado dicho Art. 31, la reforma sería nula de nulidad absoluta, porque así lo disponen los arts. 6º y 7º de la ley 24.309 que convocó a la Convención reformadora y que disponen que ella no puede introducir modificación alguna en la primera parte de la Constitución (Arts. 1 al 35 inclusive), lo que así corresponde de *lege ferenda*”.

⁹ Díaz Araujo, Enrique; “Internacionalismo salvaje”, en JURISPRUDENCIA ARGENTINA, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005-III-898

¹⁰ Corte IDH, *Caso Barrios Altos*, Sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75 (2001) y *Caso Barrios Altos —Chumbipuma Aguirre y otros v. El Perú— Interpretación de la Sentencia de Fondo*, Serie C N° 83, art. 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sentencia del 3 de septiembre de 2001.

Coincidió con la dirección de la mayoría respecto de la invalidez de las normas de impunidad. Sin embargo, el objeto de este trabajo no es debatir ese asunto sino iluminar algunos usos cuestionables del derecho internacional por parte de la Corte.

No es la primera ocasión en la que la Corte argentina luego del profundo recambio de miembros que tuvo entre 2002 y 2004 utiliza el derecho internacional de los derechos humanos para ejercitar cierto activismo judicial, en este caso, invalidando leyes del congreso que fueron sancionadas durante la democracia. La Corte argentina parece haber emprendido un camino más o menos compartido por otros superiores tribunales en la región. Ello justifica poner bastante atención a la corrección con la que el tribunal está aplicando ese cuerpo normativo en sus decisiones y llamar la atención sobre algunos puntos críticos. Mi análisis de los aspectos señalados concluye que la Corte argentina en *Simón* debería haber ofrecido razones más claras acerca del modo en que opera el derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito nacional y del modo en que ese ordenamiento se vincula con la sustancia de los asuntos que llegan al tribunal.

I. El valor de *Barrios Altos* como precedente

1. Similitudes y diferencias entre los casos *Barrios Altos* y *Simón*

La mayoría de la Corte argentina otorgó un valor central al criterio sentado por la Corte Interamericana en el caso *Barrios Altos*¹¹.

El juez Petracchi dijo que “[...] **la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en ‘Barrios Altos’ al caso argentino resulta imperativa**, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales” (considerando 24, sin destacado, en adelante “cons.”).

El juez Boggiano citó fragmentos de esa decisión para concluir que las leyes eran insanablemente inconstitucionales en tanto y en cuanto pudiesen extinguir la persecución de delitos de lesa humanidad (cons. 21-22 y 37).

El juez Maqueda se pronunció en un sentido similar (cons. 19, 21 y 73).

El juez Zaffaroni fue enérgico y dijo que “[...] conforme al **criterio de aplicación obligada** sostenido por la Corte Interamericana [...] las mencionadas leyes no pueden producir ningún efecto según el derecho internacional regional americano [...]” (cons. 14, sin destacado). Agregó que “[...] **la clara jurisprudencia de ‘Barrios Altos’ exige** que ningún efecto de esas leyes pueda ser operativo como obstáculo a los procesos [...] de las personas involucradas en los crímenes de lesa humanidad [...]” (cons. 15, sin destacado).

¹¹ También —aunque prestándole menor atención— se refirieron al Informe 28/92 de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos. Por ejemplo, el voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco (cons. 26).

También la jueza Highton de Nolasco recurrió a *Barrios Altos* (cons. 14, 24 y 25). Dijo que “[...] **la clara y terminante doctrina** sentada [...] 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” (cons. 29, sin destacado).

El juez Lorenzetti argumentó de un modo similar (cons. 21-25) y señaló al igual que Zaffaroni que “[...] **la clara jurisprudencia de ‘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 cometidos en el período comprendido por ellas” (cons. 25, sin destacado).

La jueza Argibay, finalmente, recurrió a la cita de *Barrios Altos* para discernir lo único que a su juicio estaba en discusión en el caso¹², es decir, los efectos de la clasificación de un hecho como crimen de lesa humanidad, en particular, el deber del Estado de establecer judicialmente quiénes han sido sus responsables como opuesto al derecho invocado por la defensa.

La disidencia del juez Fayt, sin embargo, denunció que era insostenible predicar la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida sobre la base de “una interpretación sobre la interpretación que la Corte Interamericana realiza para un caso totalmente disímil” (cons. 85-86)¹³ y concluyó que la decisión de la Corte Interamericana no podía trasladarse al estudio de las normas que se cuestionaban en *Simón* (cons. 77).

El juez disidente organizó sus argumentos en dos categorías. A su entender, las leyes eran diferentes, en uno y otro caso, tanto atendiendo a su origen, como a los efectos que generaron (cons. 78). Aun sin recurrir a ninguna teoría en particular acerca de cuáles notas deben considerarse para decidir la utilización de un precedente, la enumeración que hace Fayt alcanza como definición ostensible de varios elementos relevantes a tal fin.

Respecto del origen de las normas cuestionadas en uno y otro caso, Fayt ha indicado, en lo esencial, lo siguiente:

1. En Argentina, las leyes fueron producto del perdón de un nuevo gobierno. En Perú, del propio gobierno bajo cuyas órdenes se cometieron los delitos (cons. 79).

¹² La jueza Argibay hizo una aclaración que no está presente en los demás votos: “El debate sobre el acierto de la clasificación como delitos de lesa humanidad, así como la discusión sobre la prueba de los hechos y la aplicación de la ley penal interna, no está cerrada y puede reproducirse y desarrollarse con total amplitud en ocasión del juicio oral que culminará con el dictado de la sentencia definitiva. El tribunal de juicio, y los que intervengan por recurso contra la sentencia definitiva, no se verán en absoluto limitados por lo que haya resuelto la Cámara de Apelaciones en la resolución confirmatoria del auto de procesamiento, que es ahora materia de recurso extraordinario” (cons. 10º).

¹³ Fayt dice que tampoco las conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 28/92, que sí se refieren a la situación argentina, enervaban lo decidido en *Camps* (cons. 86).

2. En Argentina las leyes fueron anunciadas durante la campaña electoral de 1983 y debatidas en el Congreso¹⁴. En Perú, no hubo debate público (cons. 80).

3. Las leyes argentinas cumplieron con los requisitos de legalidad, legitimidad, validez y vigencia y transitaron por todos los procedimientos regulares de sanción, promulgación y control judicial suficientes, establecidos en la Constitución Nacional, con la intervención de los tres poderes del Estado. En Perú, ello no fue así (cons. 80).

4. Las leyes en Argentina fueron parte de un proceso de pacificación, en los términos que considera aceptables el juez Sergio García Ramírez en *Barrios Altos*. Las leyes del Perú no alcanzan ese estándar (cons. 80).

5. Las leyes argentinas fueron concebidas para ser aplicadas sólo respecto de aquellas conductas vinculadas con los hechos que motivaban el proceso de pacificación. En Perú no hubo tal proceso (cons. 80).

Con relación a los efectos que las leyes produjeron Fayt agrega:

6. Las leyes argentinas no impidieron que continuaran los procesos contra aquellos a quienes la norma no exoneraba¹⁵. Las leyes peruanas implicaban la absoluta impunidad (cons. 81).

7. No puede decirse que las leyes argentinas hayan impedido conocer la verdad acerca de lo ocurrido, en concreto respecto de los hechos del caso. En cambio, la Corte Interamericana afirmó que las leyes peruanas impidieron a las víctimas conocer la verdad (cons. 82).

8. La imposibilidad de condenar al entonces suboficial de la Policía Federal Julio Héctor Simón no puede equipararse a la “indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad” que fustiga *Barrios Altos* (cons. 83).

9. Las leyes de “Punto Final” y de “Obediencia Debida” establecieron un plazo para denunciar y, posteriormente, la exoneración de los subordinados. Las leyes del Perú, en cambio, sustrajeron a las víctimas de toda protección judicial (cons. 83).

¹⁴ Fayt sigue para la descripción de todo el proceso a Carlos Nino. Nino, Carlos S.; *JUICIO AL MAL ABSOLUTO*, Emecé, Buenos Aires (1997).

¹⁵ Fayt agrega que “no sería necesario declarar la inconstitucionalidad de las leyes con el objeto de que se investiguen los hechos que se imputan en esta causa y se sancione a los responsables, a fin de cumplir con los deberes impuestos por las Convención Americana, toda vez que varios de los militares aquí querellados por el Centro de Estudio Legales y Sociales no se verían —en virtud de su jerarquía— alcanzados por las previsiones impugnadas” (cons. 81).

10. Las leyes argentinas otorgaron una amnistía de alcance razonable, en los términos que el juez Sergio García Ramírez declara aceptables, a diferencia de lo que ocurrió en el Perú (cons. 83).

Fayt, sobre la base de estas diferencias, concluye en contra de la mayoría que sería arbitraria una declaración de inconstitucionalidad cuyo fundamento consista en que las leyes argentinas no pueden superar respecto de su origen o efectos el estándar exigido en *Barrios Altos*.

Así las cosas, es ineludible prestar un poco de atención al modo en que los jueces de la mayoría analizaron el grado en que ambos casos se asemejaban, así como a las razones acerca de por qué ese grado de similitud resultaba suficiente para justificar el uso de *Barrios Altos* como precedente.

A nuestro modo de ver, y tal como exponemos en las secciones que siguen, las objeciones de Fayt no han recibido un adecuado tratamiento por parte de la mayoría de la Corte, aun cuando algunos de sus puntos pueden considerarse implícitamente respondidos. No se ha establecido un diálogo útil entre los ministros en torno a las objeciones de la disidencia y la pluralidad de votos y el acento que cada uno puso en aspectos diversos del caso hacen dificultosa la identificación de los acuerdos en los aspectos más finos de la decisión¹⁶.

2. Diferencias por el origen de las normas

El criterio de la mayoría de la Corte argentina es uniforme en restar importancia al procedimiento de origen de las leyes al momento de decidir la utilización de *Barrios Altos* como precedente. Según el fallo, no interesa demasiado el proceso a través del cual se ha arribado a una decisión colectiva a fin de evaluar su compatibilidad con la Convención American. Lo relevante, de acuerdo con lo que la mayoría interpreta que la Corte Interamericana dijo en *Barrios Altos* es el juicio sustantivo acerca de sus previsiones. Llanamente, cualquier tipo de medida que impida la persecución de una violación grave a los derechos humanos es prohibida.

El voto de Petracchi ilustra cuál es la opinión de la mayoría en este sentido. Sus afirmaciones contestan con contundencia las observaciones de Fayt sobre la importancia del origen de las normas.

El presidente del tribunal expresó que “[...] para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [en el Informe 28/92], la circunstancia de que los actos en

¹⁶ Con todo, éste no parece ser un problema exclusivo del fallo comentado, sino una característica general del modo en que la Corte construye su jurisprudencia. Como ha observado Hernán L. Folgueiro, “... parecería que esta etapa institucional de la Corte Suprema [argentina] se caracteriza por la incapacidad de los jueces para concordar en los argumentos y por la gran extensión de los votos”; “Inconstitucionalidad de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Notas al fallo ‘Simón’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en DERECHO A LA IDENTIDAD Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, p. 67 (2006).

cuestión hubieran sido dictados por órganos democráticos fundados en la urgente necesidad de reconciliación nacional y de la consolidación del régimen democrático (tal había sido la alegación del gobierno argentino) era prácticamente irrelevante a los fines de la determinación de la lesión de los derechos a que se refieren los arts. 8.1 y 25.1 de la CADH (cons. 21).

Y agregó que: “[...] sería posible encontrar diversos argumentos para distinguir uno y otro caso, pero tales distinciones [entre *Barrios Altos* y *Simón*] serían puramente anecdóticas. Así, por ejemplo, la situación que generó las leyes peruanas y su texto no son, por cierto, “exactamente” iguales a las de punto final y obediencia debida. Sin embargo, a los fines de determinar la compatibilidad de dichas leyes con el derecho internacional de los derechos humanos, no es esto lo que importa (cons. 24).

Para Petracchi “[...] lo que indujo al tribunal interamericano a descalificar dichas reglas no fue tanto que el régimen haya intentado beneficiarse a sí mismo, en forma directa, con la impunidad de los delitos que él mismo cometió (a la manera de lo ocurrido en nuestro país con la ley de facto 22.924). Antes bien, el vicio fundamental no deriva tanto del hecho de que se trate de un perdón dictado por el propio ofensor o del carácter *de facto* o no del gobierno que las dicta, sino que son *razones materiales* las que imponen la anulación de leyes de estas características” (cons. 24).

La primera observación de Petracchi es acertada en el sentido de que, efectivamente, la Comisión Interamericana no parece haber prestado mayor atención al procedimiento a través del cual las leyes fueron sancionadas. No obstante, ello no significa que sea correcto desatender el examen del origen de las normas para analizar su validez, para interpretar sus alcances, o para cotejar las similitudes entre dos casos diversos a efectos de usar una decisión como precedente.

Por cierto, que la Comisión Interamericana efectivamente haya considerado “irrelevante” evaluar si los actos habían sido dictados por órganos democráticos en la necesidad de la consolidación del estado de derecho dice poco acerca de la virtud de semejante análisis. Parece más bien una introducción apropiada para cuestionar la estrechez de sus consideraciones, en particular tratándose de un órgano internacional con funciones políticas y judiciales concurrentes. Petracchi mismo, como recuerda Fayt en su disidencia, había ofrecido expresiones elocuentes respecto de los procedimientos deliberativos y los procesos de pacificación en las consideraciones de su voto en *Camps* que validó las leyes ahora impugnadas (cons. 80 de la disidencia de Fayt).

La sola referencia a la lacónica argumentación de los órganos interamericanos no es una buena razón para aplicar rotundamente la doctrina de *Barrios Altos* a la solución de *Simón*. Los procedimientos a través de los cuales se adoptan decisiones colectivas tienen bastante importancia en nuestra cultura jurídica y hay numerosos ejemplos acerca de la relevancia del análisis de la dimensión institucional, incluso en el ámbito interamericano¹⁷. La mayoría quedó abroquelada detrás de una única interpretación de las

¹⁷ Por ejemplo, toda la doctrina referida a la “fórmula de la cuarta instancia” que exige de la Comisión Interamericana cierta deferencia respecto de las decisiones de los jueces nacionales, adoptadas conforme a
Material de lectura del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. 7
<http://www.seminariogargarella.blogspot.com>

decisiones interamericanas según la cual la consideración del objeto de la amnistía —las “razones materiales” a las que alude Petracchi— es el único baremo para evaluar la justicia de la renuncia a la persecución penal.

En contra, podría alegarse que la Corte Interamericana, en verdad, sólo exige que la persecución penal de ciertos comportamientos, dada su gravedad, únicamente se limite por razones muy calificadas y que para tasar esas razones debe evaluarse seriamente el procedimiento que precede la adopción de las restricciones. Bajo esta óptica, por ejemplo, las amnistías absolutas y sin mayores precauciones son indiscutiblemente prohibidas, pero queda un margen, aunque mínimo, para la validez de otras medidas alternativas a la persecución penal. *Barrios Altos* debió haber sido leído en su contexto.

Por otro lado, y como destacó Fayt en su disidencia, las observaciones de la Comisión Interamericana en el Informe 28/92 —que harían “prácticamente irrelevante” la consideración del contexto político— se refirieron tanto a las leyes como a los indultos del ex presidente Carlos Menem, por lo que su aplicación en *Simón*, en el que sólo se discutía la validez de las leyes, merecía algunas aclaraciones adicionales.

En lugar de atender los matices, el enfoque de la mayoría hizo de la conclusión su principal argumento. Las consideraciones conducentes a diferenciar los casos *Barrios Altos* y *Simón* por el origen de las normas fueron rechazadas de plano, en tanto su distinción conducía a autorizar un límite a la persecución penal en el caso argentino, y solamente por ello. *Simón* debió decir más y mejor por qué un caso y otro eran análogos, al menos, respecto de la importación irrestricta de la doctrina de *Barrios Altos* al caso argentino. A través de tal omisión, la Corte argentina también obvió considerar con mayor atención la posible influencia de los procesos nacionales sobre el derecho internacional¹⁸.

Lo dicho no significa que la disidencia tenga completa razón. Fayt hizo bien en acentuar el valor del proceso interno en la diferenciación de *Barrios Altos* y *Simón* pero el modo en que abordó la cuestión también presenta defectos. La cita recurrente al trabajo de Carlos Nino, por ejemplo, es imprescindible, pero insuficiente. Nino fue asesor del presidente Raúl Alfonsín y un académico brillante. Un análisis más balanceado de la

las pautas del debido proceso. Cfr., entre otros, CIDH; *Abella y otros v. Argentina*, Caso 11.137, Informe 55/97, CIDH, OEA/Ser/L/V/II.97 (Nov. 18, 1997), 143. El mismo cuidado tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que reconoce un “margen de apreciación nacional” a fin de incluir la diversidad de las realidades jurídicas locales en la interpretación de las normas internacionales. Cfr. Valiña, Liliana; “El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”; en AA.VV. Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.); *LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES LOCALES*; Centro de Estudios Legales y Sociales – del Puerto, Buenos Aires, 2da. ed., (1998).

Disponible en <http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300i.htm>.

¹⁸ En el derecho internacional, caracterizado por la ausencia de una autoridad de aplicación similar a los Estados nacionales respecto de sus respectivos derechos, el actor que hace operativa una regla también colabora a su definición. Por eso se puede alegar que no existe un proceso internacional escindido de los procesos nacionales, sino un único proceso transnacional. Cfr. Koh, Harold H.; “Transnational Legal Process”; en 75 *NEBRASKA LAW REVIEW*, 181 (1996), p. 205.

cuestión, no obstante, reclamaba revisar las opiniones de otros autores. En especial, las de quienes se opusieron a la sanción de las leyes¹⁹.

En el mismo sentido, la descripción del proceso deliberativo sin mayores menciones a los alzamientos militares que abrieron el camino a las leyes, o a las reacciones contrarias en el Senado argentino, le quita algo de valor persuasivo a las contundentes conclusiones de Fayt sobre el consenso alcanzado para la sanción de las normas.

3. Diferencias por los efectos de las normas

La mayoría tampoco ha contestado del todo las objeciones sobre los diversos efectos de las leyes argentinas y los de aquellas valoradas en *Barrios Altos* por la Corte Interamericana. Nuevamente, seguiremos la voz de Petracchi que de algún modo sugiere cuál ha sido la posición de la mayoría en este punto.

El presidente de la Corte dijo que “[...] las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de ‘autoamnistía’. Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes *ad hoc*, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos [...] son *razones materiales* las que imponen la anulación de leyes de estas características” (cons. 24). Y concluye que “[...] en la medida en que dichas normas obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados mencionados, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado argentino, y resultan inadmisibles” (cons. 25).

A pesar de esta descripción, no hubo un acuerdo entre los jueces de la mayoría y el juez en disidencia acerca de cuáles fueron los efectos de las leyes argentinas. Fayt había planteado que en nuestro país sólo se había restringido el sistema de imputación, sin obstaculizar el acceso a la verdad de las víctimas y que, dado que el marco legal concentraba la responsabilidad en los mandos superiores la amnistía podía ser considerada “razonable” de acuerdo con el estándar fijado por la Corte Interamericana en *Barrios Altos*. En otras palabras, el problema principal eran los indultos dictados por el presidente Carlos Menem en 1989 y en 1990 y no las leyes de la administración de Raúl Alfonsín de 1986 y 1987. Los planteos de la disidencia, sin embargo, fueron rechazados de un plumazo. La mayoría argumentó que cualquier obstrucción a la persecución penal contra algún posible responsable por la violación a los derechos humanos viola la Convención Americana.

Se trata, al fin de cuentas, de otra discusión no saldada por la Corte, pues las leyes argentinas se ubican en una zona gris. Es obvio que no impidieron toda persecución, pero también es claro que restringieron severamente la intervención penal, en el tiempo,

¹⁹ Por ejemplo, entre muchas otras, las objeciones de Marcelo Sancinetti. Cfr. Sancinetti, Marcelo; DERECHOS HUMANOS EN LA ARGENTINA POST-DICTATORIAL, Manuel Lerner Editores Asociados, Buenos Aires (1988).

primero y respecto de las personas involucradas después. La mayoría declaró sin mayores distinguos que ningún acto podía quedar exento de persecución y que por ello cualquier efecto astringente debía censurarse. Pero esto no es completamente cierto. Por lo contrario, la mayoría debió haber contestado el argumento acerca de los diferentes alcances de las leyes peruanas y argentinas antes de decidir la aplicación de *Barrios Altos*.

La cuestión era más compleja, además, porque el estándar de *Barrios Altos* según el cual deben perseguirse ciertos crímenes no dice nada acerca de las posibles limitaciones válidas para hacerlo, ni define el universo de los partícipes punibles. En general, las leyes nacionales que limitan la reacción penal en el tiempo o respecto de ciertas personas no vulneran *per se* la obligación de perseguir. Y en la medida en que no constituyan prohibiciones absolutas deben examinarse a la luz de criterios de razonabilidad. La Corte argentina, a pesar de la evidencia de este problema, no ha ofrecido razones completas acerca de por qué las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida se asemejaban más a una regla de inmunidad absoluta que a una reglamentación razonable del poder penal al momento de decidir aplicar las conclusiones de *Barrios Altos*.

Tal como ocurre respecto de la cuestión de las diferencias de origen, la ausencia de una respuesta explícita a estas objeciones no indica necesariamente que la posición del juez disidente sea la correcta. Fayt sostiene que las leyes no impiden la investigación de los hechos y que una aplicación de las normas respetuosa del derecho a la verdad permite el esclarecimiento de los sucesos. Sin embargo, luego de la sanción de la ley de Obediencia Debida el trámite judicial se limitó a verificar el rango y la fuerza de los imputados como único prolegómeno a los respectivos sobreseimientos. Podrá discutirse que ésta no era la mejor interpretación del marco legal pero es difícil discutir que los jueces interpretaron adecuadamente que la decisión política había sido la de concluir “de hecho” con los juicios y que ello provocó, en la práctica, la clausura de la mayoría de las investigaciones. Fayt hace un análisis detallado del régimen legal, pero no presta demasiada atención a los efectos concretos que la aplicación de las normas provocó en general²⁰.

4. La progenie de *Barrios Altos*

La discusión acerca de la pertinencia de utilizar el caso *Barrios Altos* como precedente también alcanzó a toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana que, en contextos bien diversos, ha repetido sin alteraciones el famoso párrafo 41 del caso peruano:

Bajo el capítulo VII “Incompatibilidad de Leyes de Amnistía con la Convención” el párrafo 41 establece que la Corte Interamericana

“... considera 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

²⁰ En cambio, Fayt sí analizó la cuestión del esclarecimiento de los hechos en el caso particular ante la Corte, aunque de un modo que también puede discutirse (cons. 82).

tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Para la mayoría de la Corte argentina, la sentencia en *Barrios Altos* no constituye un precedente aislado, sino que señala una línea jurisprudencial constante (voto del juez Petracchi, cons. 29).

Fayt, en cambio, ha replicado con mayor precisión que tampoco los casos posteriores a *Barrios Altos* pueden considerarse supuestos enteramente equiparables al caso *Simón*, en tanto se trata de causas “en las que derechamente se negó toda posibilidad de investigación”. Para Fayt, la progenie de *Barrios Altos* no puede parangonarse al caso argentino “en el que no sólo hubo condenas para los máximos responsables, sino la continuación de procesos que las leyes que se cuestionan en el *sub examine* no eran capaces de detener” (disidencia del juez Fayt, cons. 84).

La disidencia tiene razón al señalar que la Corte Interamericana ha aplicado la doctrina de *Barrios Altos* de modo generalizado, incluso a situaciones cuya disparidad puede alegarse razonablemente. Al igual que respecto de *Barrios Altos* mismo, tampoco aquí la posición de la mayoría supera la mera exposición de un parecer opuesto.

Estas observaciones, junto a las anteriores, permiten concluir que la mayoría de la Corte ha reposado exageradamente sobre una única interpretación posible para la aplicación de un precedente internacional y ha omitido considerar con mayor profundidad los argumentos, expresamente presentados por la disidencia, que indicaban que existían diferencias relevantes entre el caso analizado y aquél a cuya doctrina se recurrió.

II. Recepción de la doctrina interamericana: ¿Guía para la interpretación o criterio de aplicación obligada?

Una segunda cuestión ligada a la aplicación de la doctrina de *Barrios Altos* al caso *Simón* argentino es su utilización directa como criterio de interpretación obligatorio. El problema de ejecutar sin ningún tipo de evaluación o filtro las decisiones de la Corte Interamericana en el ámbito nacional ya había sido advertido por la Corte argentina en el fallo *Cantos*²¹ —particularmente por el juez Boggiano—. Más problemática aún resulta la ejecución de una decisión respecto de particulares que no han tenido participación en el proceso que le dio lugar.

Así lo expuso Boggiano en su disidencia: [E]n lo atinente a la reducción de los emolumentos y al levantamiento de embargos y otras medidas adoptadas corresponde dar traslado a los profesionales interesados que no fueron parte en el procedimiento en la instancia internacional. De otro modo se afectarían sus

²¹ CSN, *Procurador del Tesoro de la Nación (en autos Cantos, José M., expediente 1307/2003)*; 21/8/2003. Corte IDH; *Caso Cantos*, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Corte I.D.H. (Ser. C) No. 97 (2002).

garantías judiciales y el derecho de propiedad que la Convención tutela expresamente (arts. 8, 21 y 25), pues pese a los términos en que está redactada la sentencia de la Corte Interamericana, corresponde indagar su verdadero sentido, ya que no es dable suponer que ésta, como garante final de los derechos que el Pacto reconoce, consagre semejante menoscabo a ellos. De estar a los términos literales de la sentencia se produciría un detrimento que a su vez haría incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional, hipótesis ésta que cabe aventar. En efecto, **sería incongruente reparar una lesión en los términos del art. 63.1 de la Convención causando otra a terceros. Esto sencillamente importaría una violación al Pacto** (cons. 6º, sin destacado).

El mismo problema también se ha presentado respecto de la situación de un imputado en un proceso penal. En *Bulacio*²² la Corte Interamericana falló en contra de los intereses de un individuo que no era parte del procedimiento internacional²³. Nuevamente, la Corte Suprema pudo advertir allí los problemas que acarrea la instrumentación inmediata de las decisiones internacionales cuyo efecto es, paradójicamente, restringir derechos humanos de la misma jerarquía que aquellos a cuya protección está dirigida la decisión internacional.

Los votos de Zaffaroni y de Petracchi marcaron su discordancia con el razonamiento de la decisión interamericana en *Bulacio*:

[E]sta Corte no comparte **el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional** [...] Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a [un deber del Estado] sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 de la Constitución Nacional. La circunstancia de que sea el defensor del imputado quien haya generado tales dilaciones en nada modifica la situación, pues la defensa sólo es inviolable cuando puede ser ejercida en forma amplia. En todo caso, cuando el defensor la ejerza indebidamente, es al Estado a quien le corresponderá encauzar el procedimiento en debida forma, pero en cualquier caso, no es el imputado quien debe velar por la celeridad del proceso ni sufrir las consecuencias de incumplimientos ajenos [...] (cons. 12º, negrita mía).

Sin embargo, aceptaron la decisión internacional, sin considerar ninguna posibilidad de acotar la aplicación del fallo interamericano:

²² Corte IDH, Caso *Bulacio*, Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, Serie C, No. 100 (2003). CSN, *Espósito, Miguel A.*; E.224.XXXIX (23/12/2004).

²³ Tal como Daniel Pastor critica, la Corte Interamericana “prescind[ió] por completo de las violaciones a los derechos humanos del acusado, sometido a proceso por más de una década, cosa que inexplicablemente se le achaca a él por haber utilizado las facultades, derechos y recursos que le brinda la ley, algo que para la Corte [Interamericana] es ‘abusivo’”. Cfr. Pastor, Daniel; “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *NUEVA DOCTRINA PENAL*; del Puerto, Buenos Aires, 2005/A, pp. 73-114, p. 87.

[...] sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención [...] es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional (cons. 6º)²⁴.

La conclusión de la Corte en *Bulacio*, no obstante, no puede ser cierta en ausencia de mayores esfuerzos de argumentación. Muy por el contrario, y tal como había marcado Boggiano en su disidencia en *Cantos*, no parece congruente reparar una lesión estatal a la Convención causando otra a un individuo ajeno a la disputa internacional.

Del mismo modo, el entusiasmo con el cual la Corte consideró que la doctrina de *Barrios Altos* regía la solución de *Simón* merecía algunas explicaciones, al menos, vistos los problemas que ya se habían presentado en los casos anteriores. Por supuesto, *Cantos* y *Bulacio* no son supuestos enteramente análogos al par *Barrios Altos* – *Simón*. Julio Simón no era uno de los sujetos expresamente alcanzados por la decisión interamericana, a diferencia de lo que ocurría con los profesionales del caso *Cantos* o del imputado en el caso *Bulacio*. Simón no podría reclamar, como los terceros alcanzados en esos fallos, que su propia situación había sido decidida sin otorgársele derecho a ser oído²⁵.

Sin embargo, el procedimiento interamericano presenta algunas particularidades que deberían atenderse antes de concluir que la recepción de la doctrina internacional no merece ningún recaudo frente a la recepción habitual de la jurisprudencia de un tribunal superior nacional.

Hay varias razones a favor de la mejor deliberación que existe respecto de los precedentes locales y la Corte debería haber sido más sensible a ellas. En primer lugar, la jurisprudencia interamericana es joven y ello dificulta una discusión acabada sobre sus contenidos. La decisión inaugural de *Velásquez Rodríguez*²⁶, incluso, es posterior a la decisión de la Corte argentina que validó las leyes de impunidad. La Corte Interamericana ha emitido relativamente pocas decisiones y a ello se suma la mínima actividad académica, o incluso periodística o de opinión respecto del contenido de sus actividades. Finalmente, la interacción entre la Corte Interamericana y los tribunales cuyas decisiones revisa también es escasa. Puede decirse entonces que la discusión sobre la actividad de los órganos de la justicia constitucional o penal del país es más intensa que la que existe respecto de la labor de los órganos interamericanos.

²⁴ Esta interpretación prescinde de considerar un posible mejor reconocimiento nacional de un derecho. El artículo 29.b de la Convención Americana dispone que el Pacto de San José no puede interpretarse en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes”.

²⁵ El problema es el mismo que enfrenta cualquier imputado frente a un tribunal que utiliza jurisprudencia de un órgano superior. En el caso, además, la defensa de Julio Simón tuvo ocasión de ser oída respecto de la pertinencia de la utilización del precedente interamericano ante la Corte argentina.

²⁶ Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez*, Serie C, No. 4 del 29 de julio de 1988.

Los jueces interamericanos, además, son pocos conocidos en general y el procedimiento para su designación no es debatido abiertamente. Piénsese, por contraste, en las posibilidades que abrió en Argentina el procedimiento del decreto PEN 222/2003 que permite a la ciudadanía impugnar a los candidatos a juez de la Corte, o en la intensidad de los debates en los Estados Unidos de Norteamérica en torno a las nominaciones de los jueces Alito y Roberts²⁷. Los ciudadanos de un país también tienen competencias más reducidas en el control y remoción de los magistrados internacionales que las que tienen respecto de los jueces nacionales. Por último, y desde otra perspectiva, el sistema interamericano posee mecanismos más débiles que los sistemas nacionales para hacer ejecutar sus sentencias, lo que también genera que las expectativas acerca del modo en que sus decisiones decantarán sobre los procesos nacionales resulten comparativamente menos robustas.

Ninguna de estas observaciones es concluyente en contra del valor de la aplicación de la doctrina internacional. La Corte Interamericana es un órgano a cuya jurisdicción se sometió la República Argentina a través de sus órganos representativos y ello enerva, a mi juicio, cualquier objeción contra-mayoritaria concluyente. Sin embargo, queda claro que lo que los ciudadanos esperan de una y otra jurisdicción puede ser distinto, en la medida en que es manifiestamente distinto el modo en que las decisiones son adoptadas en cada arena. Los puntos enumerados ejemplifican sólo algunas diferencias en los modos en que las respectivas jurisdicciones nacional e interamericana producen, ejecutan y dan cuenta de sus decisiones. Esas diferencias, sin dudas, deberían recibir algún tipo de consideración por parte los tribunales que deciden apelar a la jurisprudencia internacional.

Puede concluirse, por supuesto, que ninguna de las distinciones enumeradas conduce en definitiva a un régimen diferenciado en el uso del precedente, según sea nacional o internacional. No obstante, no está claro que en nuestra comunidad exista un acuerdo cerrado en el sentido de no reconocer ninguna diferencia. Especialmente durante los últimos tiempos ha habido fuertes manifestaciones en el sentido de resistir el ingreso algunas decisiones internacionales, en particular en materia de protección de inversiones extranjeras, cuando de ello puede ocurrir un perjuicio a los derechos fundamentales de las personas bajo la jurisdicción nacional²⁸. Y en los todavía recientes juicios políticos a los miembros de la Corte argentina también pareció quedar claro que se espera de los magistrados un control robusto de las decisiones de otros órganos cuando de su implementación puede esperarse una afectación relevante de de derechos²⁹.

²⁷ Ente muchos otros foros de debate: <http://www.judgealito.com/>

²⁸ Horacio Rossati, en lo que a grandes rasgos parece ser la posición del actual Poder Ejecutivo, ha expresado que “[l]a reforma constitucional de 1994 significó un importante avance en la *apertura* del sistema jurídico argentino hacia el sistema jurídico internacional. [Sin embargo,] [t]al vinculación no eliminó las fronteras del bloque normativo local ni subvirtió la jerarquía jurídica establecida en la Constitución Argentina”. Cfr. Rossati, Horacio; “Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino”, La Ley 2003-F, 1283, punto V.

²⁹ El llamado caso *Meller*, por ejemplo, donde se objetó a algunos miembros de la Corte el no haber revisado un laudo arbitral oneroso.

Existen obvias diferencias entre los supuestos que han motivado estas reacciones y la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos. Y tales diferencias, sumadas a la regla del agotamiento de los recursos internos que rige la protección de los derechos humanos³⁰, hablan a favor de limitar las restricciones en la recepción de las decisiones interamericanas sobre derechos humanos. Sin embargo, su mención es útil para reflexionar sobre el estándar de *Simón* que afirma sin sutilezas la aplicación derecha de los “criterios obligatorios” de la jurisprudencia internacional. Al igual que en las otras áreas, parece que semejante criterio merece alguna corrección cuando de ello se sigue la afectación de un derecho individual. El hecho desnudo de que la Corte Interamericana es un tribunal con competencia para revisar decisiones de la Corte argentina, no alcanza para justificar que el máximo tribunal deba acudir a su jurisprudencia del mismo modo en que un tribunal nacional recurre a la de la Corte Suprema. Como mínimo, además, correspondería atender a las limitaciones que la “regla del precedente” tiene en general, y en los sistemas continentales como el nuestro, en particular³¹.

La Corte, en definitiva, ha mutando las condiciones de incorporación de las pautas interamericanas. Abandonó la medida con la que en fallos anteriores había afirmado que la jurisprudencia interamericana debía servir de “guía para la interpretación de los preceptos convencionales”³² y pasó a utilizarla, en cambio, de un modo inmediato y por vía de un estándar de alta permeabilidad. La jurisprudencia que empezó siendo una “guía para la interpretación” de la Convención Americana parece ahora, y sin razones suficientes a mi juicio, un “criterio de aplicación obligada” para nuestros jueces.

III. Responsabilidad internacional, jurisdicción universal y dignidad de la República

Otro aspecto del fallo que quiero discutir está referido a la argumentación a través de la cual la Corte consideró que el Estado argentino debía honrar sus obligaciones internacionales. Puede decirse que existen, a grandes rasgos, dos enfoques respecto del papel del derecho internacional sobre el comportamiento de los Estados. El primero, basado en el auto-interés, analiza fundamentalmente las consecuencias de la suscripción o cumplimiento de un tratado. El segundo señala que los gobiernos no sólo asumen y cumplen obligaciones convencionales porque esperan alguna recompensa por ello, sino

³⁰ Artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³¹ Y que deben aplicarse incluso respecto de la jurisprudencia de la propia Corte. *Ekmekdjian* sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, principio que fue ratificado en *Giroldi*. Pero en estos casos no había un imputado. En *Ekmekdjian* la decisión internacional condujo a una restricción mínima del derecho a la libertad de expresión de una figura con amplio acceso a los medios como Gerardo Sofovich. En *Giroldi* se consagró el derecho al recurso de un condenado. Lejos de esa línea, *Simón* ordenó la persecución penal de una persona. Sin dudas, hay espacio para distinguir distintos niveles de recepción del criterio internacional según el efecto que ello efectivamente produce sobre las libertades que la misma Convención protege.

³² CSN, *Giroldi*, cons. 11.

por su compromiso —o el compromiso de los actores con poder para influir sobre las prácticas del Estado— con las ideas o principios corporizadas en esos tratados³³.

La jurisprudencia de la Corte argentina ha utilizado reiteradamente un argumento del primer grupo para favorecer la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos: el referido a la eventual responsabilidad internacional del Estado frente al incumplimiento de alguno de sus compromisos internacionales.

Después de la reforma constitucional de 1994, el argumento empezó a difundirse con fuerza respecto del derecho interamericano a partir de *Girolodi*³⁴:

[...] a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado [...] ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional (cons. 12).

En general, el criterio parece haberse mantenido incólume en toda la jurisprudencia posterior, aunque siempre sin mayores precisiones acerca del alcance de la eventual responsabilidad internacional. La idea no fue abandonada siquiera en aquellos casos en los que la Corte decidió no aceptar el criterio fijado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Informes formulados respecto del Estado argentino en los términos del artículo 51 de la Convención Americana. En tales casos la Corte sencillamente aclaró que no había riesgo de incurrir en responsabilidades internacionales, aun implementando una solución distinta a la propugnada por el organismo internacional³⁵.

La lectura de *Simón* deja la sensación de que en la nueva Corte perdura el interés por las posibles consecuencias del incumplimiento. En modo alguno es incorrecto que un tribunal analice las posibles consecuencias de su decisión, pero hay otros aspectos que deberían iluminarse un poco más. Especialmente cuando la exagerada dimensión de las posibles consecuencias de una solución contraria a la aplicación del derecho internacional parece contribuir a inclinar la solución en desmedro de la aplicación de límites constitucionales a la persecución penal.

En *Simón* la cuestión de la responsabilidad internacional aparece tratada tanto respecto de la utilización de *Barrios Altos* como respecto de la validez de la ley 25.779 que anuló legislativamente las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida. A diferencia de los

³³ Cfr. Hathaway, Oona; “Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law”; en UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW, Vol. 72, Primavera 2005, p. 469, pp. 476-477.

³⁴ CSN, *Girolodi*, Fallos: 318:514 (7/4/1995).

³⁵ En este sentido, es muy conocido el considerando 13 de la mayoría en *Acosta*: “[...] la interpretación efectuada [...] del alcance que los jueces deben dar a las recomendaciones de la Comisión Interamericana [...] se adecua a la efectuada por la Corte Interamericana [...]”; CSN, *Acosta Claudia Beatriz y otros s/hábeas corpus*; Fallos, 321:3555 (22/12/1998). Sobre el punto ver mi trabajo, “Los Informes finales de la Comisión Interamericana en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, en LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LOCAL, AA.VV.; V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (eds.) Centro de Estudios Legales y Sociales - del Puerto, Buenos Aires, pp. 153-189 (2007).

muchos precedentes en el mismo sentido, esta vez se asignó a la expresión “responsabilidad internacional” un poco más de cuerpo. La mayoría en *Simón* ve una manifestación concreta del incumplimiento del derecho internacional: el imputado podría ser juzgado en otra jurisdicción del planeta y, con ello, la dignidad de la República sería puesta en crisis.

Boggiano, con cita de la Comisión Interamericana lo expresa así “[...] si el Estado en cuestión compromete su responsabilidad internacional al optar por no administrar justicia ante la aplicación de una ley como la de amnistía y dejar, en tales condiciones, el crimen en la impunidad, resulta plenamente aplicable la jurisdicción universal [...]” (cons. 30). En esa hipótesis, “[...] podría darse el caso de que estos delitos fuesen juzgados en algún o algunos Estados extranjeros y no en la Argentina, con el consiguiente menoscabo de la soberanía jurisdiccional de nuestro país” (cons. 31).

Zaffaroni dice algo parecido: “[...]las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta [...]” (cons. 30). Para este juez, además, hay un hecho nuevo que “[...] no es la mera posibilidad de ejercicio de la jurisdicción extranjera sobre hechos cometidos en el territorio, sino el efectivo ejercicio de esas jurisdicciones. Los reclamos de extradición generan la opción jurídica de ejercer la propia jurisdicción o de admitir lisa y llanamente la incapacidad para hacerlo y, por ende, renunciar a un atributo propio de la soberanía nacional [...]” (cons. 33). Frente a ello, “[l]a dignidad de la República en la comunidad internacional exige que ésta reafirme plenamente su voluntad de ejercer su jurisdicción y, por ende, su soberanía, y que de este modo restaure a la República en su condición de Estado pleno y completo y ponga a salvo a todos sus habitantes del riesgo de ser sometido a cualquier competencia con motivo o pretexto de crímenes contra la humanidad” (cons. 35).

La jueza Highton de Nolasco también establece que “[...] si no se ejerce la jurisdicción en función del principio territorial, entra a operar el principio universal y se pone en juego la soberanía de la República Argentina” (cons. 30).

Lorenzetti, en un sentido similar a Zaffaroni, también dice que “[...] las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción [...] La dignidad de la República en la comunidad internacional, exige que ésta reafirme plenamente su voluntad de ejercer su jurisdicción y su soberanía (cons. 29).

A pesar de la coincidencia de opiniones sobre el posible contenido de la respuesta internacional, deben discutirse tanto el fresco sobre la efectiva vigencia del principio de la jurisdicción universal, como las consecuencias que ello tendría sobre la dignidad de nuestra Nación.

Parece dudoso que la responsabilidad internacional anejada a una solución diversa en *Simón* hubiera tenido los alcances que la mayoría le atribuyó. Si bien formalmente podría quedar habilitada “cualquier competencia del planeta”, lo cierto es que sólo dos

ciudadanos argentinos se hallaban efectivamente enjuiciados fuera del país antes de la decisión de *Simón*. Ambos en España. Los demás procesos llevados adelante en Europa nunca llegaron a ejecutar sus sentencias, pues se desarrollaron en ausencia y Argentina nunca accedió a conceder las extradiciones. O nunca avanzaron sustantivamente, a pesar de los muchos esfuerzos en ese sentido, como en Alemania³⁶. Se puede alegar, además, que en todos los casos los procesos ocurrieron por la relación que existía entre parte de la comunidad de los países requirentes y los grupos cercanos a las víctimas del terrorismo de Estado en Argentina, antes que por la existencia de lazos universales e institucionalizados que aseguren el juzgamiento de estos crímenes.

La situación de los dos imputados en España, además, es ambigua en lo que respecta al ejercicio de la soberanía argentina. Por un lado, es dudoso interpretar la condena a Adolfo Scilingo como una afrenta a la dignidad de la República. El Estado argentino aceptó ese juzgamiento sin haber protestado de modo relevante contra la actuación del tribunal español. Por otro lado, la propia Corte omitió levantar ninguna queja con relación a Ricardo Miguel Cavallo, cuando éste pretendió ser enjuiciado en la Argentina. La Corte reenvió el caso de Cavallo a la Cámara de Casación, a fin de que ese tribunal se expidiera³⁷, en contraste con la relativa urgencia con que *Simón* advierte la inminencia del enjuiciamiento internacional y el menoscabo a nuestra dignidad republicana³⁸. Paradójicamente, además el abogado Carlos Slepoy de la acusación popular española ha dicho que la decisión de la Corte Suprema en *Simón* “no va a impedir que sigan los juicios en España”³⁹.

En general, tampoco parece que pueda afirmarse la plena vigencia del principio universal en la escena mundial. Veamos algunos casos complejos:

La extradición de Alberto Fujimori al Perú para su juzgamiento por violaciones a derechos humanos nunca fue concedida por el Japón, donde Fujimori residió desde noviembre de 2000. Fujimori fue detenido en Chile, luego de haber abandonado Japón en un vuelo privado⁴⁰.

En 2003 Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra y Nigeria acordaron alojar a Charles Taylor en Liberia como solución de compromiso para detener la

³⁶ En otros países, como en Estados Unidos de Norteamérica sólo prosperaron acciones civiles en contra de ciudadanos argentinos.

³⁷ CSJN. “Cavallo, Miguel”. C. 3689. XXXVIII. (23/3/2004).

³⁸ La Cámara Nacional de Casación Penal ha sido en líneas generales mucho más reticente a reabrir los casos por terrorismo de Estado que los demás órganos de la justicia federal. Cfr. mi trabajo junto a Carolina Varsky, “Desarrollos recientes de las instituciones de la justicia de transición de Argentina”, en LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LOCAL, cit., pp. 447-472 (2007).

³⁹ Cfr. La Nación, *El mundo se hizo eco de la decisión*, 15 de junio de 2005. Ver también La Nación; *Juzgaría España a un ex marino*, 13 de agosto de 2005.

⁴⁰ BBC; *AI pide extradición de Fujimori*, 2 de junio de 2005; http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_4603000/4603745.stm. La Nación, *Detuvieron a Fujimori en Chile*, 7 de noviembre de 2005. Consultar también la opinión del ex presidente en su página web: <http://www.fujimorialberto.com>.

violencia en la región. Durante un largo tiempo Taylor continuó a salvo de la jurisdicción de la Corte Especial de Sierra Leona⁴¹.

Varios de los imputados por los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia se han amparado en los estados anteriormente parte de la federación de los cuales son nacionales y en los cuales algunos de ellos son considerados héroes⁴².

El pedido ante las cortes alemanas para enjuiciar a Donald Rumsfeld por las torturas y abusos de Abu Ghraib tampoco prosperó. La ley alemana habilita la investigación de crímenes de guerra, incluso cuando no son cometidos por alemanes o contra alemanes, pero el fiscal federal Kay Nehm entendió que las autoridades de los Estados Unidos habían asumido adecuadamente la tarea de investigar esos hechos⁴³, aun cuando es bastante dudoso que ello sea así.

Al mismo tiempo, otras experiencias como las Sierra Leona y de Timor Oriental permiten poner en crisis la necesidad de una defensa férrea de la jurisdicción nacional como fuente de dignidad.

Tal vez, la existencia evidente de un “hecho nuevo”, como dice Zaffaroni en su voto, que no es la mera posibilidad de ejercicio de la jurisdicción extranjera “sino el efectivo ejercicio de esas jurisdicciones” es una afirmación que merece algunas precisiones.

Por otro lado, y ya respecto del aspecto normativo de la cuestión, tampoco parece tan prístino que la vigencia de una amnistía implique que un Estado pierda automáticamente su jurisdicción. Menos aún, que ello resulte *per se* una indignidad para la Nación. Un Estado puede renunciar al castigo en un caso concreto, pero esto no significa que haya renunciado a su potestad de castigar. En los casos de los juicios en ausencia, por ejemplo, Argentina ha defendido tanto la impunidad como su jurisdicción al no remitir a los condenados en cumplimiento de las sentencias dictadas en Francia e Italia. Los juicios en ausencia se consideran, en el medio argentino, violatorios del derecho de defensa y no parece una posición “indigna” del Estado Nacional haberse negado a cumplir esos pedidos. Existe una disputa internacional en torno a la jurisdicción competente para juzgar esos hechos, pero no parece tan sencillo afirmar que Argentina haya visto en riesgo su soberanía en esos casos, no al menos, al punto de comprometer su dignidad como República. Del mismo modo, creo que sería exagerado afirmar que, si hubiera triunfado la posición del juez disidente Fayt, la República habría visto en crisis su dignidad frente a la comunidad internacional. En cualquier caso, se trata de afirmaciones difíciles de sostener de modo indubitable.

Al decidir en *Simón* sobre la justicia de la persecución penal en un caso concreto la especulación sobre algunas contingencias eventuales no parece agregar mucho. La Corte parece haber dado exagerada trascendencia a un argumento que se revela bastante más

⁴¹ New York Times, *Prosecuting Charles Taylor*, Junio 9, 2005.

⁴² Entre otros, Human Rights Watch; *Justice at Risk: War Crimes Trials in Croatia, Bosnia and Herzegovina, and Serbia and Montenegro*, octubre 2004.

⁴³ Deutsche Welle; *Germany Won't Prosecute Rumsfeld*, 10 de febrero de 2005 <http://www.dw-world.de/dw/article/0,2144,1483982,00.html>. La denuncia había sido auspiciada por el *Center for Constitutional Rights*; <http://www.ccr-ny.org/v2/home.asp>.

complicado en los hechos. El camino elegido puede ser correcto, pero encierra algunos riesgos. Entre ellos, el más graves es que una fórmula más o menos hueca como la de “la dignidad de la República” se convierta en una dudosa razón de Estado para definir la persecución penal de un individuo⁴⁴.

IV. Usos dispares de los informes del Comité contra la Tortura

El último problema al que me quiero referir es el uso dispar dado en *Simón* a los informes del Comité contra la Tortura (el Comité) respecto del caso argentino. El Comité emitió varias observaciones sobre Argentina en respuesta a los informes periódicos remitidos por el país desde su ratificación de la Convención contra la Tortura. Las opiniones del Comité permiten lecturas diversas y, de hecho, algunos votos de la mayoría y la disidencia las han interpretado en sentidos dispares. Lo que quiero mostrar en esta sección son algunos aspectos complejos del camino elegido por la Corte argentina. El tribunal, en definitiva, no ha dejado claramente establecido si y bajo qué circunstancias debe considerarse que los informes del Comité son un material relevante y en qué medida para la solución de un caso.

1. Las observaciones del Comité

La consistencia de las observaciones del Comité con la solución dada por la Corte argentina al caso *Simón* es, cuanto menos, discutible. Pero también es discutible, por otro lado, la propia consistencia de la posición del Comité a lo largo del tiempo. Al revisar el primer informe periódico remitido por Argentina al Comité, este órgano rechazó las peticiones de varias víctimas contra las disposiciones de las leyes de impunidad *ratione temporis*. Al analizar el segundo informe periódico del Estado, el Comité se pronunció de modo algo ambiguo acerca de los indultos presidenciales a los ex miembros de las juntas militares que habían sido condenados en 1985. Las observaciones del Comité en relación con el tercer informe periódico remitido por Argentina, en cambio, no contienen ninguna alusión directa a las normas que cancelaron la persecución penal. En 2004, por último, y en contraste con los informes previos, el Comité se refirió al cuarto informe

⁴⁴ La propia Corte Interamericana se ha referido a la inconveniencia de recurrir a expresiones similares como justificación de la restricción a los derechos de la Convención, al analizar los conceptos de “orden público” y de “bien común” del artículo 32.2.3 de ese tratado. El tribunal expresó que “Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”. Cfr. *Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de los Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párrs. 66-67. Corte I.D.H., La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva O-C 6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párr. 31.*

periódico del Estado y remarcó positivamente la anulación legislativa de las leyes en 2003⁴⁵ y la reapertura de varios procesos penales. Veamos:

a. Comité contra la Tortura “O.R., M.M., y M.S. v. Argentina. Comunicaciones No. 1/1988, 2/1988 y 3/1988. Noviembre 1989. CAT/C/WG/3/DR/1, 2 y 3/1988⁴⁶.”

[...]

7.2 Con relación a la aplicación temporal de la Convención, el Comité recuerda que la Convención contra la Tortura [...] entró en vigor el 26 de junio de 1987. En conexión con esto el Comité observa que la Convención sólo tiene efecto desde ese día y no puede ser aplicada retroactivamente. En consecuencia, la promulgación de la Ley de Punto Final, el 24 de diciembre de 1986 y el dictado de la Ley de Obediencia Debida, el 8 de junio de 1987, no podrían, *ratione temporis*, haber violado la Convención que todavía no había entrado en vigor.

[...]

7.4 El Comité observa que tortura a los fines de la Convención solo puede significar tortura ocurrida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención. De tal forma, el alcance de los artículos 13 y 14 de la Convención no cubre la tortura que tuvo lugar en 1976, diez años antes de la entrada en vigor de la Convención, y el derecho a la reparación establecido por la Convención necesariamente aparece sólo con relación a los hechos posteriores al 26 de junio de 1987.

8. El Comité en consecuencia, decide: (a) Que las comunicaciones son inadmisibles *ratione temporis* [...]

9. El Comité observa, sin embargo, que aun cuando la Convención contra la Tortura no se aplica a estas comunicaciones, el Estado argentino está moralmente obligado a proveer a las víctimas de tortura y a sus dependientes de un remedio, no obstante el hecho de que los actos de tortura ocurrieron antes de la entrada en vigor de la Convención, bajo la responsabilidad de un gobierno de facto que no es el gobierno actual de Argentina. El Comité nota con preocupación que fue el gobierno democráticamente elegido luego del régimen militar el que dictó las Leyes de Punto Final de Obediencia Debida, que el Comité juzga incompatibles con el espíritu y propósito de la Convención. El Comité también nota que por decreto del 6 de octubre de 1989 el Presidente de Argentina indultó a 39 altos oficiales militares que debían haber sido juzgados por tribunales civiles. Esta política está en total contraste con la respuesta del Estado hacia las víctimas de la Guerra sucia de 1976-1983. El Comité urge al Estado parte a no dejar a las víctimas de tortura y a sus dependientes sin ningún remedio. Dado que la acción civil por compensación ya no es posible en virtud de haber expirado el plazo de

⁴⁵ Ley 25.779. Declaración de nulidad insanable de las Leyes 23.492 de Punto Final y 23.521 de Obediencia Debida. Sancionada: Agosto 21 de 2003. Promulgada: Septiembre 2 de 2003.

⁴⁶ Disponible en http://www.bayefsky.com/pdf/100_argentinacat1_2_3.pdf. En inglés, la traducción es propia.

prescripción, el Comité vería con agrado, en el espíritu del artículo 14 de la Convención, el dictado de legislación apropiada a fin de hacer viables las solicitudes de compensación.

b. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Argentina. 26/06/93. A/48/44, paras. 88-115. Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 19 de la Convención. Argentina⁴⁷.

[...]

88. El Comité examinó el segundo informe periódico de la Argentina (CAT/C/17/Add.2) en sus sesiones 122^a a 124^a, celebradas los días 11 y 12 de noviembre de 1992 (véase CAT/C/SR.122, 123 y 124/Add.1).

[. . .]

98. En lo referente al artículo 4 de la Convención, los miembros del Comité solicitaron más información sobre el castigo de los torturadores, especialmente en vista de que la información que figuraba en el informe indicaba que en una causa no se había aplicado a la persona declarada culpable del delito de tortura la pena prevista en el inciso 3) del artículo 144 del Código Penal. Además, se dijo que se había denunciado la participación de médicos en episodios de tortura y que era necesario castigar a tales facultativos. Asimismo, los miembros del Comité se preguntaron, con inquietud, si el indulto presidencial de octubre de 1989, que se aplicaba a los oficiales militares que habían cometido violaciones de los derechos humanos bajo el régimen anterior, estaba en estricta conformidad con la Convención. Para ilustrar ese punto, se hizo mención de dos casos en que no se habían practicado investigaciones o en que se había otorgado el indulto antes de incoarse un juicio.

[. . .]

107. Con respecto al artículo 4 de la Convención, el representante dijo que remitiría a las autoridades competentes la cuestión planteada sobre la aplicación del inciso 3) del artículo 144 del Código Penal en la causa mencionada en el informe. También convino en que los médicos que participaban en casos de tortura no debían quedar impunes. En cuanto a las cuestiones relativas a saber si el indulto presidencial de octubre de 1989 era compatible con las disposiciones de la Convención, el representante declaró que el indulto eliminaba las consecuencias penales sin borrar el delito ni la infamia que lo caracterizaba.

[. . .]

113. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos antes mencionados, el Comité expresó su profundo pesar por los vestigios que persistían del antiguo régimen, por el empleo inquietante de métodos violentos y de actos de tortura en muchos casos,

⁴⁷ Disponible en:
[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/d23e90d54373c447c125703800389a3d?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/d23e90d54373c447c125703800389a3d?Opendocument)
Material de lectura del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política.
<http://www.seminariogargarella.blogspot.com>

así como por la clemencia y la impunidad de que gozaban los autores de tales actos contrarios a las disposiciones de la Convención.

c. Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Argentina. 21/11/97. A/53/44, paras.52-69. 19º período de sesiones. 10 - 21 de noviembre de 1997⁴⁸.

El Comité examinó el tercer informe periódico de la Argentina (CAT/C/34/Add.5) en sus sesiones 303ª, 304ª y 306ª, celebradas el 12 y 13 de noviembre de 1997 (véanse CAT/C/SR.303, 304 y 306) y adoptó una serie de conclusiones y recomendaciones que no contienen referencias directas a las leyes.

d. Comité contra la Tortura. 33º período de sesiones 15 a 26 de noviembre de 2004. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura. Argentina. CAT/C/CR/33/1. 10 de noviembre de 2004⁴⁹.

[. . .]

1. El Comité examinó el cuarto informe periódico de la Argentina (CAT/C/55/Add.7) en sus sesiones 622ª y 625ª, celebradas los días 16 y 17 de noviembre de 2004 (CAT/C/SR.622 y 625), y aprobó las conclusiones y recomendaciones que figuran a continuación.

[. . .]

B. Aspectos positivos

3. El Comité acoge con satisfacción los esfuerzos realizados por el Estado Parte en la lucha contra la impunidad en relación a los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, y en particular:

- a) La declaración de nulidad absoluta de las leyes de "Obediencia Debida" y "Punto Final" mediante la Ley N° 25779 promulgada en septiembre de 2003;
- b) La apertura de un número significativo de causas en las que se investigan dichas violaciones;
- c) La derogación en el año 2003 del Decreto N° 1581/01 del poder ejecutivo que obligaba a rechazar automáticamente pedidos de extradición en casos de violaciones graves y flagrantes de derechos humanos cometidas durante la dictadura militar.

2. Las observaciones del Comité en el fallo *Simón*

⁴⁸ Disponible en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/A.53.44,paras.52-69.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/A.53.44,paras.52-69.Sp?Opendocument)

⁴⁹ Disponible en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/451/12/PDF/G0445112.pdf?OpenElement>

La Corte Suprema argentina no ha prestado mucha atención a todas las observaciones del Comité en el fallo *Simón*. De hecho, sólo tres jueces de la Corte hicieron una referencia a las conclusiones del Comité y sólo lo hicieron respecto de las comunicaciones de 1988. Dos de ellos, Highton de Nolasco y Maqueda, integraron la pluralidad de votos que hizo mayoría. Ambos jueces concluyeron que el Comité había declarado que las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida violaban las obligaciones internacionales del Estado argentino. El juez disidente Fayt se refirió a la misma observación del Comité, pero para fundar una conclusión diversa. Los demás jueces no hicieron ninguna referencia a ninguna de las observaciones reseñadas arriba.

La jueza Highton de Nolasco, citando las observaciones del Comité luego del primer informe periódico remitido por Argentina, dijo en su voto:

28) Que finalmente, en idéntico sentido el Comité contra la Tortura declaró que las llamadas "leyes de punto final" y de "obediencia debida" eran incompatibles con las obligaciones del Estado argentino respecto de la Convención (casos n° 1/1998, 2/1988 - O.R.H.M. y M.S. c/ Argentina).

Maqueda, por su parte, que:

75) [...] En sentido coincidente, el Comité contra la Tortura declaró que las leyes de punto final y obediencia debida eran incompatibles con las obligaciones del Estado argentino bajo la Convención (casos n° 1/1988, 2/1988 - O.R.H.M. y M.S. c/ Argentina).

El juez disidente Carlos Fayt, sin embargo, citó el mismo informe del Comité pero para fundar una solución distinta, poniendo de resalto que el Comité había rechazado las peticiones que criticaban las leyes en función de que los hechos eran anteriores a la entrada en vigencia de la Convención contra la Tortura para Argentina.

Fayt observó :

72) Que la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes fue aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. en 1984 y firmada por la República Argentina el 4 de enero de 1985. Poco después fue sancionada la ley 23.338 —por la cual el Congreso aprobó el Tratado con fecha 30 de julio de 1986— y el 2 de septiembre de 1986 fue firmado el instrumento argentino de ratificación. La ley fue publicada el 26 de febrero de 1987 y la Convención entró en vigor el 26 de junio de 1987

[...]

74) Que fue el propio Comité contra la tortura el que indicó respecto del caso argentino que "a los efectos de la Convención 'tortura' sólo puede significar la tortura practicada posteriormente a la entrada en vigor de la Convención. Por consiguiente (...) la Convención no abarca los actos de tortura cometidos [en el caso] en 1976, diez años antes de la entrada en vigor de la Convención..."

(CAT/C/3/D/1,2 y 3/1988, pp. 7-8. Comunicaciones Nos. 1/1988 y 3/1988, O.R., M.M. y M.S. contra Argentina, Decisión del 23 de noviembre de 1989). Ello de conformidad con el principio general de que los tratados rigen desde su entrada en vigor (principio de irretroactividad de los tratados, art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Si aun se entendiera que no está aquí en cuestión el tipo penal de tortura sino el deber impuesto por la Convención que impedía desincriminarlo, ésta también es posterior a la sanción de la ley de Obediencia Debida el 8 de junio de 1987. Sobre el punto también señaló el Comité respecto del caso argentino que "la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes entró en vigor el 26 de junio de 1987. A este respecto el Comité observa que la Convención tiene efecto sólo desde esa fecha y no puede ser aplicada retroactivamente. Por consiguiente, la promulgación de la Ley de 'Punto Final', del 24 de diciembre de 1986, y la promulgación, el 8 de junio de 1987 de la Ley de 'Obediencia Debida' no podían, *ratione temporis*, haber violado una convención que no había entrado todavía en vigor" (CAT, *ibidem*). El Comité, entonces se pronunció en el mismo sentido en el que esta Corte lo había hecho en Fallos: 311:401, voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracchi).

Como se ve, tanto dos jueces de la mayoría como el juez disidente han citado distintas partes del mismo informe para llegar a conclusiones opuestas. De acuerdo con la interpretación de Theo van Boven, tanto los dos jueces de la mayoría como el juez disidente podrían llevar algo de razón. Según van Boven, el Comité rechazó las peticiones en contra de las leyes en sus observaciones al primer informe periódico de Argentina, pero en un *obiter dictum* observó que las leyes en cuestión eran incompatibles con el espíritu y propósito de la Convención⁵⁰.

61. [...] En los casos Nos. 1/1988, 2/1988, 3/1988 (O. R., H. M. y M. S. c. Argentina) los peticionarios, que eran familiares de tres personas que murieron víctimas de la tortura, impugnaron la "Ley de obediencia debida" y la "Ley de punto final" por ser incompatibles con las obligaciones del Estado Parte con arreglo a la Convención. El Comité declaró las comunicaciones inadmisibles *ratione temporis*, puesto que la Convención no podía aplicarse retroactivamente.

62. Sin embargo, en un notable *obiter dictum* [...] el Comité observó que las leyes recusadas eran incompatibles con el espíritu y los propósitos de la Convención. El Comité instó al Estado Parte a no dejar a las víctimas de la tortura y a las personas a su cargo sin reparación alguna. El Comité consideró que si ya no era posible emprender una acción civil de indemnización porque había vencido el plazo de presentación de una acción de ese tipo, vería con plena

⁵⁰ Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías 45º período de sesiones Tema 4 del programa provisional. Examen de los nuevos acontecimientos ocurridos en las esferas de que se ha ocupado la Subcomisión. Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial. E/CN.4/Sub.2/1993/8. 2 de julio de 1993. Español. Original: Inglés. Disponible en [http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3097a4101a382a23c1256a5b00375566/\\$FILE/G9314161.pdf](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3097a4101a382a23c1256a5b00375566/$FILE/G9314161.pdf)

satisfacción, atento al espíritu del artículo 14 de la Convención (relativo al derecho a una indemnización justa y adecuada), la adopción de medidas apropiadas para permitir indemnizaciones adecuadas. El Comité indicó que desearía recibir del Estado Parte información pormenorizada relativa al número de reclamaciones de indemnización para las víctimas de la tortura durante la “guerra sucia”, o para sus familiares a cargo, que hubieran sido satisfechas, incluyendo las condiciones para poder recibir dicha indemnización. Poco después de formular sus observaciones el Comité recibió una respuesta sustantiva del Gobierno de la Argentina.

63. Vale la pena poner de relieve dos aspectos en relación con los casos antes mencionados. En primer lugar, a pesar de haber declarado las comunicaciones inadmisibles *ratione temporis*, el Comité contra la Tortura, teniendo en cuenta los importantes principios que entrañaban los casos en cuestión, decidió dar a conocer sus puntos de vista e instar al Gobierno interesado a que adoptase las medidas de reparación, entre ellas el otorgamiento de una indemnización adecuada. En segundo lugar, siguiendo la política y la práctica del Comité de Derechos Humanos, el Comité se puso a disposición del Gobierno para iniciar con él un diálogo acerca de las cuestiones relativas a la reparación y los recursos de las víctimas y sus familiares.

Sin embargo, la observación de van Boven, a quien podríamos considerar un intérprete calificado del Comité, tampoco aporta razones concluyentes para dirimir cuál debería ser la porción relevante del informe y mucho menos para definir si un *obiter dictum* de una resolución del Comité debería tener valor autoritativo. Más aún, como vimos, el conjunto de todas las intervenciones del Comité en el tiempo padece de cierta inconsistencia.

La Corte argentina en *Simón* no ha agregado ninguna luz a este panorama. Sólo tres jueces citaron las comunicaciones de 1988. El resto de la mayoría ni siquiera las mencionó. Además, como ya vimos, los únicos tres votos que se ocupan de las comunicaciones disienten en cuanto al sentido que habría de otorgárseles. Por otra parte, ninguno de los jueces citó ninguno de los tres informes posteriores del Comité, incluso cuando dos de ellos tenían alusiones directas a las leyes en cuestión.

La Corte en su conjunto, en definitiva, ha emprendido un camino con más sombras que luces. Si bien, en principio, puede parecer ineludible atender a las decisiones de los cuerpos de supervisión de los tratados a efectos de analizar el alcance de una convención, la práctica demuestra que esta tarea es compleja. Hay demasiados puntos previos que no han sido tratados adecuadamente por la Corte en *Simón* a pesar de su relativa obviedad — al menos, respecto del Comité—. Por ejemplo, cuándo una decisión es vinculante y cuándo no lo es; quién es el intérprete autorizado de tales observaciones; y, cuáles decisiones deben ser consideradas y cuáles no, al momento de resolver un caso.

La cita de fuentes de autoridad sin explicación alguna de los procedimientos que la rigen, ni su alcance, finalidad y justificación, sólo oscurece la correcta comprensión de las razones de una sentencia. En contra de las alusiones parciales a fuentes incompletas, los temas sensibles en una sociedad, por el contrario, reclaman ser abordados llanamente por los tribunales, de modo que faciliten el debate por el común de la gente. El recurso a las

citas parciales y recortadas en *Simón*, como vimos, en cambio, sólo complica el poder conocer con claridad y sencillez cuáles fueron las razones sustantivas que motivaron la decisión.

V. Conclusiones

Todo lo expuesto permite concluir que la argumentación de la Corte en el fallo *Simón* ha sido deficitaria en los aspectos analizados aquí vinculados a la aplicación del derecho internacional al caso. En primer lugar, la Corte no ha analizado con detenimiento los hechos del caso *Barrios Altos* y la pertinencia de su utilización como precedente decisivo para la solución del caso argentino. En segundo lugar, la Corte ha concluido algo apresuradamente que la doctrina de la Corte Interamericana operaba sin cortapisa alguna como criterio de interpretación obligatorio de los derechos de la Convención Americana en el ámbito nacional, desatendiendo algunas posibles restricciones que merecían más atención. En tercer lugar, el máximo tribunal tampoco ha analizado con cautela la posible reacción de la comunidad internacional frente a una decisión diferente, restándole al argumento de la responsabilidad transnacional parte de su valor persuasivo. Finalmente, el tribunal ha citado de modo parcial los informes del Comité contra la Tortura, sin fijar reglas claras acerca del procedimiento adecuado para la consideración de sus observaciones. Un mejor análisis de los criterios adoptados habría dado al fallo un mayor poder orientador en la definición de un tema tan sensible.