

**CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD
Y COHERENCIA FUNCIONAL ENTRE
EL DERECHO INTERNACIONAL
Y EL DERECHO DEL ESTADO**

*Conferencia del doctor Asdrúbal Aguiar,
al incorporarse como Académico Correspondiente en Venezuela a
la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas,
en sesión pública del 30 de noviembre de 2005*

*Apertura del acto a cargo del
Académico Presidente Dr. Gregorio Badeni*

La Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas celebra hoy la última sesión pública del año. En esta oportunidad, se honra con incorporar como académico correspondiente de nuestra Corporación en la República de Venezuela al Dr. Asdrúbal Aguiar, destacado jurista y analista político cuyo prestigio supera el ámbito del continente americano y enaltece a los intelectuales libres de su país natal.

Estará a cargo del académico Dr. Juan Ramón Aguirre Lanari el discurso de recepción que, con la maestría que nos tiene acostumbrados y la expresión sincera de sus sentimientos, exhibirá el verdadero relieve de la personalidad que se incorpora a nuestra Academia.

El nombramiento del Dr. Aguiar obedece a la valoración que han hecho los señores académicos de sus altos méritos intelectuales y personales, de su ética republicana, así como también de la excelencia y profundidad de sus estudios e investigaciones en el ámbito del derecho y las relaciones internacionales. Es que, a igual que otros distinguidos juristas latinoamericanos, el Dr. Aguiar supo ensamblar, desde su juventud, el conocimiento científico con la experiencia resultante de la activa participación en la vida pública de su preciada Venezuela, procurando conciliar la razón con la libertad en un marco de tolerancia que añoramos.

Dr. Aguiar, le doy la más cordial bienvenida poniendo en sus manos el diploma que lo acredita como miembro correspondiente de nuestra Corporación, y manifestando el deseo que Usted logre en nuestra Patria iguales o mayores triunfos y sucesos como los que obtuvo en su querida República de Venezuela mediante su permanente lucha por la libertad, la dignidad humana y la democracia que lo enaltecen.

*Palabras de presentación a cargo del
Académico de Número Dr. Juan R. Aguirre Lanari*

Tenemos el agrado de dar la bienvenida al Dr. Asdrúbal Aguiar, como miembro correspondiente de Venezuela en nuestra Corporación.

El Dr. Aguiar es un hombre de sentimientos universales y de inteligencia universal. Mediante una personalidad forjada armónicamente entre el talento y la acción, desde su juventud descolló en la docencia universitaria, en el estudio, en la investigación y en la función pública.

En 1970, a los 21 años de edad, egresó con el título de abogado expedido por la Universidad Central de Venezuela. A partir de entonces profundizó sus estudios e investigaciones en el área del Derecho, en general, y del Derecho Internacional, en particular. Como corolario de tales estudios obtuvo, entre otros, el Diploma de Especialización en Comercio Internacional en la Università Internazionali degli Studi Sociali Pro Deo de Roma y el título de Doctor en Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello.

Su fe en el derecho, en el diálogo y en la tolerancia se proyectaron sobre su actuación en la docencia universitaria fomentando la libertad, el progreso y la libertad de cátedra. Es Profesor Titular de Derecho Internacional Público, de Derecho Penal Internacional, y de Derechos Humanos en la Universidad Católica Andrés Bello. En esa Universidad dicta el curso sobre Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado correspondiente al programa de Doctorado, y otro tanto en los cursos para graduados en derecho de la Universidad Central de Venezuela.

Fue Profesor Visitante de la Universidad Central de Venezuela en las Escuelas de Derecho y de Estudios Internacionales, de la Universidad Simón Bolívar, del Instituto

Interamericano de Derechos Humanos de Costa Rica y de la Università degli Studi di Messina en Italia para su Programa de Maestría en Estudios Comparados de las instituciones Jurídicas y Políticas. También se desempeñó como conferencista en importantes instituciones universitarias americanas y europeas tales como, entre otras, el Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Pittsburg, la Universidad Complutense de Madrid, la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y la Universidad de Puerto Rico.

Actualmente, es profesor del doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la cátedra sobre Responsabilidad Internacional del Estado por violaciones de derechos humanos.

Es un tratadista prolífico y creativo. Publicó numerosos libros, ensayos y artículos en su país de origen, en la Argentina, en México y en los Estados Unidos sobre temas relacionados con el Derecho Internacional, cuestiones de Derecho Constitucional sobre los derechos humanos, su caracterización jurisprudencial por los tribunales Internacionales, así como también sobre cuestiones vinculadas con la libertad de prensa. Precisamente, su versación sobre este último tema, determinó que representara a la prensa gráfica venezolana en las Asambleas de la Sociedad Interamericana de Prensa, y que fuera columnista de diversos diarios y revistas editadas en Venezuela tales como, entre otros, “El Universal”, “El carabobeño”, “El Impulso”, “Diario de Caracas”, “El Globo”, “El Mundo”, “Semana” y “Elite”.

Permanentemente defendió y defiende, con la palabra y los hechos, sin medir consecuencias personales, la plena vigencia del Estado de Derecho, tanto en su patria como en los países latinoamericanos. En tal sentido, su preocupación científica excedió a la del jurista, determinando que asumiera importantes responsabilidades políticas y gubernamentales.

En plena juventud dio comienzo a su actividad en la vida pública de su país. Fue Secretario de la Gobernación del Estado de Bolívar en 1969/1970, Secretario de la Gobernación del Distrito Federal en 1980/1982 y Director General de Política Interior del Ministerio de Relaciones Interiores en 1982/1984.

Su honrosa trayectoria política al servicio de su patria natal se consolidó al desempeñarse como Gobernador de Caracas en 1994/1996, Ministro de la Secretaria de la Presidencia en

1996/1998 y Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela de 1998 a 1999. En varias oportunidades asumió la Presidencia de la República de Venezuela con el carácter de Encargado.

Entre 1994 y 1999 ejerció la Presidencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores de Venezuela. Asimismo, y con el rango de Embajador, se desempeñó como Vice ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela.

Su actuación pública trascendió las fronteras de su patria. En el ámbito internacional fue Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre 1992 y 1994. Asimismo, a instancias del Director General de la UNESCO, integró el grupo redactor del Proyecto de Declaración Universal sobre el Derecho Humano de la Paz, que sesionó en 1997 en la Universidad de Oslo. Al año siguiente, fue designado Presidente del Comité de Redacción y Relator de la Consulta Internacional sobre Derecho Humano de la Paz de la UNESCO. También corresponde destacar que, en diciembre de 2000, fue electo por unanimidad Presidente del consejo ejecutivo de la Unión Latina, organización internacional intergubernamental creada por el Tratado de Madrid de 1954 y con sede en París.

El reconocimiento de su valiosa actividad en el ámbito internacional, fue objeto de numerosos reconocimientos y distinciones. Entre éstas últimas, y tan sólo a título de ejemplo, cabe citar la Gran Cruz de la Orden Infante Don Enrique de Portugal, Orden al Mérito de la República Italiana, Gran Cruz de la Orden Río Branco de Brasil y la Gran Cruz de la Orden de Mayo de la República Argentina.

Asimismo y en reconocimiento a su actividad científica, fue nombrado Académico de Número de la Academia Científica y de Cultura Iberoamericana, miembro de la Asociación Interuniversitaria de Derecho Comparado, de la Asociación Venezolana de Derecho Internacional y miembro del Consejo Consultivo del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional de Madrid. A estos reconocimientos se añade su designación como Miembro correspondiente por Venezuela de nuestra Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

A esta altura de su vida, el Dr. Aguiar se revela como un político con visión de estadista, un destacado jurista, un intelectual

comprometido con la defensa de los derechos de las personas y de la vigencia de la democracia en los pueblos latinoamericanos. Como un intelectual que ha elegido la verdad, asumiendo un firme compromiso con ella.

Por otra parte, considerando su juventud, no cabe duda que el Dr. Aguiar es un hombre de reserva para su patria y para todos los países latinoamericanos que procuran permanecer al margen de la senda siniestra que conduce a la degradación espiritual y material por obra del autoritarismo del siglo XXI. Es que se trata de un hombre que, con singular valentía y coraje, actuó, actúa y actuará en defensa de las libertades, por el restablecimiento de ellas en su patria y , por añadidura en todos aquellos ámbitos del continente americano en que aparezcan conculcadas.

Señores: Cuando a partir de 1982 debimos afrontar los acontecimientos del conflicto por nuestras Islas Malvinas, una brillante pleyade de funcionarios venezolanos, encabezados por el Canciller José Alberto Zambrano Velazco, mostró su solidaridad con la Argentina. Entre ellos estuvo el Dr. Asdrúbal Aguiar, quien recibió oportunamente la Orden de Mayo que nuestro gobierno merecidamente le otorgó.

Esa alta y convencida política de apoyo fue determinada y guiada por el Presidente Luis Herrera Campins, acompañado por los partidos políticos sin fisuras, así como por todo el pueblo venezolano.

Le ruego, Dr. Aguiar, que testimonie al Dr. Herrera Campins que los argentinos no hemos olvidado ni olvidaremos tan fraternal e histórico gesto, reiterándole nuestro más cálido reconocimiento y recuerdo.

Por todos los antecedentes intelectuales y espirituales hasta aquí reseñados, le damos, Dr. Aguiar, nuestra más cordial bienvenida a esta tribuna.

Esperamos lo que será sin duda una magistral disertación.

**CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD
Y COHERENCIA FUNCIONAL ENTRE
EL DERECHO INTERNACIONAL
Y EL DERECHO DEL ESTADO**

Por el Académico Correspondiente DR. ASDRÚBAL AGUIAR

Profesor Titular de la Universidad Católica Andrés Bello
Profesor Visitante de la Universidad de Buenos Aires
Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Agradezco emocionado el alto honor que me dispensa la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas al acogerme en su seno como Académico Correspondiente e invitarme para disertar ante sus miembros sobre el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad y el principio de la coherencia funcional entre el Derecho internacional y el Derecho del Estado.

Doy estas gracias a nombre personal, de mi amada esposa Mariela y de nuestros hijos aquí presentes: María Andrea, Juan Andrés y Santiago Andrés.

Mariela ha sido para nosotros un faro penetrante y transparente, que en medio de las dificultades propias a mi vida de hombre público supo guiar, con certidumbre, nuestros pasos hasta acá. Nos alinderó sanos y salvos en el Puerto de Buenos Aires y en esta tierra privilegiada de Sarmiento y de Borges, donde ejerzo como Profesor Visitante de su Alma Mater, la Universidad de Buenos Aires, gracias a la amistad de la colega Mónica Pinto, Vice Decana de la Facultad de Derecho.

Sólo la Providencia, sus designios inescrutables y la generosidad de nobles amigos quienes nos acompañan, han hecho realidad la elección y la designación académica que hoy recibo y en mucho me compromete. La acepto con humildad. La asumo como un claro reconocimiento a la sociedad democrática de Venezuela.

Debo una palabra de especial gratitud a Juan Aguirre Lanari, académico anfitrión, ex Canciller de la Argentina, quien me da la bienvenida a nombre de esta Ilustre Corporación. En él, los venezolanos hemos encontrado siempre una referencia leal y firme. Desde su ejercicio como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Caracas, ha muchos años, nunca dejó de ser en lo sucesivo el Embajador de los hijos de la tierra Bolívar ante los hijos del General San Martín. Gracias, Juan, de todo corazón.

Con Gregorio Badeni, Presidente de la Academia, catedrático y constitucionalista consumado, he fraguado un compromiso de amistad que me es muy grato. Pocos encuentros pero suficientes, animados por amigos comunes, los Editores Jorge Fascetto y Bartolomé Mitre, y alrededor de un tema que nos es tan caro: la defensa de la libertad de expresión y de prensa, nos han permitido descubrir identidad en los ideales y en nuestra vocación común.

Al catedrático Alberto Ricardo Dalla Vía, Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y Vicepresidente de la Cámara Nacional Electoral, debo dejarle testimonio de mi amistad fraterna. Y las razones huelgan.

Por último, rindo homenaje a la memoria de un argentino sobre cuyos pasos y enseñanzas aprendí, paradójicamente, sobre las exigencias y riesgos de la vida política. En buena hora, hace ya treinta años y al encargársenos de conjunto la puesta en marcha del Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad Simón Bolívar, su presencia intelectual influyó en el rumbo de mi vida académica y como investigador dentro de los predios inagotables del Derecho internacional público.

Me refiero a Juan Carlos Puig, también ex Canciller de la Argentina, pero sobre todo maestro y hombre de bien, cuya esposa e hijos decidieron fundirse luego en el crisol de la venezolanidad. Cuando escribí en su homenaje y luego de su muerte, en Caracas, el ensayo titulado “Derechos Humanos y Humanismo Cristiano”, no podía decir acerca de él otra cosa que lo que descubrí en su soledad y durante su hora nona: Fue en vida un iusnaturalista confeso y

practicante, para quien el hombre -en palabras que quizás tomara en préstamo de Protágoras y por intermedio de Charles de Visscher- es la medida de todas las cosas. Su obra jurídica, que dejó a mitad de camino cuando la muerte lo sorprendiera, fue prueba incuestionable de una vida auténtica y coherente. Jamás transó con las corrientes intelectuales representadas en Demócrito, Epicuro o Lucrecio, en Diderot, Voltaire, Stalin o el mismo Hitler. Su pensamiento humanista, en suma, negó habitáculos a los <<reinados del número>>, a las sociedades pulverizadas y de irrefrenable vocación hacia la plutocracia, y fue constante en su prédica contra los totalitarismos nacionales, raciales o religiosos, que conciben al hombre -varón y mujer- sujeto a un cuerpo social <<histologizado>>, en otras palabras, a una masa mecanizada de individualidades materiales.

Señor Académico Presidente, señores Académicos:

I

La reciente adopción por la Suprema Corte de Justicia de la Nación argentina del fallo en el asunto *Simón* (14 de junio de 2005), que - *mutatis mutandi* y una vez como fueran declaradas nulas e insanables las leyes de punto final y de obediencia debida (Leyes 23.492 y 23.521) – vino a recoger las enseñanzas de fallos anteriores: entre otros el de *Arancibia Clavel* (24 de agosto de 2004) y *Espósito* (23 de diciembre de 2004), relativos a la supremacía constitucional del Derecho internacional de los derechos humanos por sobre el Derecho interno; y, el planteamiento avanzado luego - a propósito de tales *dicta* - por la Academia Nacional de Derecho y de Jurisprudencia, al decir 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”, han reabierto, no sin grave e importante interés general, una discusión que la

doctrina jurídica internacional y el Derecho comparado daban por agotada.

Es de suma importancia a este respecto, pues sitúa con propiedad el debate en ciernes, el estudio realizado sobre la materia por Gregorio Badeni con el nombre *Supremacía de la Constitución, jerarquía de los tratados e interpretación constitucional*, escrito a propósito de su incorporación como miembro de la Academia de Jurisprudencia y en el que formula *ex novo* preguntas que fueran cruciales para la doctrina internacional clásica: ¿La Constitución federal está subordinada a los tratados internacionales...? ¿la Corte Suprema de Justicia dejó de ser el tribunal supremo de la Nación, quedando sus decisiones sujetas a revisión por tribunales u organismos internacionales? ¿es viable, mediante un tratado internacional, modificar el texto de la Constitución?

En el curso de su análisis cuidadoso Badeni se orienta hacia la respuesta negativa de dichos interrogantes. Desentraña y purga para ello el contenido de los debates habidos en sede de la Convención Reformadora constitucional de 1994. Sin embargo, como lo aprecio, no rechaza de plano una eventual respuesta afirmativa, al aceptar que la reedición de los planteamientos a que se contraen dichas preguntas tuvo su origen en las desviaciones o excesos en que habría incurrido, según su criterio, la señalada Convención Reformadora y que dieran lugar a una “desafortunada redacción... [del] artículo 75, inc. 22 de la Constitución”. A tenor de éste, los tratados de derechos humanos enumerados taxativamente y “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

En línea de pensamiento próxima a la tesis de Badeni, destaca el reciente trabajo de Alfonso Santiago h., cuyo título es más que sugestivo: “La dimensión temporal del derecho y el consciente y deliberado apartamiento de los principios de legalidad e irretroactividad en material penal por parte de la Corte Suprema argentina en el caso Simón” (*El Derecho*, 14 y 15 de noviembre de 2005, año XLIII, números 11.384 y 11.385)

Jorge Luis Salomoni, profesor de derecho administrativo también tercia en la polémica al comentar para *La Ley* (4 de agosto de 2005, año LXIX, n. 151) “Acerca del fallo Simón de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en lo particular, el voto del Juez

Lorenzetti. Lo hace con el auxilio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso *Loizidou c. Turquía*, de 23 de marzo de 1995) para marcar, desde su perspectiva, el centro neurálgico a partir del que habrían de construirse las distintas respuestas a las preguntas en juego.

Recuerda Salomoni, al efecto, la noción del orden público europeo y su primacía sobre los órdenes públicos nacionales y ajusta, como parámetro adicional, la idea que dice sobre el fundamento de los derechos esenciales del hombre y que la Convención Americana de Derechos Humanos - de modo similar a como lo hace el Convenio Europeo - reconoce situado en los atributos de la persona humana: “Los derechos humanos son superiores y anteriores a los Estados nacionales” y dan lugar, dentro del marco del sistema interamericano de protección a un *orden público americano*”.

El asunto de fondo, tal y como nos lo revela la lectura de los fallos *in comento* y el mismo ensayo del Profesor Badeni, parecería residir, según lo interpreto, antes que en un desacuerdo cierto y razonado sobre las distintas doctrinas o posturas jurídico internacionales y/o constitucionales que explican las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno de los Estados, mejor aún en una suerte de diferencia acerca de la interpretación que cabría asignarle a las normas constitucionales argentinas relativas a la jerarquía del Derecho internacional dentro del bloque de la constitucionalidad; todavía más, sobre los resultados prácticos que tal jerarquía internormativa provoca en el ámbito de lo sustantivo, en lo particular sobre la efectividad, el contenido y los alcances de las garantías constitucionales de los derechos humanos a la defensa y al debido proceso consagrados en el artículo 18 constitucional:

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho del proceso [omissis]”.

II

Como se sabe, en el fallo *Arancibia Clavel* consta el debate habido acerca del carácter o no de “delito de lesa humanidad” que tipificaría la conducta delictiva del imputado; se reconoce, sin

embargo, que “al tiempo de los hechos” tal calificación no existía en “ningún texto convencional en vigencia” que obligase a la Argentina; pero en contrapartida se afirma en él que “la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones [forzadas de personas] como un delito de lesa humanidad” y que “la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ... sólo ha significado, ... , la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal”.

Se acepta, asimismo, que “la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa” pero que, no obstante, en criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal convención “sólo afirma[ría] la imprescriptibilidad, [como] reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) [con anterioridad] en función del derecho internacional público de origen consuetudinario.

A tales fines, declarando previamente el juzgador “que en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional [citada], toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens*”, concluye en su *dictum* que “los hechos por los cuales se condenó a *Arancibia Clavel*, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse” imponiéndose así “la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad”.

El fallo *Arancibia*, en sus últimos numerales, reafirma con sus predicados la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a cuyo tenor “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 violaciones graves de derechos humanos” (Caso Barrios Altos, 14 de marzo de 2001). Tanto que el juzgador del caso previene en cuanto a que de no haber decidido en los términos en que lo hizo, habría hecho incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por hecho internacionalmente ilícito por desconocimiento del “deber de garantía”, es decir, de la obligación

de perseguir y sancionar a quienes violan derechos humanos que le es impuesta por la Convención Americana de Derechos Humanos.

El fallo del asunto *Esposito*, por su parte, aun cuando confluye hacia lo decidido en el precedente de *Arancibia Clavel*, pues rechaza un alegato de extinción de la acción penal por prescripción, lo hace, empero, sobre premisas muy distintas:

- (a) Se trata, en el asunto, de un juzgamiento de delitos comunes y no de supuestos crímenes de lesa humanidad;
- (b) media una afirmación muy comprometedor y previa del juzgador argentino, en cuanto a que no comparte el criterio restrictivo del derecho a la defensa que se ve obligado a aplicar y que deriva en la inoponibilidad por el imputado de la prescripción de los hechos por los que se le juzga;
- (c) hace “caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción” por el Estado del deber de tutela judicial efectiva y de dirigir los procesos judiciales “sin dilaciones y entorpecimientos indebidos”. Y esto sería así en razón de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Bulacio vs. Argentina*) que dictara la responsabilidad internacional del Estado por violación del señalado deber de tutela judicial; que subordinaría los derechos humanos del imputado (*Esposito*) a los de la víctima (*Bulacio y familia*); y que habría dispuesto, a renglón seguido, que “son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”.

En el fallo del asunto *Simón*, que a diferencia de sus precedentes mantuvo *mutatis mutandi* unidad de criterio con las sentencias venidas desde la primera instancia, destacan motivaciones y pronunciamientos que son centrales y muy decisivos de lo que será, finalmente, la posición de la jurisprudencia nacional argentina respecto del asunto que nos ocupa, a saber:

- (a) El recurrente, imputado de crímenes de lesa humanidad invocó la lesión “a las garantías de la ley penal más benigna, del *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como de la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*”, dada la aplicación retroactiva que se hiciera, en su caso, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, eliminándose “los beneficios de prescripción de la acción y de la pena”.
- (b) El juzgador, antes de ingresar al conocimiento de fondo y para determinar su competencia, no olvida recordar, paradójicamente pero sólo a dichos fines, que “la autoridad institucional de [un] nuevo precedente debe comenzar a regir para el futuro”; pero luego afirma, aquí sí y en cuanto al fondo, “que desde ese momento [es decir, desde la aprobación que se hiciera de las llamadas leyes de obediencia debida y de punto final que declararan la amnistía de los delitos cometidos por personal militar entre el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983] el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión”.
- (c) Las modificaciones en cuestión estarían dadas por “la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos –con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional - [que] ya no autoriza[ría] al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características [como las relativas a la preservación de la paz social que dieran lugar a las amnistías mencionadas] y cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad”; y, en consecuencia, desde ese entonces, en virtud de la modificación de la Constitución de 1994, “el Estado argentino ha[bría] asumido frente al Derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional”.
- (d) En este sentido, según el fallo, “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las

directivas de la Comisión Interamericana, constituyen [para el Estado argentino] una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. De donde, obligado como se encontraría éste por la dicha Convención y su interpretación según la jurisprudencia interamericana (Caso *Velásquez Rodríguez*), “a prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos”, en lo sucesivo habría de tener lugar “una prohibición severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos”.

- (e) Admite el fallo *Simón*, en su análisis, que privándose a las leyes sobre amnistía de todos sus efectos, lo que tendría lugar no solo por invocación del artículo 29 constitucional que declara de “nulidad insanable” los actos por los que el derecho a la vida queda a merced de los Gobiernos o persona alguna, sino también por la declarada primacía constitucional del Derecho internacional de los derechos humanos, la conclusión no puede ser otra que “producir una fuerte restricción de la cosa juzgada y del principio de legalidad, que impide prolongar retroactivamente la prescripción de la acción penal”, ya cumplida en muchos de los casos contenidos en las susodichas leyes de amnistía.
- (f) En definitiva, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace suyo con el fallo *Simón* las premisas del Caso *Barrios Altos* que fuera dictado por la Corte Interamericana al declarar responsable por hecho internacionalmente ilícito al Estado peruano y, al efecto, para fines propios, sentencia que no basta la supresión simbólica de las leyes de amnistía. Dice, así, que “la mera derogación de las leyes en cuestión, si ella no viene acompañada de la imposibilidad de invocar la ultraactividad de la ley penal más benigna, no alcanzaría a satisfacer el estándar fijado por la Corte Interamericana” y que, en todo caso, la relevancia de dicho principio quedó recogida en los fallos *Videla*, *Astiz* y, en especial, *Arancibia Clavel*, “en el que se admitió la aplicación retroactiva de la

imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ingresada a nuestro ordenamiento jurídico *ex post facto*, como lo reconoce sin ambages la Corte Suprema de Justicia.

III

Dicho lo anterior, no cabe duda en cuanto a que son muchos y muy sensibles los elementos de juicio vertidos en los fallos *Arancibia*, *Espósito* y *Simón*. Necesitan – de acuerdo a la polémica suscitada - de una mayor claridad conceptual, de una mejor relación intelectual entre los principios ordenadores a los que se apela y que se dicen propios al Derecho internacional y a la jurisprudencia que los desarrolla y sus eventuales consecuencias dentro del orden estatal interno, pero que mal pueden obtenerse dentro de los límites materiales de una sentencia.

A manera de ejemplos que ilustran mi preocupación personal al respecto, obsérvese como en el fallo *Arancibia* se arguye, sin más y textualmente, que “el formar parte de un grupo dedicado a perpetrar [crímenes contra la Humanidad], independientemente del rol funcional que se ocupe, también es un crimen contra la Humanidad” (cf. Numeral 17). Esto, dicho así, sugiere, una suerte de reconquista del principio de la responsabilidad colectiva - propio de la comunidad internacional clásica - y que en nada se compadece con el principio de la responsabilidad individual: inherente a la moderna sociedad institucional internacional y que ha hecho posible la fragua y consolidación del Derecho internacional penal, tal y como nos lo muestra *in extensu* el artículo 25 del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional.

En el fallo se confunden, por otra parte, las modalidades de participación posibles de un individuo - por sí solo, como cómplice o encubridor, como colaborador “intencional” de un grupo de personas que tengan una finalidad en común, etc. - en cualquiera de los crímenes sobre los que tiene competencia la Corte Penal Internacional, con los supuestos sustantivos que definen a los crímenes internacionales: sea de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, o de agresión.

Finalmente, al referirse el juzgador a “la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país [la Argentina]” y

decir, al efecto, que ello ha significado “la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal”, declara textualmente “que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos”. Y olvida aquél, como me resulta a primera vista, que la desaparición forzada de personas no es un *nomen iuris* genérico: es, sí, uno de los actos precisos que puede constituirse en crimen de lesa humanidad si hace “parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. De allí que este tipo criminal cuente con especificidad propia, como puede constatarse de la lectura del artículo 7, numeral 2, literal i) del Estatuto de Roma, donde se le define como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

El fallo del asunto *Espósito*, por su parte, revela algo digno de ser reseñado y que de no situárselo en un justo contexto podría revelar exceso como premisa y la vez ser contrario a las mismas normas del Derecho internacional de los derechos humanos. El juzgador declara que no comparte cuanto decide y que lo hace compelido por “los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos”; dado lo cual, en su decir, no tendría más opción que restringir fuertemente los derechos de defensa que estaría obligado a tutelar como órgano de la administración de Justicia.

En este orden, cabe prevenir que, sin perjuicio de la indiscutible obligación que pesa sobre los Estados parte del Pacto de San José, en cuanto a dar cumplimiento estricto y de buena fe a los mandamientos de la Corte Interamericana y sin mengua de su doctrina en cuando a los crímenes de lesa humanidad, ésta ha dicho repetidamente que no es un tribunal de alzada de los tribunales nacionales: no es, en otras palabras una suerte de cuarta instancia, sino que se ocupa -como órgano judicial de la Convención Americana- de determinar cuándo un Estado *in totus* viola – por acción u omisión de sus poderes públicos – las obligaciones de respeto y de garantía de los derechos humanos que reconoce (Caso

Villagrán Morales, entre otros), determinando las medidas sustantivas de reconducción y ejecución pertinentes.

No es ocioso recordar, por lo mismo, que la propia jurisprudencia europea de derechos humanos (Casos *Marckx*, *F.Svizzera*, *Belilos*, *Brozicek*, *Airey*, etc.) declara de un modo reiterado que corresponde al Estado escoger, para conformarse a las decisiones de la sentencia internacional respectiva, la solución más apropiada, en presencia como se está de una obligación de resultado presta a alcanzar el fin querido por la Convención. Mal caben, pues, las inferencias extremas y las generalizaciones, que en modo alguno son cónsonas con la misión de los tribunales de derechos humanos de decir el Derecho con relación a un caso concreto, limitándose a constatar la subsistencia o no de violaciones a los tratados en la materia y, de ser el caso, estableciendo las modalidades de reparación procedentes.

De no ser así, no tendrían justificación dentro del Derecho internacional las instituciones del agotamiento previo de los recursos internos ni la del reenvío del propio Derecho internacional hacia el Derecho interno del Estado a objeto de hacer valer sus disposiciones. Un ejemplo manifiesto lo representa la misma Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, citada varias veces en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que nos ocupan y cuyo artículo IV dice, sin espacios para la duda, lo siguiente:

“Los Estados en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados [omissis].

Por último, el fallo *Simón*, mejor estructurado que sus precedentes, al referirse al tema de la imprescriptibilidad de los hechos constitutivos de crímenes de lesa humanidad y, de suyo, al comentar la aplicación retroactiva en el Derecho interno de las disposiciones internacionales invocadas, no se cubre ante las ambigüedades y peligros que resultarían – en perjuicio de uno u otro orden normativo - de la aceptación “acrítica”, sin las

modulaciones necesarias y suficientes, de los mandamientos interamericanos que provocan la relación e integración internormativa del caso. La imprescriptibilidad que, como *desideratum*, es reclamada para los hechos constitutivos de crímenes internacionales que afectan a la conciencia de los pueblos y a la comunidad internacional en su conjunto, no puede ser manejada con laxitud y sin las prevenciones debidas.

No se discierne en este fallo, en efecto, acerca de los alcances distintos que puede y ha de tener el argumento doble de la imprescriptibilidad manejado por la Corte Interamericana hasta el presente.

En el *Caso Bulacio*, citado por el fallo *Espósito*, la Corte de San José objeta la aplicación de disposiciones sobre prescripción u obstáculos de derecho interno que pretendan impedir “la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”; intentando recordarle al Estado, de tal modo, su deber de corregir cuanto sea necesario dentro de su jurisdicción y competencias propias para que se logre el resultado pedido por la Convención: evitar la impunidad. Empero, mal puede deducirse de dicho planteamiento jurisprudencial que el instituto de la prescripción de la acción penal sea, en esencia, contrario al Pacto de San José.

Sorprende, entonces, que en el *Caso Espósito* se recoja, sin más, el principio de la imprescriptibilidad de los hechos constitutivos de “violaciones de derechos humanos”, cuando lo cierto es que la imprescriptibilidad – que no poco debate todavía suscita en su aplicación práctica por la doctrina jurídica internacional – la refiere la Corte Interamericana, en el *Caso Barrios Altos* y como se aprecia en la lectura del fallo *Simón*, para evitar la impunidad de las “violaciones graves a los derechos humanos”.

Recuérdese, por lo pronto, que Roberto Ago, antiguo Presidente de la Corte Internacional de Justicia y relator que fue de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en el tema de la responsabilidad internacional del Estado, al proponer su definición de crimen internacional, se refiere, justamente y entre otras hipótesis, a “una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid”.

No puede hablarse de imprescriptibilidad de las violaciones de derechos humanos, siquiera como aspiración, entonces, de no llenarse los requerimientos enunciados: gravedad del hecho, generalidad de la práctica, aplicación sistemática, etc. Lo contrario supondría, como lo hemos dicho, la muerte de la prescripción de todos los delitos y penas contenidos en nuestras legislaciones criminales; pues todos aquellos, de suyo y en esencia, siempre implican la violación de algún derecho humano requerido de tuición constitucional o subsidiariamente internacional.

No obstante lo anterior, cabe tener presente – como una invitación al análisis crítico y desapasionado por el juzgador nacional - en cuanto a la aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en fragua, lo que oportunamente destacara en dictamen especial – libre de toda sospecha dada su autoría - el maestro Werner Golschmidt, al opinar sobre el proyecto de Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad: “No obstante la fuerza de convicción que el principio posee por sí mismo y su inestimable valor moral, fuerza es reconocer que no goza de universal aceptación” (*Opinión de Fermé y Golschmidt, suscrita por Alejandro Ahumada, Sub Procurador del Tesoro de la Nación, Expte. 7212/76, 22 de julio de 1968*).

En el igual orden, no es ocioso referir, finalmente, que a diferencia de cuanto esgrime el juzgador argentino en el fallo *Arancibia Clavel*, para destacar la inutilidad de la pena por la incidencia que el paso del tiempo tendría en la vivencia colectiva de un crimen, lo cierto es que, aun siendo tal criterio el dominante dentro de la doctrina penal, con Cuello Calón y Maggiore a la cabeza, la prescripción, en nuestra opinión modesta, encuentra su mejor fundamento en la idea de la sanción al Estado y al mismo colectivo social, por haber sido indiferentes, en su oportunidad, al derecho de todo ciudadano a la tutela judicial pronta y efectiva.

IV

A la luz de esta primera aproximación, mal podríamos hacer de lado un dato «metanormativo» de significación para el mejor entendimiento del asunto que nos interesa. Tal dato o referencia la introduce o sugiere Badeni en su discurso al referir que los fallos de la Suprema Corte de la Nación argentina habrían alimentado

descripciones normativas que, si bien dicen – en lo nominal - sobre la jerarquización del Derecho internacional por sobre el Derecho interno, desde el ángulo de la realidad o de la llamada dimensión sociológica de la realidad jurídica y desde su confluencia con la dimensión ética o valorativa, habrían proscrito el principio pantónimo *pro homine*.

Este principio, justamente, es el que soporta en su unidad de interpretación y en lo teleológico al moderno Derecho de los derechos humanos. Y como debemos recordarlo, fue su celosa defensa la que animó, más allá del alegato de la soberanía formal que tanto satisface a los dualistas, la protesta <badeniana> en cuanto a que “la Convención Reformadora de 1994 no estaba habilitada, ... para permitir que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución pudiesen ser alterados”.

El editorial del Diario La Nación de Buenos Aires (8 de septiembre de 2005), titulado *La Constitución y los derechos humanos*, dibuja oportunamente, fuera de los elementos dogmáticos y formales involucrados, las supuestas motivaciones que a su entender subyacen como elementos reales de los fallos *in comento* y que permitirían su mejor inteligencia:

“El objetivo político que persigue la nueva jurisprudencia de la Corte -dice La Nación - se alinea con el ideológico del Gobierno, al coincidir con las reiteradas manifestaciones de las más altas autoridades de la Nación tendientes a dejar sin efecto las denominadas leyes de obediencia debida y de punto final” [que beneficiaron a los militares integrantes de la última dictadura].

Por obra de las sentencias aludidas, como lo afirma a continuación el editorial de marras:

“La declaración de inconstitucionalidad de las llamadas leyes del perdón [llevan a] declarar imprescriptibles las acciones para el futuro por delitos de lesa humanidad [para] volver a juzgar personas que resultaron absueltas, amnistiadas o indultadas o cuyas acciones han prescrito con arreglo a leyes existentes ante de la vigencia de [los] tratado[s] internacionales[es]” concernidos; mediante un “pretendido reconocimiento de la retroactividad de la ley penal” con base en “la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”.

El tema, como podrá observarse, no es baladí ni de fácil resolución. Se requeriría, según la orientación del maestro Goldschmidt, ya citado y que mal puedo atender en la estrechas páginas de esta comunicación, hacer coincidir los móviles de los repartidores de tales decisiones con los criterios de reparto que han de guiar a la Justicia en su función estimativa y pantónoma.

Por lo pronto, téngase presente que habiendo sido argüida una razón de oportunidad y pertinencia políticas repaldada por otra ideológica, que de conjunto habrían incidido en el acto de determinación o de descripción normativa realizado por la Suprema Corte de la Argentina, no deja de sorprender la otra decisión que en sentido extremo y contrario e invocándose el principio *pro homine*, dictara la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

La Constitución aprobada por los venezolanos mediante referendo, en 1999, se inscribe, justamente, sobre un extraño modelo unidimensional y de corte neohegeliano, que se dice revolucionario y a cuyo tenor, luego de proclamar en su artículo 23 que “los tratados, pactos y convenciones relativos a los derechos humanos, ... tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno” en la medida en que se ajusten al principio *pro homine*, declara en paralelo que así como es fin del Estado “el desarrollo de la persona” (artículo 3 constitucional), “las relaciones internacionales de la República corresponden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía...”, tal y como lo dicta el artículo 152 *ejusdem*.

De modo que, a la luz de estos criterios de reparto, la Sala Constitucional venezolana, en su fallo 1.942 (15 de julio de 1903) dictado en la acción de nulidad por inconstitucionalidad de normas del Código Penal ejercida por *Chavero Gazdik*, estableció que:

“Al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es [l]a Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los Tratados, Pactos

y Convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos.

“Es la Sala Constitucional –continúa el fallo- quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; [de lo contrario], se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.

[Omissis]

“A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: *“La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”* siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones.

“Si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión – finaliza diciendo el juzgador venezolano - tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos. Es posible que si la República así actúa, se haga acreedora de sanciones internacionales, pero no por ello los

amparos o los fallos que dictaran estos organismos se ejecutarán en el país, si ellos resultan violatorios de la Constitución de la República y los derechos que ella garantiza”.

No es un secreto a voces, debo subrayarlo, que la señalada jurisprudencia de la Sala Constitucional de Venezuela fue producto, en su momento, del clima de protesta gubernamental por las múltiples medidas cautelares y medidas provisionales dictadas en beneficio de ciudadanos y contra del Estado, tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; e incluso bajo supuestos normativos sino iguales muy similares y en circunstancias que dicen, por lo demás, acerca de una suerte de identidad de cosmovisiones entre el Gobierno de Venezuela y el Gobierno de la Argentina.

V

Mi reflexión de fondo, entonces, mal puede pretender dar por concluido el debate a guisa de la sola descripción de sus términos y menos esgrimir, a título dogmático, todo cuando ha dicho y sostenido al respecto, de manera consistente, la doctrina y la jurisprudencia internacionales durante el último medio siglo.

Apenas intentaré, si posible, trazar algunas líneas para la mejor y más adecuada comprensión del problema jurídico replanteado y en orden a provocar una reflexión de fondo, estructural, acerca de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno del Estado, en lo particular, entre el Derecho internacional y las constituciones, desde la perspectiva del primero.

Cabría tener presente dos elementos de especial relevancia y que mucho revelan el origen y la naturaleza de argumentaciones antitéticas como las planteadas, ora por la Corte Suprema de la Argentina, ora por la Sala Constitucional de Venezuela.

El primero de ellos nos lo proporciona la experiencia intelectual de Hans Kelsen.

Antes de las grandes guerras del siglo XX, al construir su teoría sobre la norma fundamental (*grundnorm*) y sostener con ella la unidad sistemática del Derecho, afirmó el padre de la Teoría Pura que el vértice de la pirámide normativa se encontraba situado en el Derecho interno de cada Estado; sugiriendo que en los actos

concurrentes de distintas soberanías estatales encontraba su fundamento originario el Derecho internacional o de gentes.

Luego de las conflagraciones mencionadas y sucedido el Nuevo Orden que quedaría inscrito en la Carta de San Francisco, adoptada en 1945, no tuvo reservas Kelsen para producir un cambio de óptica y declarar que la *grundnorm* se situaba, en lo adelante, en el Derecho internacional; fuente de validez, por lo mismo, de todo el orden normativo subsidiario, es decir, del mismo Derecho interno de los Estados.

De un monismo con primacía del orden interno pasó Kelsen a defender un monismo con primacía del Derecho internacional, en virtud del tránsito que apreció desde la conocida sociedad internacional de coexistencia entre soberanías paritarias hacia otra de carácter institucional, afinada sobre la idea de la permeabilidad de las soberanías frente al *orden público internacional* emergente y a la garantía multilateral de los derechos humanos.

La comunidad internacional previa al mundo de las Guerras Mundiales y nacida de la Paz de Westfalia en 1648, era, en efecto, de base esencialmente relacional.

El Estado y su soberanía en acción determinaban el curso del entendimiento jurídico. De allí que, partiéndose de tal primitivismo estructural y de la descentralización plena en el ejercicio del poder punitivo, la responsabilidad internacional por acciones u omisiones contrarias a lo pactado entre los Estados fuese entendida y reclamada como colectiva; en tanto que la seguridad del orden constituía problema de cada Estado y a ella había de proveer cada uno de ellos libremente, de manera individual y según las formas que juzgase pertinentes cualquier arbitrio soberano unilateral.

La guerra, la auto tutela como medio de solución de controversias jurídicas y políticas, pues, era parte inherente del orden político y jurídico internacional conocido. Pero las secuelas de la primera y segunda guerra mundiales provocaron, por vía de los hechos un escenario diferente, sin que por ello quedase suplantado en su totalidad el régimen precedente y sus repartos de conducta internacionales.

Los constructores del Nuevo Orden posbélico asumieron que el mantenimiento de la paz internacional entre los Estados no podía ser ajeno a la seguridad y a la estabilidad del mismo ordenamiento mundial que tales Estados, en ejercicio de sus soberanías, se habían

dado. Procuraron eliminar dentro de él, así y a propósito de las materias más sensibles para la vida de la comunidad internacional en su conjunto, las tendencias hacia la disgregación y el auto-aniquilamiento jurídicos, propio al cruce de los intereses antagónicos de soberanías estatales en yuxtaposición.

Fue así como emergió con la Carta de San Francisco ese *orden público* mínimo y necesario –objeto de análisis por la doctrina al considerar el voto del Juez Lorenzetti en el Caso *Simón* - para el logro del objetivo dicho y que en lo sucesivo sería garantizado por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto. En el plano de lo normativo, tiene lugar, por ende, el nacimiento de las llamadas obligaciones *erga omnes* y también las de *ius cogens*, cuya tuición institucional asumirían originariamente los órganos políticos de la Organización de las Naciones Unidas: su Asamblea General y el Consejo de Seguridad.

No por azar, pues, la Carta de 1945, a contrapelo de los principios dominantes durante la sociedad internacional relacional de los Estados e incluso en línea contraria a las reglas clásicas del consentimiento mutuo y de la reciprocidad: fuentes legitimadoras del Derecho internacional clásico, hizo valer la emergente heteronomía jurídico institucional no solo frente a los Estados partes del estatuto “onusiano” sino también ante Estados no miembros de la ONU, tal y como lo revelan, a manera de ejemplos, los artículos 50 y 107 del documento estatutario “onusiano”.

En términos prácticos, lo verificable es que así como la mayor cuota de los asuntos que han interesado a la cosa pública, integraban para 1945 el objeto de competencia exclusiva – normativa y jurisdiccional - de los Estados, quedando en el plano de lo jurídico internacional la mera administración del fenómeno relacional, luego de dicha fecha y esta vez como nunca antes, son pocas las materias atinentes a la cosa pública que – mediante actos soberanos -no hayan sido objeto de transferencia o desplazamiento desde el orden interno de los Estados hacia el Derecho internacional; o que el orden interno no las comparta en su regulación con el mismo ordenamiento internacional.

Reconocida esta realidad o circunstancia, lo que cabe y que mal puede hacerse por vía de un corolario totalizante, apriorístico y dogmático, es discernir en cuanto a los asuntos que, interesando a la cosa pública y aun desplazados hacia los fueros normativos del Derecho internacional, integran o no el núcleo de la heteronomía

normativa, es decir, le dan contenido al llamado *orden público internacional*; o que, por el contrario, medran todavía a disposición del consentimiento o de la voluntad unilateral de los Estados.

Pero aun lográndose este objetivo metodológico, ello no sería suficiente para una adecuada aplicación e interpretación de las normas internacionales dentro del orden interno de cada Estado.

En nuestro último libro, titulado *Código de Derecho Internacional: Discurso preliminar y normas básicas*, en curso de edición por la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, insistimos en la idea de la *pacta sunt servanda*: que es el principio normativo – metajurídico, axiomático y sobre todo fundamental – sobre el que reposa el orden jurídico internacional y que, según la opinión dada en 1929 por Dionisio Anzilotti, es el que explica la fuerza obligatoria del Derecho internacional general, para luego señalar lo a nuestro juicio sigue siendo fundamental:

“El ordenamiento internacional no se cumple en lo abstracto y sobre ámbitos de validez indeterminados, distintos de aquellos sobre los cuales ejercen su jurisdicción soberana los Estados”. “Se plantea como exigencia indispensable, entonces, la relación, coordinación, integración, adecuación o sincronía funcional entre los dictados del Derecho internacional y los del Derecho interno de cada Estado, en virtud, como bien lo apunta Julio González Campos en su Curso de Derecho internacional público (Madrid, Civitas, 2002), del principio *de la coherencia en la actividad jurídica y el comportamiento del Estado en una y otra esfera de su actividad*: Los Estados, al fin y al cabo, son autores del ordenamiento internacional y mediante el concurso de sus soberanías han hecho válidas sus prescripciones; a su vez, son creadores de sus propios Derechos internos”.

De modo que, sin perjuicio de admitir, como lo hace Guy Isaac (*Manual de derecho comunitario general*, Barcelona, Ariel, 1985) que “el derecho internacional no regula, por él mismo, las condiciones en las cuales las normas contenidas en los tratados deben integrarse en el orden jurídico de los Estados para ser aplicadas allí por sus órganos [...; dado lo cual] deja esa materia en manos de cada Estado que la regula, por lo tanto, soberanamente, en función de la concepción de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno a la que se sume”, lo crucial, con vistas al principio de la coherencia funcional reside hoy en la inteligencia por cada Estado de los límites que a su libertad

soberana –y por aceptación soberana previa- introduce el reconocimiento de un *orden público internacional* indispensable.

Como cabe apreciarlo, el asunto no es tan simple como podría considerarlo cualquier jurista o estudioso que se aproxime a los temas propios del Derecho internacional contemporáneo, sea para asumirlo *in totus*, sea para rechazar la autoridad de sus predicados. Ni se reduce tampoco a lo que, de ordinario, nos preocupa: la integración o la jerarquización de fuentes internacionales en su relación con el Derecho interno, dentro de un contexto en el que aquellas aumentan y se diversifican según las mismas necesidades internacionales. Antes eran la costumbre y los tratados internacionales, y ahora son éstas fuentes junto al mismo Derecho interno de las organizaciones internacionales o comunitarias – con sus propias diversidades normativas – e inclusive la llamada *lex mercatoria*: constituida por las reglas privadas que aplican, con efectividad indiscutible y a nivel transnacional, los operadores económicos, comerciales y financieros.

No cabe duda, entonces, en cuanto a que son tres los paradigmas o dogmas que se integran, a partir de 1945, en el núcleo original del *orden público internacional* de la posguerra y que se construyeron sobre el drama del holocausto: (1) La prohibición del uso de la fuerza como medio de solución de controversias internacionales, que no sea la colectiva e institucional o la que se explique en el ejercicio de la legítima defensa; (2) La obligación de los Estados de acudir a los medios pacíficos – diplomáticos o adjudicativos – para solución de las controversias internacionales; y (3) el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

El otro elemento de juicio en cuanto al argumento que nos ocupa y que es digno de ser ponderado cuidadosamente, está próximo a nuestra experiencia contemporánea y ha motivado escritos muy lúcidos y recientes de Luigi Ferrajoli, teórico florentino del Derecho y estudioso como el que más del Derecho de los derechos humanos.

En nuestras últimas conferencias en la Asociación Argentina de Derecho Comparado y en el Consejo Argentino de Relaciones Internacionales, recordábamos al autor y asumimos como propia su versión acerca de esta otra transición histórica que acusa la Humanidad y el orden internacional de los Estados, con rasgos

característicos muy distintos a los que fueran motivo de observación y de preocupación para Kelsen durante el período de entre Guerras.

Ferrajoli destaca la emergencia factual y corriente, en tiempos de globalización, de “instancias de autonomía política fundadas en reivindicaciones localistas y comunitarias nacionalistas, étnicas o religiosas, entendidas como factores de identidad cultural”. Y advierte que lo común a una u otra tendencia, sea la globalizadora, sea la que multiplica los localismos, es la “crisis del Estado nacional”, por ende, la advertida fragilidad de sus rieles de transmisión: los poderes públicos centrales, los partidos políticos, y la misma idea de la soberanía.

Demasiado grande y complejo es el Estado, según el teórico florentino, como para ocuparse y entender la vida y los problemas del hombre y de la mujer comunes: quienes apenas saben de “patrias de campanario”. En contrapartida se mostraría débil e ineficaz como nunca antes para su más elemental cometido: el mantenimiento del orden dentro del Derecho; que no sea apelando a la resurrección de los autoritarismos.

Pero al margen de la digresión, lo válido y permanente, en mi criterio, es la idea de subsidiariedad: por consustancial a la vocación natural de los hombres. Ella continuará rigiendo entre las distintas formas sociales, políticas y jurídicas que éstos se den – llámensele o no Estados, llámesele o no orden público internacional o global – para alcanzar la alteridad y acceder desde la unicidad del Ser hacia el plano de la unidad en el género de lo humano.

Así que, ante el aparente absurdo de órdenes sociales y normativos que coexisten en diversidad – como el internacional y los nacionales – y que luego interactúan o se integran funcionalmente guiados por la idea de la subsidiariedad, mal cabe como premisa el vaciamiento o la simple servidumbre de un orden en beneficio del otro.

En mi modesto criterio, las insuficiencias históricas y sobrevenidas de la tesis monistas y dualistas – en sus distintas versiones - para la comprensión adecuada sea del orden global en ciernes, sea de las tendencias hacia la disgregación de lo estatal, solo pueden ser colmadas a través del principio de la coherencia funcional internormativa: construido sobre la idea citada de la subsidiariedad entre los órdenes jurídicos y políticos existentes y que bien pudo encontrar algún espacio y no lo encontró en el texto de los fallos *Arancibia Clavel, Espósito y Simón*.

En un ejercicio o trazado teórico inicial y a propósito de mi lección inaugural de las XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, en Córdoba, me atreví a afirmar que el principio de la coherencia funcional ha de suponer el reconocimiento por el juzgador nacional de algunos datos objetivos:

La norma internacional nace de un acto concursal de voluntades soberanas, tanto como la norma nacional deriva de un acto de soberanía; de modo que, siendo el Estado autor y descriptor de ambos repartos de conducta, su comportamiento ha de ser congruente en una y otra esfera de la actividad normativa;

- (1) la insuficiencia institucional del orden internacional contemporáneo impone su desdoblamiento funcional a manos del Estado, vale decir, el reenvío necesario de las normas de aquel hacia las normas del Derecho interno para que las primeras puedan realizarse a cabalidad;
- (2) dado el papel funcional y estratégico del orden del Estado para los fines internacionales, el orden internacional ha de operar con relación al mismo según el criterio de la subsidiariedad, y cuando se le sobrepone, por razones atinentes al orden público internacional, debe preservarlo de los riesgos de vaciamiento;
- (3) la validez e imperio del orden público internacional (*normas de ius cogens*) reclama de su delimitación estricta y de su implementación por el Estado conforme a los medios de que éste disponga;
- (4) el Estado, en su labor exegética y operacional para la integración, relación, coordinación o sincronía entre las normas internacionales e internas ha de guiarse por la regla de la buena fe (*pacta sunt servanda*), mediante un traslado de conceptos desde el orden internacional hacia el orden interno en el que medie la sana crítica y con vistas al objeto de las normas relacionadas;

- (5) en todo caso, ante situaciones de duda provocadas por la relación necesaria entre las normas internacionales y los predicados del Derecho interno como de la eventual oposición – tratándose de la protección y garantía de los derechos humanos - entre derechos que merecen igual tuición, de manera razonada el juez nacional ha de apelar al método del *balancing*: optando por la solución que menos afecte el núcleo pétreo de ambos derechos en oposición aparente, en hipótesis concretas, atendiendo a las justas exigencias del Bien Común en una sociedad democrática, y con vistas, por encima de todo, al principio fundacional *pro homine et libertatis*.

VI

Que dice y nos dicen, para concluir, el Derecho internacional contemporáneo y su doctrina más autorizada acerca de los temas que ocuparon la atención del juzgador argentino en los casos *Arancibia Clavel*, *Espósito*, y *Simón*, y que, en lo particular, lo han llevado a predicar, más allá de los límites del principio de la coherencia funcional:

- ✓ La servidumbre del Derecho constitucional en beneficio del Derecho internacional de los derechos humanos.
- ✓ La aplicación de la costumbre como fuente del Derecho internacional penal y la relativización del *nullum crimen sine lege*.
- ✓ La aplicación retroactiva del Derecho internacional imperativo o *ius cogens*.

1. Sobre la servidumbre del Derecho constitucional en beneficio del Derecho internacional

No cabe, razonablemente, lo hemos dicho, una dualidad conductual o de postura por los Estados quienes se han obligado

según los términos del Derecho internacional, como tampoco sería acorde con el sentido común que cada Estado haga valer su criterio de un modo unilateral, ante supuestos normativos que son la obra concordante de dos o más voluntades soberanas.

Admitir cualesquiera de tales premisas, equivaldría tanto como decretar la muerte del ordenamiento jurídico internacional y de suyo la regresión de los órdenes de los Estados hacia el plano de la “ingobernabilidad hobbesiana”.

La práctica internacional más reciente muestra que la adecuación de las premisas entre uno y otro orden, entre el Derecho internacional y el derecho del Estado, de ordinario las reenvía el mismo Derecho internacional hacia este último, que en ejercicio de su soberanía dispone los medios adecuados para el cumplimiento de las obligaciones internacionales pactadas y siguiéndose por los criterios de la buena fe.

La jurisprudencia internacional, incluida la relativa a la protección de derechos humanos emanada tanto de la Corte de Estrasburgo (Asunto *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, 1976) como del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Asunto *Blaskic*, 1977), ha sido conteste al sostener el “principio de la indiferencia” del Derecho internacional en cuanto a los medios por los cuales los Estados se ajustan a sus obligaciones convencionales; sin que ello signifique, en modo alguno y dada la misma necesidad del sostenimiento de la coherencia funcional entre uno y otro orden normativo, sobre todo en el ámbito del Derecho internacional penal, que el juzgamiento por un Estado de comportamientos previamente tipificados como criminales en el ámbito internacional sea absolutamente discrecional.

Todavía más, en cuanto a la jerarquización de lo normativo dentro del orden interno, el Derecho internacional no le impone regla alguna al Estado. Las soluciones son muy varias a la luz del Derecho constitucional comparado: La Constitución de los Países Bajos consagra la supraconstitucionalidad de los tratados; la misma Constitución argentina le otorga rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos; la Constitución alemana le asigna rango suprallegal a las normas del Derecho internacional público; en tanto que las Constituciones de México y la de los Estados Unidos de América, colocan en igualdad de jerarquía a los tratados y a las leyes.

De modo que, la eventual contrariedad entre un tratado y una norma constitucional, sin perjuicio de que pueda dar lugar a reclamos de responsabilidad por hecho internacionalmente ilícitos, ha de ser resuelta por la propia jurisdicción nacional, sin perjuicio, lo repito, del principio de la coherencia funcional y a cuyos fines resulta pertinente el conocimiento de las reglas que sobre la compatibilidad y la efectividad recíproca entre uno u otro orden ha definido el Derecho internacional a los fines de determinar la validez de las normas internacionales.

Paul Reuter, en su exégesis de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dice bien, en tal sentido que, por vía de principio, “son nulos los tratados que se celebran en violación del Derecho interno de un Estado” (*Introducción al Derecho de los tratados*, México, FCE, 1999). Mas importa precisar que el juicio de compatibilidad, en cuanto al fondo, corresponde siempre al Estado en el momento mismo en que pone en marcha, de acuerdo a sus mecanismos constitucionales o legales, el procedimiento respectivo de integración o de inserción internormativa.

De modo que, si esto es así, también lo es que mediando un consentimiento regular, sin atentado manifiesto y sin que se afecte una norma de importancia fundamental del Derecho interno relativa al señalado consentimiento sobre la norma internacional, en lo adelante “un estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento” del mismo, como lo indican los artículos 26 y 46 de la mencionada Convención.

En conclusión, la coherencia funcional entre el Derecho internacional y el Derecho interno del Estado para los fines de su aplicación es un principio que no cesa en su autoridad y excluye, por lo pronto, el vaciamiento de un orden jurídico por el otro, sobre todo en el ámbito del Derecho internacional penal; aun más siendo que es al propio Estado a quien corresponde, por vía de un desdoblamiento funcional y dadas las carencias institucionales de la sociedad o comunidad internacional, la tarea del escrutinio internormativo.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en 1998 y de reciente vigencia, remite no pocas veces para su implementación al Derecho interno o nacional e incluso dispone, en su artículo 17, que la susodicha Corte resolverá la inadmisibilidad de un asunto que se le refiera cuando ya “sea objeto

de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”. De donde, como máxima de la experiencia, no cabe una resignación pura y simple de la tarea de adecuación e interpretación normativa del Derecho internacional por parte de un juez nacional y en términos similares a como se hizo en la jurisprudencia del Caso *Espósito*.

2. La costumbre como fuente del Derecho internacional penal o la relativización del nullum crimen sine lege

En cuanto a la costumbre como fuente de Derecho, que duda cabe que es tal y que como tal ha nutrido al Derecho internacional desde sus orígenes. Ningún Estado puede desconocerla bajo el alegato de que la misma no sea referida o tomada en consideración por su ordenamiento constitucional al momento de apreciar la jerarquía de los tratados internacionales dentro del Derecho interno; sobre todo si se trata, como en el caso de la Argentina, de un Estado parte del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que, expresamente, en su artículo 38, la consagra en paridad a los mismos tratados y acuerdos internacionales.

La norma consuetudinaria internacional, como fuente vinculante de Derecho, no es el producto de una arbitrariedad. La práctica reiterada y su aceptación como válida conforme a Derecho ha nutrido y ha sido propia a la misma estructura clásica de la comunidad internacional de los Estados soberanos y en sus relaciones de coexistencia; sobre todo por renuentes éstos y en razón de la misma soberanía del Estado, a admitir entonces la fragua de normas jurídicas escritas que pudiesen sujetarles y sobreponerse a sus voluntades. La historia, sin embargo, da cuenta sea de la costumbre o de las reglas generales de Derecho internacional – reconocidas desde los tiempos de Confucio - sea de los tratados, cuyo más remoto y paradigmático ejemplo fue el suscrito por Ramses II y el Rey de los Hititas, cerca del año 1292 a.C.

La coexistencia de los tratados con la costumbre, sin embargo, es también el producto del cruce de civilizaciones jurídicas que tiene lugar durante el proceso de formación del Derecho internacional. Y no podría ser de otro modo.

No es ajena la doctrina, sin embargo, a los problemas que suscita la aplicación de la fuente consuetudinaria en el ámbito del novísimo Derecho internacional penal - casi inevitable en un Derecho que como el internacional, según lo dicho, deriva de un cruce entre los sistemas anglosajón y continental y dado que, tal Derecho penal transnacional, mal se aviene por su específica naturaleza con prescripciones – ora sustantivas, ora adjetivas - que no aseguren el principio de la legalidad: *nullum crimen sine lege*. La misma Conferencia que tuvo a su cargo la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, incluso reconociendo la base consuetudinaria de los crímenes internacionales, la matizó y se ocupó de que tales crímenes, como lo recuerdan las profesoras Lirola Delgado y Martín Martínez, “estuviesen claramente definidos”. No solo eso, reconoció, como consta en los artículos 22 y 23 del Estatuto, el *principio de legalidad* como propio al Derecho internacional penal: “tanto [en] el aspecto material de predeterminación normativa (*nullum crimen sine lege*), como [en] el aspecto formal de la garantía penal (*nullum poena sine lege*).

No debemos olvidar, entonces, que si bien “la aplicación del principio de legalidad en el ámbito del derecho internacional penal – como lo previenen las profesoras hispanas citadas - adquiere una mayor complejidad, en el sentido de que la responsabilidad internacional penal individual se ha llegado a justificar en función de elementos distintos del de la exclusiva identificación de un tipo penal internacional previo”, como lo revelan las experiencias de Núremberg, de la ex Yugoslavia y el mismo proceso de codificación que concluyera con el Estatuto de Roma: que apoyo parte de su estructura normativa en la costumbre internacional, en otro plano dicho principio de la legalidad ha sido consagrado por los instrumentos convencionales internacionales sobre derechos humanos: la Declaración universal, el Pacto de derechos civiles y políticos, la Convención europea, y la misma Convención americana o Pacto de San José.

En suma, lo que debe tenerse presente y que reclama de mucho cuidado en el juez nacional, es que ante el alegato de la costumbre como fuente del Derecho internacional penal y en su aplicación a supuestos criminales específicos, no se puede proveer al respecto de una manera laxa, en otras palabras, mediante remisiones deductivas o la simple declaración por un Estado de que tal o cual norma consuetudinaria existe y le obliga, sin más.

Concretar el contenido de una costumbre internacional es, sin lugar a dudas, la tarea más compleja que puede asumir un operador jurídico, dado que ella no se encuentra en un cuerpo detallado de reglas hipotéticas.

Cuando en el asunto *Arancibia Clavel* se afirmó por la Suprema Corte para los fines de su decisión, que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad solo expresa “el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario”, pues “la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad” desde mucho antes, resulta imperativo preguntarse si tal declaración es suficiente para el juzgador y para que en su ánimo llegue a la convicción de la existencia de tal regla y de su carácter vinculante.

La Corte Internacional de Justicia, en su fallo de 1984 relativo a la *Delimitación de la frontera marítima en el Golfo de Maine*, dice bien a propósito de la costumbre internacional y de su prueba, que la llamada *opinio juris* alrededor de una serie de reglas consuetudinarias “se ha de probar por vía de la inducción, partiéndose de una práctica suficientemente amplia y convincente, y no por vía de deducciones que partan de ideas preconstituidas *a priori*”.

El fallo *Arancibia*, como podrá constatarse en su texto, antes que purgar severamente la exigencia de prueba de la costumbre para su aplicación correspondiente deja abierta la duda acerca de la existencia de una práctica suficiente, amplia y convincente al respecto, que diga sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad como regla vinculante para la comunidad internacional en su conjunto y, de suyo, para la Argentina. Tanto es así que el propio juzgador cita el Preámbulo de la mencionada Convención sobre Imprescriptibilidad, reconociendo que su origen fue, justamente, “la grave preocupación en la opinión pública mundial suscitada por la aplicación [respecto de tales crímenes de guerra y de lesa humanidad] de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios”.

3. La irretroactividad en el Derecho internacional

En lo atinente al principio general de Derecho que impide la aplicación retroactiva de las normas, cabe señalar que el mismo no es extraño al Derecho internacional, en lo particular al Derecho internacional de los tratados y en lo relativo a la aplicación de las normas convencionales en el tiempo. Dos razones median a favor de esta exigencia, como lo recuerda la misma doctrina: “garantizar la seguridad jurídica de los destinatarios de las normas internacionales, y no retardar irrazonablemente la aplicación de las reglas nuevas de derecho internacional” (Cf. Nguyen Quoq Dinh et al., *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1999).

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por consiguiente, no tuvo reparo al prescribir en su artículo 24 y a propósito del juzgamiento por la Corte de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra, y agresión, que “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”. No solo eso, la misma norma dispone que “de modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena”.

En el fallo del caso *Simón*, por el contrario, la Corte Suprema de la Nación consideró que “el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto” y que, en virtud de ello, visto el caso argentino y la derogación de las llamadas <leyes de punto final y de obediencia debida> sobreviene “la imposibilidad de invocar la ultractividad de la ley penal más benigna”.

A propósito de la responsabilidad internacional que podría comprometer al Estado argentino, de no cumplir éste y de buena fe con los predicados de la Convención Americana de Derechos Humanos y los mandamientos de sus órganos, no huelga observar como elemento de reflexión que la Comisión de Derecho Internacional, al codificar las reglas sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptadas por la Asamblea de la ONU en 2001, consagró una vez más el principio de no retroactividad de las normas internacionales, sosteniendo la validez del principio general de derecho intertemporal que

recogiera, desde 1949 y a propósito del asunto relativo a la Isla de Palmas, la jurisprudencia internacional:

“Un hecho jurídico – señala el *dictum* – debe ser apreciado a la luz del derecho de la época y no del derecho en vigor en el momento en que surge o ha de resolverse una controversia relativa a ese hecho”.

Todavía más, la CDI, en exégesis que hace del artículo 13 de sus *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado*, recuerda que el mismo principio “ha sido aplicado por la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Derechos Humanos para desestimar demandas relativas a períodos en que el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no estaba en vigor para los Estados interesados”.

Y en lo atinente a la aparición de normas imperativas de derecho internacional general o de *ius cogens*, mencionadas en el artículo 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y acogidas en los fallos *Arancibia Clavel* y *Simón* para hacer posible “la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ingresada a[l] ordenamiento jurídico [argentino] – como lo reconoce el juzgador – ex post facto”, cabe recordar lo dicho textualmente por la CDI en sus comentarios a las reglas sobre responsabilidad internacional del Estado:

“Incluso en el caso de que aparezca una nueva norma imperativa de derecho internacional general, ... , ello no acarrea una asunción retroactiva de responsabilidad”. “Por tanto, resulta apropiado aplicar el principio intertemporal a todas las obligaciones internacionales... Ello no prejuzga la posibilidad de que un Estado pueda convenir, por ejemplo, en indemnizar los daños causados a consecuencia de un comportamiento que no constituía en la época una violación de una obligación internacional en vigor para ese Estado. [Mas] de hecho, los casos de asunción retrospectiva de la responsabilidad son muy raros”.

VII

No debo concluir estas reflexiones sin que medie, de mi parte, una declaración de principios.

Al haber introducido elementos de juicio que sirvan para la reflexión acerca de las complejidades que involucra, en la circunstancia actual, la necesaria coherencia funcional entre el Derecho internacional y el Derecho del Estado, lo hice, sin mengua del motivo que nos reúne en esta Ilustre Corporación, para salvaguardar los activos que uno y otro ordenamiento – con independencia de sus jerarquías históricas - le han aportado a la civilización que conocemos. Incluso en las experiencias que nos muestran los modelos de integración regional e internacional más evolucionados, no ha tenido lugar aún y más allá de los *desiderata*, el vaciamiento de los Derechos nacionales a manos del sobrepuesto Derecho comunitario. Y ello debe ser así, entre otras cosas, porque la fuerza de ambos órdenes y sus adecuaciones funcionales, no hacen sino garantizar el principio subsidiariedad social que es tan caro a la misma dignidad humana y a su protección y tanto como lo fuera, en el ámbito del Estado de Derecho, el principio de separación de los poderes públicos.

Asimismo, al referirme a los crímenes de lesa humanidad y al predicado de su imprescriptibilidad, según los términos acogidos por la jurisprudencia argentina, en modo alguno abogamos en favor de tesis que intenten vaciarlos de contenido favoreciendo la impunidad. Hacerlo sería tanto como pretender tirar por la borda la fuerza humanizadora del Derecho de los derechos humanos, que se hizo espacio generoso dentro del Derecho internacional contemporáneo y sobre la tragedia del pueblo judío a manos del nazismo. Nuestra obra escrita es consistente al respecto.

Empero, por sostener y creer en tales paradigmas, soy celoso ante los intentos de inflación sea del Derecho internacional, sea de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por que la misma no hace sino conspirar contra la fuerza ordenadora de uno y de otros, debilitándolos en su efectividad y trascendencia.

Finalmente, soy conciente – y lo digo con mi experiencia de venezolano – en cuanto a que no existe mejor vía para horadar y relajar las garantías de los derechos de la persona humana que discriminando en perjuicio de ciertas y determinadas categorías o

individuos; en especial cuando se lo hace apelando al argumento del castigo ejemplar de los criminales.

No por azar, como Ministro de Gobierno que fui y al representar a Venezuela en la Conferencia Interamericana de Lucha contra el Terrorismo, celebrada en Mar de Plata, 1998, expliqué lo que fuera mi experiencia y preocupación como Juez en la Corte de San José de Costa Rica y durante el tiempo en que juzgábamos con severidad la responsabilidad de algunos Estados cuyas Fuerzas Armadas habían incurrido en graves violaciones a los derechos humanos en sus luchas contra el terrorismo. Ella consta hoy, aun cuando tímidamente, en un precedente jurisprudencial de la Corte Interamericana contenido en el fallo *Castillo Petruzzi*, anterior al de *Barrios Altos*, con el tenor siguiente:

“89. La Corte no está facultada para pronunciarse sobre la naturaleza y gravedad de los delitos atribuidos a las presuntas víctimas. Toma nota de las alegaciones del Estado acerca de esos puntos y manifiesta, como lo ha hecho en ocasiones anteriores, que un Estado “tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad”, aunque debe ejercerlos dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana. Obviamente, nada de esto conduce a justificar la violencia terrorista --cualesquiera que sean sus protagonistas-- que lesiona a los individuos y al conjunto de la sociedad y que merece el más enérgico rechazo”.

Señor Académico Presidente, señores Académicos, señoras, señores:

Cuando un criminal pierde a manos del Estado sus garantías al debido proceso y a una administración de justicia imparcial, ora por exigencias políticas, ora por influencia o presión de la opinión pública, a partir de entonces se abren las compuertas para que cualquiera haga de cualquier inocente un criminal, a su arbitrio y bajo el imperio de la arbitrariedad. La democracia, bueno es recordarlo, no es un sistema en el que las mayorías puedan cargarse

los derechos de las minorías. Antes bien, como lo afirmara Jacques Maritain, es una forma de vida, un estado del espíritu, “una filosofía general de la vida humana y de la vida política” que compromete a todos y que apenas cristaliza cuando se le aseguran sus derechos a quienes, por situados en el ostracismo social o político, no pueden hacerlos valer por si mismos. Se trata la democracia, en fin, de una vocación, de una obra común para la emancipación – como lo dice este filósofo cristiano – que no se cumple en nombre de la guerra ni de la prepotencia, “sino de la emancipación de las personas y de los pueblos, de la justicia y de la civilización”.