

---

# El recurso al derecho internacional para la represión de los crímenes del pasado. Una mirada cruzada sobre los casos Touvier (Francia) y Simón (Argentina)

---

Sévane Garibian\*

## Resumen

En los casos *Touvier* y *Simón*, el objetivo fue condenar, de la forma más ejemplar posible desde el punto de vista legal, los crímenes cometidos por el Estado en el pasado que se encuentran prescriptos, amnistiados, y que han quedado impunes. El recurso al derecho internacional, como consecuencia de la falta de instrumentos legales domésticos, implica tomar posiciones sobre el lugar que ocupan las normas internacionales en el ordenamiento jurídico nacional y sobre el alcance del principio de legalidad. Pero, más allá del derecho positivo vigente en un Estado y su interpretación libre de ataduras por parte de jueces más o menos audaces, lo que pareciera determinar el éxito de las conciliaciones jurisdiccionales en juego es el diseño político detrás de la misión de la justicia.

**Palabras clave:** Crímenes contra la humanidad – Soberanía estatal – Legalidad penal – Prescripción – Amnistía.

53

## Abstract

In the *Touvier* and *Simón* cases, the objective is to condemn in the most exemplary way possible, legally speaking, state crimes committed in the past, that are time-barred, amnestied and have gone unpunished. The appeal to international law, given a lack of suitable domestic legal tools, implies taking certain stances that relate to the place of international norms in the national legal order and the scope of the principle of legality. But it also appears that, beyond the state of positive law in force and its unfettered interpretation by more or less audacious judges, what determines, ahead of times, the success of the jurisdictional conciliations in play is the political design behind the mission of justice.

**Key words:** Crimes against humanity – State sovereignty – Principle of legality – Statute of limitations – Amnesty.

---

\* Doctora en Derecho por las Universidades de Paris X y de Ginebra. Profesora-investigadora, Universidades de Ginebra y de Neuchâtel; <http://www2.unine.ch/sevane.garibian>.

Quisiera agradecer antes que nada a Eduardo Karsaclián, quien tradujo este texto inicialmente escrito en francés y publicado en la revista jurídica *Annuaire Français de Droit International*, LVI, 2010, pp. 197-215, bajo el título "Le recours au droit international pour la répression de crimes du passé. Regards croisés sur les affaires *Touvier* (France) et *Simón* (Argentine)". Agradezco también a Oscar Solorzano por la traducción de algunas partes del texto.



---

# El recurso al derecho internacional para la represión de los crímenes del pasado.

## Una mirada cruzada sobre los casos Touvier (Francia) y Simón (Argentina)

---

Sévane Garibian

El recurso al derecho internacional por parte de jueces nacionales, con el objeto de juzgar a los responsables de crímenes del pasado (se trata aquí de crímenes contra la humanidad), supone una primera constatación: este recurso viene a llenar una carencia en el sistema jurídico nacional, frente a una voluntad de encausar los crímenes en cuestión. En los dos casos en los que nos vamos a apoyar para ilustrar nuestras palabras, la carencia se traduce por la ausencia de instrumentos normativos nacionales adecuados frente a una situación dada y un objetivo específico. El recurso jurisdiccional al derecho internacional –que los más críticos denominan “derecho extranjero” para denunciar así un bricolaje jurídico que consideran criticable<sup>1</sup>– será entonces un medio que permitirá a los jueces llenar esa carencia a escala nacional, lo que crea una configuración muy interesante para analizar, tanto desde el punto de vista técnico como del teórico.

55

Esta carencia da lugar a una situación de conflicto entre, por un lado, una exigencia de justicia, propia de un contexto político favorable a la represión de los crímenes de Estado cometidos en el pasado contra sus propios ciudadanos, y cuya impunidad es considerada inaceptable desde el punto de vista moral; y, por otro lado, una configuración jurídica que no permite, por su condición, responder a esta exigencia de justicia –o sea, un derecho positivo en vigor que crea una situación de impunidad por la ausencia de la herramienta normativa adecuada para la represión. Tal situación de conflicto posee el rasgo particular de poner en juego, de una manera aguda, la cuestión del poder del juez.

En efecto, se trata de casos propicios para la creación de nuevo derecho por el juez (particularmente el juez supremo, es decir, el juez último), o sea, propicios para el uso que éste haga de su poder discrecional en provecho de una interpretación creativa del derecho existente, a fin de resolver el conflicto. Bien entendido, la idea misma de poder

---

1. Ver en particular el debate Rosenkrantz/Filippini: artículo de C. F. ROSENKRANTZ, “En contra de los ‘Préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, n° 1, octubre 2005, accesible en el sitio internet de la Universidad de Palermo (traducción al español de “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, *International Journal of Constitutional Law*, n° 1, 2003, pp. 269-295); respuesta de L. FILIPPINI, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n° 1, septiembre 2007; réplica de C. F. ROSENKRANTZ, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n° 1, septiembre 2007.

discrecional no excluye, sin embargo, la existencia de cierto número de coacciones que pueden pesar sobre los jueces: éstos se hallan suficientemente sometidos a lo que el teórico del derecho francés Michel Troper denomina “coacciones jurídicas” (*contraintes juridiques*) que implican un trabajo de conciliación, o de ponderación, que da lugar a un rico proceso de justificación. En el sentido de la teoría de las coacciones (*théorie des contraintes*) de Troper, la coacción jurídica (que se distingue de una obligación susceptible de ser transgredida) consiste en una situación de hecho en la que un actor jurídico es conducido a adoptar cierta solución o comportamiento en vez de otros, en razón de la configuración del sistema jurídico que él pone en marcha (en el caso del legislador) o en el que él opera (en el caso de los jueces)<sup>2</sup>. El descubrimiento de las coacciones que afectan el trabajo del actor, a través de una “reconstrucción teórica racional”<sup>3</sup> de su discurso, tiene la ventaja de des-psicologizar y de des-politizar el estudio del proceso de decisión, e implica renunciar a buscar lo que este actor ha creído o querido hacer, para examinar solamente aquello que él realmente hace<sup>4</sup>.

Lo que proponemos aquí es interpretar el recurso al derecho internacional por el juez supremo nacional, en los dos casos elegidos, como el producto de una coacción jurídica con respecto a un objetivo buscado: la coacción en cuestión sería el respeto de los principios de soberanía estatal y de legalidad penal; el objetivo buscado es la represión –la más ejemplar posible jurídicamente hablando– de los crímenes de Estado cometidos en el pasado, prescritos y/o amnistiados, y que quedaron impunes.

56 Los dos casos escogidos, no tomados en cuenta internacionalmente (es decir, no tratados por una jurisdicción penal internacional), demandan un posicionamiento respectivo del Estado ante su propio pasado criminal, en el área de su competencia nacional. Primero, en Francia, se trata de la represión de los crímenes cometidos por un agente del régimen de Vichy, en el contexto de la colaboración política con el régimen nazi: nos vamos a basar en particular sobre la jurisprudencia de la Corte de Casación (*Cour de cassation*)<sup>5</sup> en el caso Touvier, primer agente de Vichy procesado y condenado por crímenes contra la humanidad. Segundo, en Argentina, se trata de la represión de los crímenes cometidos por un agente del régimen dictatorial de los generales: aquí nos basaremos sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Simón, que lanza la reapertura de los procesos penales. En ambos casos, el contexto está marcado por la prescripción y la amnistía de los crímenes<sup>6</sup>, y también por la ausencia de una incriminación penal nacional

2. M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS y C. GRZEGORCZYK dir., *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Bruylant, Paris, Bruxelles, 2005, pp. 12-13. Sobre la teoría de las coacciones, véase igualmente M. TROPER, “Les contraintes juridiques dans la production de normes”, en *La production des normes entre Etat et société civile*, L’Harmattan, Paris, 2000, pp. 27-46.

3. M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS y C. GRZEGORCZYK dir., *Ibid.*, p. 15.

4. M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l’Etat*, PUF, Paris, 2001, p. 63.

5. La más alta jurisdicción del orden judicial francés.

6. Cf. en Francia las leyes de amnistía de 1951 (ley n° 51-18 del 5 de enero de 1951, *JO*, 6 de enero de 1951) y de 1953 (ley n° 53-581 del 6 de agosto de 1953, *JO*, 7 de agosto de 1953); y en Argentina, las leyes de 1986 (ley n° 23.492 del 4 de diciembre de 1986 – ley “de punto final”) y de 1987 (ley n° 23.521 del 8 de junio de 1987 – ley “de obediencia debida”).

del crimen contra la humanidad<sup>7</sup>. No abordaremos en nuestra exposición las cuestiones relativas a la prescripción y a la amnistía, para concentrarnos sobre aquella, primordial, de la aplicación del concepto de crimen contra la humanidad (o sea de la tipificación de crimen contra la humanidad) que permite a los jueces pronunciarse sobre la imprescriptibilidad de los crímenes y sobre la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía.

En efecto, en estas dos configuraciones nacionales, se ve aparecer la aplicación táctica del concepto de crimen contra la humanidad. La calificación jurídica de crimen contra la humanidad puede ser percibida como una *llave* que tiene la ventaja de permitir sortear los obstáculos como la prescripción y la amnistía y así desbloquear los procesos penales<sup>8</sup>; pero una *llave* cuyo empleo supone, en un principio, un trabajo de conciliación jurisdiccional con los principios fundamentales que son los principios de legalidad penal y de soberanía estatal, por la vía de un recurso al derecho internacional. El reto de la conciliación operada por los jueces es tanto más importante cuanto que estos dos principios clave –el principio de soberanía / el principio de legalidad– se sitúan en el centro del Estado moderno: son indisociables del proceso histórico de racionalización del derecho y como tal del positivismo jurídico clásico, que los entiende en el sentido estricto<sup>9</sup>. Dicho de otra manera, *a priori* en una democracia y conforme a las exigencias de un Estado de derecho, la represión nacional de los crímenes contra la humanidad cometidos en el pasado –sea bajo la colaboración francesa durante la Segunda Guerra Mundial, o sea bajo la dictadura militar argentina en los años 1976-1983– en ausencia de una norma interna de incriminación, se halla condicionada por la coacción que constituye, para los jueces internos, el respeto de los principios de soberanía y de legalidad.

El principio de soberanía supone dos cosas: el respeto de la independencia del Estado que sólo se somete a su propia voluntad (soberanía externa); y el respeto de la potestad del Estado que detenta especialmente el monopolio de la creación legislativa y el ejercicio del derecho de castigar (soberanía interna)<sup>10</sup>. En cuanto al principio de legalidad (manifestación por excelencia de la soberanía interna, pero desde el punto de vista de los individuos cuya seguridad jurídica se trata de garantizar), es el principio sobre el que reposa todo el derecho penal moderno: supone específicamente el respeto de la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* y del principio de no-retroactividad de la ley penal<sup>11</sup>.

Preocupados por la legitimación de su trabajo y, por ende, por la consolidación de su poder, los jueces supremos van a hacer el trabajo de conciliación que involucra esta

7. En Francia, tal incriminación sólo se introdujo en 1994 en el nuevo Código Penal (artículos 211-1 y siguientes); y en Argentina, sólo se introdujo en el orden jurídico a través de la ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sancionada el 13 de diciembre de 2006 y publicada el 9 de enero de 2007 (ley n° 26.200).

8. Pensamos en las palabras del jurista francés Olivier Cayla para quien toda operación de calificación jurídica corresponde a un interés afectado por quien la efectúa: O. CAYLA, "La qualification. Ouverture : la qualification ou la vérité du droit", *Droits*, n° 18, 1993, pp. 3-18.

9. Cf. los desarrollos de S. GARIBIAN, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept*, Schulthess, LGDJ, Bruylant, Genève, Paris, Bruxelles, 2009, en particular pp. 11 ss.

10. *Ibid.*, pp. 12 ss.

11. *Ibid.*, pp. 16 ss.

coacción jurídica: ellos no la rehúsan, sino que la confrontan por la vía de un proceso de justificación que intenta demostrar que tanto la soberanía del Estado como la seguridad jurídica de los individuos son respetadas, gracias al recurso del derecho internacional para la represión de los crímenes en cuestión. Este recurso al derecho internacional permite salir del conflicto planteado (es decir, salir del conflicto entre exigencias de justicia / exigencias positivistas, o aún, del conflicto entre lucha contra la impunidad / respeto del derecho positivo interno en vigor), sin necesidad de fundarse sobre argumentos abiertamente iusnaturalistas impregnados de consideraciones ético-morales. Parecería que el desafío es, ante todo, estratégico: mostrar que la represión es legítima en un Estado de derecho, que la misma se halla jurídicamente fundada y por ende es válida, y que los jueces, sobre la base de la ficción del poder nulo, no hacen más que aplicar el derecho positivo preexistente<sup>12</sup>.

Pero el recurso al derecho internacional como medio para resolver un problema de conciliación, frente a la ausencia de herramientas jurídicas internas adecuadas, implica a su turno ciertos posicionamientos que remiten a la cuestión del lugar de las normas internacionales (incluyendo consuetudinarias) en el orden jurídico nacional (I), y a la del alcance del principio de legalidad (II).

## I. El recurso al derecho internacional y el principio de soberanía estatal

58 En cada una de las configuraciones internas estudiadas, existe un acontecimiento jurídico decisivo que vuelve posible, o más fácil, el trabajo de los jueces, y en particular el recurso al derecho internacional como fundamento de validez de la incriminación del crimen contra la humanidad: en Francia, la adopción de la ley del 26 de diciembre de 1964<sup>13</sup> (A); en Argentina, la reforma constitucional de 1994<sup>14</sup> (B).

### A. La ley francesa del 26 de diciembre de 1964 y el efecto directo del derecho de Núremberg

En primer lugar, en lo concerniente a la situación en Francia tras la Segunda Guerra Mundial, conviene recordar que la Liberación dio lugar a dos tipos de procesos penales:

---

12. En efecto, según la teoría cognitiva (o clásica) de la interpretación, interpretar viene a ser descubrir la significación objetiva de una norma, ya dada por el legislador y comprobable empíricamente. El presupuesto teórico es, entonces, que los jueces no poseen ningún poder en la materia; tampoco expresan ninguna voluntad: solo aplican normas preexistentes. Para una presentación crítica de esta teoría de la interpretación: R. GUASTINI, "Interprétation et description de normes", en P. AMSELEK dir., *Interprétation et droit*, Bruylant, PUAM, Bruxelles, Paris, 1995, pp. 89-101. Ver también *infra*, nota 93.

13. Ley n° 64-1326 del 26 de diciembre de 1964, *Journal officiel (JO)*, 29 de diciembre de 1964: "Los crímenes contra la humanidad, tal como son definidos por la resolución de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946, dando fe de la definición de los crímenes contra la humanidad, tal como ella figura en la Carta del Tribunal Internacional del 8 de agosto de 1945, son imprescriptibles por naturaleza".

14. El año 1994 es también el de una importante reforma penal francesa, a través de la que se introdujeron, por primera vez en el Código Penal, las infracciones de genocidio y de crimen contra la humanidad (cf. *supra*, nota 7).

por un lado, el proceso de los “enemigos nacionales o agentes no franceses” por crímenes de guerra, ante los tribunales militares<sup>15</sup>; por otra parte, el proceso de los colaboradores franceses, por crímenes de traición y de inteligencia con el enemigo, ante los tribunales de la Liberación<sup>16</sup>. De manera general, cuando los procesos tuvieron lugar, la mayoría de las veces fueron expeditivos y selectivos, y los crímenes de guerra fueron percibidos más bien como “los crímenes de los otros”<sup>17</sup>. Además, en los años sesenta se realiza una aproximación con Alemania Federal en el ámbito de la Comunidad Europea, y un compromiso en la vía del olvido y del perdón de los crímenes de la Segunda Guerra Mundial. En fin, tratándose de agentes franceses, dos leyes de amnistía de 1951 y 1953 concernientes a los hechos de la colaboración obstaculizarán en el futuro los procesos en nombre de la reconciliación<sup>18</sup>.

Pero el período de la Liberación es, sobre todo, el reflejo de un completo ocultamiento del concepto de crimen contra la humanidad en el orden jurídico interno. El derecho positivo francés recién integra el concepto previamente definido en el Estatuto de Núremberg de 1945<sup>19</sup> con la adopción urgente de la ley del 26 de diciembre de 1964, tras el anuncio por el gobierno de Alemania occidental de la prescripción de todos los crímenes nazis a partir del 8 de mayo de 1965. Esta ley tiene un doble objeto: la incriminación nacional del crimen contra la humanidad *por remisión* a la definición contenida en el derecho de Núremberg; y el reconocimiento de su imprescriptibilidad “por naturaleza”<sup>20</sup>. Así, la configuración jurídica francesa es muy interesante entre 1964 y 1994, año de la reforma del Código Penal. La ausencia de norma francesa de incriminación y la fuente internacional de la “definición *ad hoc*” del crimen contra la humanidad dejan un margen de maniobra considerable al juez.

Son los jueces de la Corte de Casación los que “dan vida” a la ley de 1964, y a través de ella vuelven operativo el concepto jurídico de crimen contra la humanidad por primera vez en Francia, en el marco del caso Touvier<sup>21</sup>. Para ello, los jueces supremos admiten implícitamente el efecto directo del derecho de Núremberg en el orden jurídico francés<sup>22</sup>: el recurso a este derecho internacional convencional sería según ellos un medio para poder proceder a la represión de los actos cometidos por los cómplices franceses del Estado nazi, en el respeto de la soberanía francesa –dado que Francia es parte del Acuerdo de Londres de 1945 al cual está anexado el Estatuto de Núremberg<sup>23</sup>.

59

---

15. Cf. la ordenanza del 28 de agosto de 1944, *JO*, 30 de agosto de 1944 (luego modificada por la ley n° 48-1416 del 15 de septiembre de 1948, *JO*, 16 de septiembre de 1948).

16. Cf. los artículos 75 y siguientes del Código Penal de 1810.

17. C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, 2° ed. 1979, pp. 169-170.

18. *Supra*, nota 6.

19. El Estatuto de Núremberg está anexado al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, firmado entre el gobierno provisional de la República Francesa y los gobiernos de Estados Unidos, del Reino Unido y de la Unión Soviética. Este Acuerdo concierne el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias Europeas del Eje e instaura la primera jurisdicción penal internacional *ad hoc*. El Estatuto de Núremberg contiene la primera definición jurídica del crimen contra la humanidad (artículo 6 c).

20. *Supra*, nota 13.

21. Ex jefe regional del servicio de informaciones de la Milicia de Lyon.

22. Fallo Touvier del 1° de junio de 1995 (Crim. 1<sup>er</sup> juin 1995 : *Bull. crim.* n° 202).

23. *Supra*, nota 19.

En efecto, la opción constitucional francesa parece clara, y de acuerdo con una opinión casi unánime, la Constitución de 1958 expresa la elección del monismo con primacía del derecho internacional: según el artículo 55 de la Constitución<sup>24</sup>, el derecho internacional se aplicaría directamente en el orden jurídico francés, dado que los dos órdenes jurídicos serían de la misma naturaleza y pertenecerían a un sistema único, haciéndose así eco de la teoría kelseniana bien conocida sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno<sup>25</sup>. De esta manera, el derecho de Núremberg regiría directamente, desde el 8 de octubre de 1945<sup>26</sup>, las relaciones jurídicas entre individuos igualmente en el derecho francés. Aquí deben hacerse dos observaciones.

Primero, el reconocimiento jurisdiccional de la aplicación directa del derecho de Núremberg en el derecho interno ha sido fuertemente criticado en doctrina, especialmente por el célebre penalista Claude Lombois: para él es únicamente la ley de 1964, previamente citada, la que permite la integración del derecho de Núremberg en el orden jurídico francés, según la técnica particular de la remisión<sup>27</sup>. Este punto de vista parece coherente, en particular si se tiene en mente que, más allá de la cuestión de la opción constitucional escogida por un Estado (monismo / dualismo), nada permite pensar que la intención del legislador internacional de 1945 fue la de transponer directamente el derecho de Núremberg en los ordenamientos jurídicos nacionales. Por el contrario, el Acuerdo de Londres no hace más que delegar a los Estados parte la competencia para el juzgamiento de los criminales alemanes que hayan cometido crímenes sobre su territorio, conforme a sus leyes nacionales, en el más estricto respeto de las soberanías estatales<sup>28</sup>. Y respecto al principio de soberanía, precisamente, la delegación en cuestión no puede ser extendida por vía de

60

---

24. "Los tratados o acuerdos regularmente ratificados, o aprobados, tienen desde su publicación una autoridad superior a las de las leyes, bajo reserva, por cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte". Esta disposición constitucional retoma implícitamente la solución que ya estaba prevista en el artículo 26 de la Constitución de 1946, según el cual: "Los tratados regularmente ratificados y publicados tienen fuerza de ley sin que sean necesarias otras disposiciones legislativas que las que hubieran sido necesarias para asegurar su ratificación".

25. Hans Kelsen refuta firmemente la concepción base del dualismo, que emana del dogma de la soberanía. Procede así a una crítica de la llamada teoría de la transformación, que considera la relación entre el derecho internacional y el derecho interno como una relación entre dos sistemas de normas completamente diferentes, e independientes uno del otro (H. KELSEN, "La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 1936, pp. 5-49). Véase igualmente H. KELSEN, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1926, pp. 231-329 y M. ICHIMATA, "La critique par Kelsen de la théorie de la transformation du droit international en droit interne", *Revue internationale de théorie du droit*, 1938, pp. 223-230.

26. Dentro del plazo franco de 24 horas después de la publicación del decreto n° 45-2267 del 6 de octubre de 1945 sobre la promulgación en Francia del Acuerdo de Londres (*JO*, 7 y 10 de octubre de 1945).

27. C. LOMBOIS, "Un crime international en droit positif français. L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'Humanité", *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 373, y *Revue de la science criminelle et de droit pénal comparé (RSC)*, 1985.863, obs. LOMBOIS.

28. Cf. el párrafo 2 del Preámbulo del Acuerdo de Londres de 1945, y el artículo 4 del mismo Acuerdo. Por otro lado, esto es confirmado por la resolución de la ONU del 13 de febrero de 1946, que recomienda a los Estados miembros tomar las *medidas necesarias* que permitan el arresto y el proceso de los criminales..

interpretación al juzgamiento de los criminales franceses: sólo el Estado soberano (en este caso Francia) tiene competencia para decidir la represión de los crímenes cometidos por sus propios ciudadanos<sup>29</sup>.

Segundo, la elección constitucional francesa de monismo con primacía del derecho internacional debe ser ella misma matizada—algunos autores, entre ellos el internacionalista Alain Pellet, prefieren hablar de un “dualismo a la francesa” o de “‘inspiración’ constitucional monista”<sup>30</sup>. En efecto, esta primacía es doblemente limitada: por un lado, la supremacía conferida a las normas internacionales concierne solamente al derecho convencional (“tratados y acuerdos internacionales”), siendo el lugar de la costumbre considerablemente más ambiguo pues no se encuentra expresamente previsto por la Constitución<sup>31</sup>; por otro lado, esta supremacía no se aplica a las disposiciones de naturaleza constitucional, es decir, que los compromisos internacionales de Francia tienen un valor supra-legislativo, pero infra-constitucional<sup>32</sup>. Esta doble limitación ha sido regularmente confirmada por los jueces administrativos y judiciales franceses<sup>33</sup>.

Sea lo que fuere, incluso si es criticable la interpretación de los jueces de Casación que consideran que el derecho de Núremberg es un derecho convencional de efecto directo en el orden jurídico francés, la remisión a este mismo derecho por la ley de 1964 permite afirmar que su aplicación es válida en este caso. Resta el problema planteado por el hecho de que el alcance del derecho de Núremberg y la definición de crimen contra la humanidad

29. En el mismo sentido: J.-F. ROULOT, *Le crime contre l'humanité*, l'Harmattan, Paris, 2002, pp. 404 ss. En cambio las disposiciones del Acuerdo de Londres se imponían a Alemania, que había perdido su soberanía según los términos de la Declaración de Berlín del 5 de junio de 1945 (cf. H. KELSEN, “The Legal Status of Germany according to the Declaration of Berlin”, *American Journal of International Law*, (AJIL), 1945, pp. 518-526).

30. Cf. en particular A. PELLET, “Vous avez dit ‘monisme’ ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française”, en *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, p. 856; o también D. ALLAND, “Le droit international ‘sous’ la Constitution de la Ve République”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP)*, 1998, p. 1670, así como C. GREWE y H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, Paris, 1995, p. 102.

31. Cf. A. PELLET, *Ibid.*, pp. 829 ss. y 840 ss.

32. Sobre este tema: D. ALLAND, “Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international. Réflexions à vif à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat Sarran, Levacher et autres...”, *Revue française de droit administratif*, 1998, pp. 1094-1104; P. WACHSMANN, “L'article 55 de la Constitution de 1958 et les conventions internationales relatives aux Droits de l'Homme”, *RDP*, 1998, pp. 1671-1686; P. DAILLIER, “Monisme et dualisme : un débat dépassé ?”, en R. BEN ACHOUR y S. LAGHMANI dir., *Droit international et droits internes, développements récents*, Pedone, Paris, 1999, pp. 9-21; A. ONDOUA, “La Cour de cassation et la place respective de la Constitution et des traités dans la hiérarchie des normes”, *RGDIP*, 2000, pp. 985-1002; F. POIRAT, “Réception du droit international et primauté du droit interne : histoire de dualismes”, *RGDIP*, 2000, pp. 811-824.

33. Fallo Nicolo, Conseil d'Etat, 20 de octubre de 1989 (*Recueil*, p. 190) y fallo Sarran, Levacher et autres, Conseil d'Etat, 30 de octubre de 1998 (*Recueil*, p. 368); fallo Jacques Vabre, Cour de cassation, Cámaras mixtas, 24 de mayo de 1975 (*Bull. Ch. mixte* n° 4) y fallo Mlle Pauline Fraisse, Cour de cassation, Asamblea plenaria, 2 de junio de 2000 (*Bull. A.P.* n° 4). Ver también la jurisprudencia del Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) en relación con el artículo 88-1 de la Constitución y la aplicación de las normas comunitarias: decisión n° 2004-496 DC del 10 de junio de 2004, *JO*, 22 de junio de 2004; decisión n° 2004-497 DC del 1 de julio de 2004, *JO*, 10 de julio de 2004; decisión n° 2004-499 DC del 29 de julio de 2004, *JO*, 7 de agosto de 2004; decisión n° 2006-543 DC del 30 de noviembre de 2006, *JO*, 8 de diciembre de 2006.

que contiene no pretendían de manera alguna una aplicación, además retroactiva, sobre ciudadanos franceses: este problema remite a la cuestión del respeto del principio de legalidad, sobre el que volveremos más adelante, y que obligará una vez más a los jueces a recurrir al derecho internacional para justificar la represión.

#### B. El artículo 75, inc. 22 de la Constitución argentina y el valor constitucional de las normas internacionales protectoras de los derechos humanos

En lo que concierne a la Argentina, no retornaremos sobre el contexto político-jurídico de la reanudación de los procesos penales<sup>34</sup>. Lo que se observa, no obstante, es que la influencia del derecho internacional en el orden jurídico argentino es aún más fuerte que en Francia, y su uso por los jueces supremos más fácil, por varias razones: a nivel internacional, la importante evolución del derecho internacional en general, en continuidad con la herencia del derecho de Núremberg, y un aumento innegable de los instrumentos jurídicos a disposición; a nivel regional, el reciente desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y una rica jurisprudencia que empezó a prosperar desde hace una década<sup>35</sup>; a nivel nacional, la gran permeabilidad del sistema jurídico argentino al derecho internacional desde la reforma de 1994 que acuerda un valor constitucional a las normas internacionales protectoras de los derechos humanos,

62

34. Para un análisis crítico, véase G. MAURINO, "A la búsqueda de un pasado en la democracia Argentina", en R. GARGARELLA coord., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, tomo II, pp. 1031-1059, a poner en perspectiva con, por ejemplo, D. R. PASTOR, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", *Nueva Doctrina Penal (NDP)*, 2005/A, pp. 73-114 y la respuesta de V. ABRAMOVICH en su editorial de la *NDP*, 2007/B, pp. I-XVIII. Véase también L. FILIPPINI y C. VARSKY, "Desarrollos recientes de las instituciones de la justicia de transición en Argentina", *NDP*, 2005, pp. 115-168 (versión resumida y actualizada de este trabajo en V. ABRAMOVICH, A. BOVINO y C. COURTIS comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 447-472) y Y. GUTHMANN, "La réforme du système de justice (2003-2006) : esquisse d'une nouvelle logique démocratique ?", en D. QUATTROCCHI-WOISSON dir., *L'Argentine après la débacle, itinéraires d'une recomposition inédite*, Editions Michel Houdiard, Paris, 2007, pp. 245-265. También S. LEFRANC, "L'Argentine contre ses généraux : un charivari judiciaire ?", *Critique internationale*, n° 26, enero 2005, pp. 23-34.

35. Véase la síntesis de H. TIGROUDJA, "La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de 'l'humanisation du droit international public'. Propos autour des récents arrêts et avis", *Annuaire français de droit international*, 2006, pp. 617-640; K. MARTIN-CHENUT, "Amnistie, prescription, grâce : la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité", *RSC*, n° 3, 2007, pp. 628-640; L. HENNEBEL y H. TIGROUDJA dir., *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2009; E. LAMBERT ABDELGAWAD y K. MARTIN-CHENUT dir., *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, Société de législation comparée, Paris, 2010. Para un enfoque crítico sobre el valor de tal jurisprudencia en el orden jurídico interno y su autoridad democrática: L. FILIPPINI, "Algunos problemas en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el fallo Simón de la Corte Suprema Argentina", en M. REED HURTADO ed., *Judicialización de Crímenes de Sistema – Estudios de caso y análisis comparado*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2008, pp. 467-511; G. MAURINO, *Ibid.*, pp. 1057 ss.; M. F. VALLE, "Corte suprema, dictadura militar y un fallo para pensar", en R. GARGARELLA coord., *Ibid.*, p. 1070.

integrándolas soberanamente al bloque de constitucionalidad (en el sentido del artículo 75, inc. 22) – yendo mucho más lejos que la Constitución francesa, la cual confiere solo un valor supra-legislativo a los tratados internacionales sin distinguir entre los instrumentos relativos a la protección de los derechos humanos y los otros<sup>36</sup>.

Relevamos además varias particularidades argentinas, en relación con la Constitución francesa. En primer lugar, la Constitución argentina parece ofrecer una forma más avanzada de monismo, con una utilización del derecho internacional de los derechos humanos que apunta a completar la declaración constitucional de los derechos y de las libertades en un espíritu de “consolidación democrática” post-dictatorial<sup>37</sup>. En segundo lugar, la Constitución crea además una suerte de jerarquía material (o jerarquía axiológica)<sup>38</sup> entre las normas internacionales<sup>39</sup>, fundada sobre su objeto, y en la cumbre de la cual se sitúan las normas protectoras de los derechos humanos<sup>40</sup>. En fin, la Constitución argentina integra en el bloque de constitucionalidad no solamente normas internacionales convencionales, sino también las Declaraciones Universal y Americana de los derechos humanos (1948). Este último punto remite, por otro lado, a la cuestión del lugar de la costumbre en el orden jurídico y en la jerarquía de las normas: incluso si la ley fundamental argentina, como la Constitución

36. Cf. los comentarios de R. C. BARRA, “Declaraciones, tratados y convenciones internacionales”, en *La Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de redacción*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994, pp. 167 ss.; G. J. BIDART CAMPOS, “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos”, en M. ABREGU y C. COURTIS comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2° ed. 2004, pp. 77-88; F. MOSCARIELLO, “Búsqueda de soluciones más justas en defensa de los delitos más injustos. Comentario al inolvidable”, *La Ley*, 2005, 330.

37. Cf. J.-M. BLANQUER, “Consolidation démocratique ? Pour une approche constitutionnelle”, en *Pouvoirs, l'Amérique latine*, 2001, n° 98; H. TIGROUDJA, “Le droit international dans les Etats d'Amérique latine : regards sur l'ordre juridique argentin”, *Revue internationale de droit comparé*, 2008, n° 1, pp. 107 ss. (la autora, sin embargo, prefiere hablar de “variante original del dualismo”, p. 119). Sobre la interpretación de la “complementariedad” del derecho internacional convencional de los derechos humanos y la supremacía constitucional: R. C. BARRA, *Ibid.*, pp. 187 ss.; G. J. BIDART CAMPOS, *Ibid.*, pp. 86 ss.; G. R. MONCAYO, “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema”, en M. ABREGU y C. COURTIS comp., *Ibid.*, pp. 98 ss.; G. BADENI, “El caso ‘Simón’ y la supremacía constitucional”, *La Ley*, 2005, 639; C. PIZOLLO, “Cuando la Constitución vence al tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso ‘Simón’”, *La Ley*, 2005, 510.

38. R. GUASTINI, “‘Lex superior’. Para una teoría de las jerarquías normativas”, intervención durante el seminario internacional organizado en la Universidad de Rouen (Francia) los 18-19 de junio de 2004 sobre el tema “Las juristas y la jerarquía de las normas”. Cf. también V. CHAMPEIL-DESPLATS, “Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : les conflits axio-téléologiques de normes”, *Analisi e diritto*, 2001, pp. 65 ss.

39. En el sentido de una “jerarquía particular cuyo fundamento reside en la importancia fundamental de ciertas reglas para la comunidad internacional o el funcionamiento del derecho internacional” (R. KOLB, *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, PUF, Paris, 2001, p. 127). Sobre la jerarquía de las normas como expresión de una ideología jurídica: M. TROPER, “Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit international contemporain”, en *Réalités du droit international contemporain*, Publ. de la Faculté de droit de Reims, Reims, 1977, pp. 48 ss.

40. Véase igualmente H. TIGROUDJA, “Le droit international dans les Etats d'Amérique latine...”, *Op. cit.*, p. 115.

francesa, es muda sobre este punto, varios autores<sup>41</sup> –al igual que la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 1995<sup>42</sup>– consideran que la costumbre es de aplicación directa en el derecho interno, inclusive con jerarquía constitucional, a través de una amplia interpretación del artículo 118 de la Constitución (antiguo artículo 102)<sup>43</sup>.

Sea como fuere, a falta de incriminación nacional de crimen contra la humanidad (y de crimen de desaparición forzada en tanto tal) en el Código Penal argentino en la época del caso Simón<sup>44</sup>, la mayoría de los jueces supremos justifican la calificación de crímenes contra la humanidad por el recurso a la Convención Interamericana sobre las Desapariciones Forzadas de 1994 y, de manera más general, al derecho internacional consuetudinario<sup>45</sup>. La invocación del texto internacional de la Convención de 1994 – que califica la práctica sistemática de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad<sup>46</sup>– permite operar la conciliación necesaria con el respeto del principio de soberanía estatal: la Convención, ratificada por la Argentina el 28 de febrero de 1996, se integra al orden jurídico nacional, y tiene una jerarquía constitucional desde 1997, fecha

41. Por ejemplo: R. MATTAROLLO, "Recent Argentine Jurisprudence in the Matter of Crimes Against Humanity", *The Review of the International Commission of Jurists*, n° 62-63, 2001, p. 13; P. L. MANILI, "Primeras reflexiones sobre el fallo 'Simón': una disidencia ajustada a derecho", *La Ley*, 2005, 15.

42. Cf. fallo Priebke del 2 de noviembre de 1995, fallo Clavel del 24 de agosto de 2004 y fallo Simón del 14 de junio de 2005 (los fallos se encuentran disponibles en el sitio internet de la Corte Suprema [www.csjn.gov.ar]). Para desarrollos: P. PARENTI, "La jurisprudencia argentina frente a los crímenes de derecho internacional", *Lateinamerika Analysen*, 18, 3/2007, pp. 64 ss.; "La relación entre derecho internacional y derecho penal nacional: el caso Simón'", en D. R. PASTOR ed., *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte suprema*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 353 ss.; y "The Prosecution of International Crimes in Argentina", *International Criminal Law Review*, 10/2010, pp. 501 ss.

43. El artículo 118 (que se inserta en el capítulo de la Constitución relativo a las "Atribuciones del Poder Judicial") dispone: "Todos los juicios criminales ordinarios (...) se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, *contra el derecho de gentes*, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio" (subrayado nuestro).

44. *Supra*, nota 7.

45. Véase en particular los votos de los jueces Boggiano (consid. 38 ss.), Maqueda (consid. 44 ss.) y Lorenzetti (consid. 19), en el fallo Simón del 14 de junio de 2005. Deben notarse, de paso, las importantes críticas formales de las que este fallo ha sido objeto: demasiado largo, fragmentado y mal estructurado, es, en efecto, de acceso muy difícil, incluso para los profesionales del derecho. Para algunos, este verdadero "tratado doctrinal consagrado a las relaciones entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial" ilustra tal vez una preocupación por legitimar una justicia constitucional que fue débil y dependiente por mucho tiempo. (H. TIGROUDJA, "Le droit international dans les Etats d'Amérique latine...", *Op. cit.*, p. 90 y C. MOLINA, "La revendication de la politique en Amérique latine", *RDP*, n° 6, 2005, p. 1610). Para otros, en cambio, traduce sobre todo la incapacidad de los jueces supremos de dialogar entre ellos y analizar/organizar colectivamente sus diversos argumentos (H. L. FOLGUEIRO, "Inconstitucionalidad de la 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, 2006, p. 67; M. F. VALLE, *Op. cit.*, p. 1062): una gran confusión, suerte de "babel argumental", que participa en el déficit de autoridad democrática de esta institución (G. MAURINO, *Op. cit.*, p. 1056).

46. El Preámbulo de la Convención de 1994 dispone que "(...) la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad".

en la cual el Congreso la incorpora al artículo 75, inc. 22 de la Constitución, según los términos previstos por esta disposición<sup>47</sup>.

En contrapartida, la aplicación retroactiva de la Convención Interamericana sobre las Desapariciones Forzadas de 1994, y el recurso a la costumbre internacional como fundamento de la incriminación, dan lugar a algunos desarrollos suplementarios, especialmente desde el punto de vista del respeto del principio de legalidad penal.

## II. El recurso al derecho internacional y el principio de legalidad penal

Antes de nada, conviene recordar que, tras la Segunda Guerra Mundial, la experiencia de Núremberg genera el primer gran debate doctrinal sobre el sentido y el alcance del principio de legalidad en derecho internacional<sup>48</sup>. La pregunta sobre cuál es el sentido de este principio es delicada y de particular interés en derecho penal internacional, y la situación en 1945 es particularmente especial: se trata de la primera vez que este tema es abordado por una jurisdicción internacional desde el punto de vista del derecho internacional directamente aplicado a los individuos e independientemente de los órdenes jurídicos internos. Y todo esto, a pesar de que en aquel entonces no existía ningún texto internacional que tratara sobre el principio de la legalidad. Además, el carácter multidisciplinario (conjunción del derecho penal comparado y del derecho internacional público) y consuetudinario del derecho penal internacional entonces incipiente complicaban aun más la tarea cuando se trataba de determinar estándares de legalidad. En fin, a pesar de que el principio de la legalidad constituye, desde el siglo de las luces, un principio fundamental en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, su alcance varía según la teoría jurídica presupuesta.

65

De hecho, el choque engendrado por los estragos del nazismo, seguido del debate doctrinal originado por la experiencia de Núremberg, ponen radicalmente a prueba la tesis positivista de la estricta separación entre el derecho y la moral<sup>49</sup>, y abren el campo a un movimiento en la ciencia del derecho. Este movimiento conducirá a una nueva

---

47. Cf. ley n° 24.820 del 30 de abril de 1997. El artículo 75, inc. 22 de la Constitución argentina dispone: "Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

48. Para un estudio de este importante debate doctrinal post-Núremberg: S. GARIBIAN, "Crimes against humanity and international legality in legal theory after Nuremberg", *Journal of Genocide Research*, vol. 9, n° 1, 2007, pp. 93-111 y *Le crime contre l'humanité...*, *Op. cit.*, pp. 149 ss.

49. Sobre esta tesis: H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (trad. Charles Eisenmann), Dalloz, Paris, 1962 (1960), pp. 79 ss.; H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, Oxford, 7° ed. 1988, pp. 181 ss.; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Paris, 1994, pp. 27 ss.; N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit* (trad. Michel Guéret/Christophe Agostini), LGDJ, Bruylant, Paris, Bruxelles, 1998, pp. 39 ss. Ver también el debate Lochak/Troper: D. LOCHAK, "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", en *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, Paris, 1989, pp. 253-285 y M. TROPER, "La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak)", en *Ibid.*, pp. 287-292; así como el dossier "La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ?" (D. LOCHAK, "Une neutralité impossible" y M. TROPER, "Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité"), en P. AMSELEK dir., *Théorie du droit et science*, PUF, Paris, 1994, pp. 293-325.

concepción del derecho marcada por una posible “moralización” de este último – y, así, a una nueva corriente, el *inclusive* (o *soft-*) *positivism*<sup>50</sup> – que acompañara el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y de un derecho penal internacional en construcción.

Esta nueva concepción del derecho admite entonces que el principio de legalidad puede ser limitado por principios generales superiores. La idea es la siguiente: en ciertos “casos límite”, cuando la solución que provee el derecho positivo en vigor en el momento de los hechos no es moralmente satisfactoria, es posible elegir “entre el menor de dos males”; dicho de otra manera, asumir, por ejemplo, la creación de normas retroactivas antes que dejar impunes actos manifiestamente inmorales y reprobables. Es esta misma idea la que será objeto de la célebre controversia Hart-Fuller, en 1958<sup>51</sup>.

Desde el punto de vista práctico, será la nueva concepción de la legalidad originada en los debates post-Núremberg la que se halla en el origen de la elaboración del artículo 7, inc. 2 de la Convención Europea de los Derechos Humanos de 1950, y luego del artículo 15, inc. 2 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de 1966. Estas disposiciones prevén una excepción al principio de legalidad (garantizado en el primer párrafo de los mismos artículos) en nombre de los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (Convención de 1950) o por “la comunidad internacional” (Pacto de 1966), los cuales principios no son definidos<sup>52</sup>. El objetivo inicial era evitar la impunidad de los crímenes nazis y la condena jurídica o moral del nuevo derecho de Núremberg<sup>53</sup>. En este mismo espíritu será tratada –más recientemente– la cuestión de los crímenes de los alemanes orientales tras la reunificación de Alemania<sup>54</sup>.

66

50. Según el *inclusive* (o *soft-*) *positivism*, tal como es defendido por ejemplo por Coleman, la moral no es ni necesariamente excluida ni necesariamente incluida en el concepto de derecho: a la tesis de la *separación*, esta corriente prefiere la tesis de la *separabilidad*. Cf. J. COLEMAN, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2000, y W. J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon, Oxford, 1994.

51. H. L. A. HART, “Positivism and the separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review (HLR)*, vol. 71, n° 4, 1958, pp. 593-629 y *The Concept of Law, Op. cit.*, pp. 203 ss.; L. L. FULLER, “Positivism and fidelity to Law. A reply to Professor Hart”, *HLR*, vol. 71, n° 4, 1958, pp. 630-672. Para una reconstrucción del debate: R. ALEXY, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, n° 2, 1989, pp. 167-183; “A Defence of Radbruch’s Formula”, en D. DYZENHAUS ed., *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 1999, pp. 15-39; F. HALDEMANN, “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen : A Debate on Nazi Law”, *Ratio Juris*, n° 2, 2005, pp. 162-178.

52. Artículo 7, inc. 2 de la Convención: “El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Artículo 15, inc. 2 del Pacto: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

53. M. BOOT, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes. Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2002, pp. 137 ss. y 158.

54. Ver especialmente el caso Egon Krenz, último jefe de Estado este-alemán condenado por un tribunal de la Alemania unificada por haber ordenado disparar a los fugitivos en la frontera antes de la caída del Muro de Berlín (aun cuando esos actos no eran ilícitos respecto del derecho alemán oriental

Francia se halla enteramente obligada por las dos disposiciones (o sea por los artículos 7, inc. 2 de la Convención de 1950 y 15, inc. 2 del Pacto de 1966)<sup>55</sup>; Argentina, por su lado, emitió una reserva al artículo 15, inc. 2 del Pacto en el momento de su ratificación (“El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del Artículo 15 del Pacto (...) deber estar sujeta al principio establecido en el Artículo 18 de nuestra Constitución Nacional”), el cual adquiere jerarquía constitucional según el artículo 75, inc. 22 de la Constitución<sup>56</sup>. En Francia y en Argentina, el principio de legalidad es un principio constitucional consagrado en el artículo 8 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), que forma parte del bloque de constitucionalidad<sup>57</sup>; y en el artículo 18 de la Constitución argentina<sup>58</sup>.

En las jurisprudencias Touvier y Simón, los jueces justifican la violación del principio de legalidad para la represión de los crímenes contra la humanidad respectivamente cometidos durante la colaboración francesa a lo largo de la Segunda Guerra Mundial y durante la dictadura militar argentina, por un último recurso a los principios generales del derecho (A) y al *ius cogens* (B).

#### A. La aplicación retroactiva del derecho de Núremberg y los principios generales del derecho en Francia

En el marco del caso Touvier, en Francia se plantean dos problemas relativos al respeto del principio constitucional de legalidad: la aplicación retroactiva del nuevo derecho de Núremberg, inexistente en el momento de la perpetración de los crímenes; y el hecho de que el campo y el alcance del derecho de Núremberg no se refieren en absoluto a la represión de los crímenes contra la humanidad cometidos por ciudadanos franceses contra la población judía de Francia.

67

---

de esa época). Cf. P. TAVERNIER, “L’affaire du ‘Mur de Berlin’ devant la Cour européenne. La transition vers la démocratie et la non-rétroactivité en matière pénale”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2001, pp. 1109-1181 (comentario de los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 22 de marzo 2001, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania* y *K.-H. W. c. Alemania*).

55. Cf. los decretos de promulgación n° 74-360 del 3 de mayo de 1974 (*JO*, 4 de mayo de 1974) y n° 81-76 del 29 de enero de 1981 (*JO*, 1 de febrero de 1981).

56. Argentina aprobó el Pacto por la ley n° 23.313 del 17 de abril de 1986, y lo ratificó el 8 de agosto de 1986. Sobre esta reserva, ver también *infra*, notas 82 et 91. Cf. el artículo 18 de la Constitución argentina (principio de legalidad), *infra*, nota 59.

57. Desde la decisión n° 71-44 del Consejo Constitucional francés (16 de julio de 1971, *JO*, 18 de julio de 1971). Confirmación del valor constitucional del principio de *no-retroactividad de la ley penal* en su decisión n° 79-109 del 9 de enero de 1980 (*JO*, 11 de enero de 1980), y del principio *no hay crimen ni pena sin ley* en su decisión n° 81-127 de los 19-20 de enero de 1981 (*JO*, 22 de enero de 1981). El artículo 8 de la Declaración de 1789 dispone: “La ley sólo debe establecer penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.

58. Artículo 18 de la Constitución argentina: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (...)”.

El primer problema de conciliación es resuelto por los jueces de la Corte de Casación en un fallo relativo a un caso paralelo al de Paul Touvier, que servirá de precedente sobre este punto: se trata del caso Klaus Barbie, primer criminal nazi alemán juzgado en Francia<sup>59</sup>. Los jueces zanjaron la cuestión apoyándose una vez más sobre el derecho internacional. Consideraron que, visto “la naturaleza de los crímenes contra la humanidad”, el derecho de Núremberg se hace eco de los principios generales a los que se refieren el artículo 15, inc. 2 del Pacto de 1966, y el artículo 7, inc. 2 de la Convención de 1950 ante-citados –en otras palabras, según ellos, el derecho de Núremberg puede aplicarse legítimamente de manera retroactiva, puesto que entra en el campo de la excepción prevista por el derecho internacional. Precisaron además que estas disposiciones “resultan de tratados internacionales regularmente integrados en el orden jurídico interno y que poseen una autoridad superior a los de las leyes, en virtud del artículo 55 de la Constitución”<sup>60</sup>.

Ahora bien, este razonamiento sólo puede funcionar a través de una interpretación amplia e innovadora, por dos razones. Primero, dado que en Francia el principio de legalidad tiene un valor constitucional, la afirmación de los jueces implica que las disposiciones internacionales precitadas que prevén la excepción al principio, priman sobre el derecho interno, incluyendo las normas constitucionales. Pues bien, una interpretación estricta del texto del artículo 55 de la Constitución francesa no permite afirmar esto en ningún caso<sup>61</sup>. Segundo, incluso si se considera, al igual que ciertos autores<sup>62</sup>, que este razonamiento es un medio implícito para los jueces de integrar la idea de un derecho imperativo (o *ius cogens*) que trascendería las normas constitucionales, no deja de ser obvio que esta sería una innovación extraordinaria: Francia siempre ha rehusado reconocer la validez del *ius cogens* –esta es la misma razón por la que no ha adoptado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)<sup>63</sup>, que lo consagra en su artículo 53<sup>64</sup>. Hasta ahora, no

68

59. Antiguo jefe de las secciones IV (asuntos judíos) y VI (contraespionaje o lucha contra la Resistencia) de la Gestapo.

60. Fallo Barbie del 6 de octubre de 1983 (Crim. 6 octubre 1983 : *Bull. crim.* n.º 239).

61. Cf. *supra* I, A.

62. Por ejemplo J.-F. ROULOT, “La répression des crimes contre l’humanité par les juridictions criminelles en France. Une répression nationale d’un crime international”, *RSC*, 1999, pp. 554-555 y *Le crime contre l’humanité*, *Op. cit.*, pp. 392 ss.; *Journal de droit international (JDI)*, 1983.794 y *JDI*, 1986.150, notas de B. EDELMAN.

63. Sobre este tema: C. CHAUMONT, “Mort et transfiguration du *ius cogens*”, en *Mélanges offerts à P. F. Gonidec*, LGDJ, Paris, 1985, p. 470 y, más recientemente, R. NIETO-NAVIA, “International Peremptory Norms (*ius cogens*) and International Humanitarian Law”, en *Man’s Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2003, pp. 609 ss., a relacionar con las posiciones de otros Estados desde los primeros debates en el seno de la Comisión del Derecho Internacional (E. SCHWELB, “Some Aspects of International *ius cogens* as Formulated by the International Law Commission », *AJIL*, 1967, pp. 960 ss.). Argentina ratificó la Convención de 1969 el 5 de diciembre de 1972 por la ley n.º 19.865.

64. El artículo 53 de la Convención de 1969, cuyo título es “Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”, dispone que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho penal internacional general. (...) una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Sobre la jerarquía de las normas internacionales

se ha encontrado ninguna referencia expresa al *ius cogens* en la jurisprudencia francesa, contrariamente a la jurisprudencia argentina<sup>65</sup> o internacional<sup>66</sup>.

En cuanto al segundo problema de conciliación, a falta de otra alternativa “a mano” que no sea la aplicación del derecho de Núremberg (que contiene una definición del crimen contra la humanidad inapropiada para el proceso de los ciudadanos franceses), y a fin de no dejar impunes los crímenes de Paul Touvier, los jueces redefinen el crimen contra la humanidad *lato sensu*: en el caso Touvier, extienden el área de incriminación a los cómplices franceses que actuaron por cuenta del Estado nazi, como los cómplices “de asesinatos cometidos por incitación de una organización declarada criminal perteneciente a un país que practica una política de hegemonía ideológica”<sup>67</sup>.

Notemos que los jueces parecen de esta manera conciliar, de paso, la represión de crímenes de lesa humanidad cometidos por un ciudadano francés, y la razón de estado. Al limitar la definición de crímenes de lesa humanidad a los crímenes nazis, es decir a un contexto político en particular, la Corte de Casación esquivá hábilmente<sup>68</sup> la pregunta relativa al hecho de saber si el Estado francés había, por si mismo, llevado una política de hegemonía ideológica: “de esta manera, en la cadena de responsabilidades, el eslabón de la Francia de Vichy ha evadido, la argumentación jurídica focalizándose muy plácidamente solo en la Alemania Nazi”<sup>69</sup>, hecho que conlleva a la exclusión implícita de toda posibilidad de represión de los actos inhumanos y persecuciones perpetrados, por los franceses, por cuenta de Francia<sup>70</sup>. Los jueces logran la condena de Paul Touvier dejando un “vacío jurídico”<sup>71</sup> con respecto de los eventuales crímenes de lesa humanidad cometidos en nombre del Estado francés. Desde este punto de vista, la jurisprudencia Touvier, circunstancial y “confortable”<sup>72</sup>, es limitada – o al menos reservada<sup>73</sup>. La jurisprudencia

69

---

supuesta en el texto de esta disposición, véase: T. MERON, “On a Hierarchy of International Human Rights”, *AJIL*, 1986, pp. 13 ss. y L. HAOPAI, “*Jus cogens* and international law”, en Y. SIENHO y T. WANG ed., *International Law in the Post-Cold War World. Essays in memory of Li Haopei*, Routledge, London, New York, 2001, pp. 505 ss. Cf. también *supra*, notas 38-39.

65. Cf. *infra* II, B.

66. La primera consagración del concepto de *ius cogens* en la jurisprudencia internacional data de 1998: cf. fallo Furundzija del 10 de diciembre de 1998, Cámara de primera instancia II del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, IT-95-17/1, §§ 153 ss. Véase, para desarrollos, S. GARIBIAN, *Le crime contre l’humanité au regard des principes fondateurs...*, *Op. cit.*, pp. 247 ss.

67. Fallo Touvier del 27 de noviembre de 1992 (Crim. 27 novembre 1992 : *Bull. crim.* n° 394), confirmado otra vez, por la misma Corte, en el fallo Touvier del 21 de octubre de 1993 (Crim. 21 octobre 1993 : *Bull. crim.* n° 307).

68. Cf. R. KOERING-JOULIN, A. HUET y P. WACHSMANN, “Hégémonie idéologique”, *Le Monde*, 19 de diciembre de 1992, p. 2.

69. *Idem* (“[a]insi, dans la chaîne des responsabilités, le maillon de la France de Vichy a-t-il sauté, l’argumentation juridique se focalisant plus commodément sur la seule Allemagne nazie”).

70. Véase M. MASSE, “L’affaire Touvier : l’échappée belle”, *RSC*, 1993, pp. 375-376; C. GRYNFOGEL, “Le concept de crime contre l’humanité. Hier, aujourd’hui et demain”, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1994, pp. 31 ss.; M. DELMAS-MARTY, “Le crime contre l’humanité, les droits de l’homme, et l’irréductible humain”, *RSC*, 1994, p. 481.

71. *JCP*, 1993.II.21977, nota DOBKINE.

72. M. MASSE, “L’affaire Touvier : l’échappée belle”, *Op. cit.*, p. 375.

73. Ver también, para un estudio crítico del método de los jueces: M. MASSE, *Ibid.*, p. 376 y C. GRYNFOGEL, “Touvier et la justice, une affaire de crime contre l’humanité?”, *RSC*, 1993, p. 72.

relativa a los crímenes franceses cometidos en el contexto de la descolonización será la consecuencia<sup>74</sup>.

Es muy interesante subrayar, a propósito de ello, que los jueces supremos adoptarán por el contrario una postura legalista y una interpretación estricta del derecho de Núremberg, cuando será cuestión de pronunciarse sobre la posibilidad de procesar los crímenes coloniales, prescritos y amnistiados, cometidos por cuenta del Estado francés en Argelia y en Indochina: rehusarán a la vez toda forma de aplicación retroactiva del derecho de Núremberg, y *a fortiori*, toda extensión de la definición de crimen contra la humanidad que éste contiene<sup>75</sup>; excluirán igualmente todo recurso a la costumbre internacional como fuente potencial de incriminación de efecto directo, en nombre del respeto del principio de legalidad, afirmando expresamente la necesidad de una doble incriminación, en el caso Aussaresses relativo a los crímenes cometidos por el ex oficial de informaciones en servicio del ejército francés en Argelia<sup>76</sup>. Evidentemente, aquí el desafío consistirá en tratar de evitar todo posible empleo de la calificación –como se ha visto, fuertemente estratégica– de crimen contra la humanidad.

## B. La aplicación retroactiva de la Convención sobre las desapariciones forzadas y el *ius cogens* en Argentina

70

El fallo Simón, en Argentina, nos ilustra una situación diferente. Aquí no se encuentra una discusión real sobre la cuestión de la calificación de crimen contra la humanidad. La mayoría de los jueces parece admitir que desde un punto de vista jurídico no existe ambigüedad: se refiere a esta cuestión para afirmar que no se trata de un problema<sup>77</sup>.

Para ello, y contrariamente a la Corte de Casación francesa en el caso Paul Touvier, en el caso Simón la Corte Suprema argentina adopta en primer lugar el punto de vista según el cual el fundamento de la incriminación no es internacional sino nacional: se trata en particular de los artículos 141 y ss. del Código Penal sobre la privación ilegal de la libertad, en vigor en el momento de los hechos, y considerados como providentes de una definición suficientemente amplia para incluir los actos constitutivos de la desaparición

74. Cf. S. GARIBIAN, "Qu'importe le cri, pourvu qu'il y ait l'oubli. Retour sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux crimes français commis en Algérie et en Indochine", en C. COQUIO dir., *Retours du colonial ? Disculpation et réhabilitation de l'histoire coloniale*, l'Atalante, Nantes, 2008, pp. 129-146.

75. Fallo Boudarel del 1 de abril de 1993 (Crim. 1er avril 1993 : *Bull. crim.* n° 143); fallo "protesta de octubre de 1961" del 30 de mayo de 2000 (Crim. 30 mai 2000 : *Bull. crim.* n° 204); fallo Aussaresses del 17 de junio de 2003 (Crim. 17 juin 2003 : *Bull. crim.* n° 122).

76. Fallo Aussaresses, *Idem*: "la costumbre internacional no podría paliar la ausencia de texto incriminante, bajo la calificación de crímenes contra la humanidad, a los hechos denunciados por la parte civil". Observamos, además, que esta jurisprudencia será citada como ejemplo por el juez Belluscio en el fallo Clavel de la Corte Suprema argentina (fallo del 24 de agosto de 2004), para apoyar su disidencia (consid. 17) en relación con la aplicación de la costumbre internacional en el derecho argentino en materia de represión de los crímenes contra la humanidad.

77. Véase en particular los votos de los jueces Boggiano (consid. 38), Maqueda (consid. 50 ss.), Zaffaroni (consid. 14 ss.) y Highton de Nolasco (consid. 31).

forzada<sup>78</sup>. La desaparición forzada es así entendida como una subespecie del delito de privación ilegítima de la libertad<sup>79</sup>.

Los jueces afirman, en segundo lugar, la calificación de “crímenes contra la humanidad” para los actos de privación ilegal de la libertad cuando esos actos son cometidos en condiciones tales que constituyen desapariciones forzadas. Bien entendido, esta segunda parte del razonamiento remite al derecho internacional, y esto de manera doble: 1. remite a la Convención Interamericana sobre las Desapariciones Forzadas de 1994, 2. cuyo carácter retroactivo de aplicación (puesto que no estaba en vigor en el momento de los hechos) es negado o justificado por la mayoría de la Corte Suprema gracias a un recurso a la costumbre internacional<sup>80</sup>. Según ellos, la Convención de 1994 (como, por otro parte, la Convención de 1968 sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad)<sup>81</sup> es la consagración formal de normas consuetudinarias preexistentes desde hace largo tiempo, y que, además, tienen un valor imperativo de *ius cogens* –que sí aparece en varias partes del fallo Simón<sup>82</sup>, y que está claramente aceptado por la Corte Suprema como fuente de derecho interno a partir de los casos Priebke y Clavel<sup>83</sup>.

Este razonamiento implica varias cosas. Implica, primero, que no hay necesidad de una identidad o de una “coincidencia formal” entre las figuras del derecho penal internacional y los tipos penales nacionales<sup>84</sup>. En particular, importa poco que las definiciones contenidas en el Código Penal prevean expresamente las circunstancias contextuales de la conducta<sup>85</sup> –lo que corresponde a una interpretación muy flexible de la exigencia clásica de doble

78. Cf. por ejemplo: votos de los jueces Maqueda (consid. 85), Zaffaroni (consid. 14) y Argibay (consid. 10).

79. C. PIZOLLO, *Op. cit.*

80. Véase el considerando 88 del voto del juez Maqueda, quien recuerda también que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado la excepción de irretroactividad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de delitos cometidos con anterioridad a su sanción, al considerar que aquellas conductas ya constituían delitos de lesa humanidad, repudiados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incluso en la década de los setenta (...)”.

81. Recordamos que la Convención de 1968 fue aprobada por la ley n° 24.584 del 1 de noviembre de 1995 y obtuvo jerarquía constitucional mediante la ley n° 25.778 del 20 de agosto de 2003. Hasta 1995, los gobiernos argentinos habían rehusado ratificar esta Convención de 1968 que declara la imprescriptibilidad de los crímenes, incluso *ex post facto*, pues consideraban que esto violaba el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y precisamente esta posición llevó a la Argentina a hacer una reserva al artículo 15, inc. 2 del Pacto de 1966 (cf. *supra*, nota 57). Parecería que esta posición no deja de tener relación con el hecho de que cierto número de criminales nazis se hallaban aun refugiados en los países del Cono sur, especialmente Argentina (cf. A. E. ALVAREZ, E. A. BERTONI y M. BOO, “Droit argentin”, en A. CASSESE y M. DELMAS-MARTY dir., *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, París, 2002, p. 306).

82. Cf. en particular los votos de los jueces Boggiano (consid. 36 ss.), Maqueda (consid. 45 ss.), Zaffaroni (consid. 27) y Lorenzetti (consid. 19).

83. *Supra*, nota 42. Se trataba, en esos dos casos, de justificar la aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en el orden jurídico nacional, por un recurso al concepto de *ius cogens*. Un precedente importante se encuentra en el voto (consid. 50) del juez Schiffrin de la Cámara Federal de La Plata (sentencia del 30 de agosto de 1989, caso Schwammberger), pero sin referencia explícita al *ius cogens* sino al “derecho de gentes”.

84. Véase los desarrollos de P. PARENTI, “La jurisprudencia argentina frente a los crímenes de derecho internacional”, *Op. cit.*, pp. 73 ss.

85. Véase, al contrario, la disidencia del juez Fayt (consid. 35 ss.).

incriminación. Implica también que la calificación (o tipificación) particular de “crimen contra la humanidad”, asociada a actos imputados en el Código Penal, puede encontrar su fundamento en la costumbre internacional –costumbre que sería de aplicación directa y de jerarquía constitucional, según una interpretación amplia del artículo 118 de la Constitución que se refiere al “derecho de gentes”<sup>86</sup>. Implica, en fin, que el principio constitucional de legalidad no puede obstaculizar a un juez interno la aplicación de una costumbre considerada, además, como poseedora de un valor de *ius cogens*<sup>87</sup>.

La aceptación de la relatividad del principio de legalidad para luchar contra la impunidad de los crímenes más graves se acentúa a la luz de la “conexión lógica” entre imprescriptibilidad y retroactividad (establecida por la Convención de 1968 sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad)<sup>88</sup>; mas también de los principios generales del derecho en virtud de los artículos 7, inc. 2 de la Convención Europea de 1950 y 15, inc. 2 del Pacto Internacional de 1966<sup>89</sup>.

Es interesante observar que la juez Argibay precisa además que “la eficacia de la reserva hecha por la República Argentina al ratificar [el Pacto] se ve debilitada por la posterior aprobación sin reservas de la Convención sobre Imprescriptibilidad”<sup>90</sup>. Es la única que se pronuncia sobre la cuestión de la validez, relativa, de esta reserva, aparte del juez Fayt, quien en su disidencia expone su desacuerdo argumentando la importancia de la reserva a través de una interpretación estricta de los artículos 27 y 75, inc. 22 de la Constitución<sup>91</sup>. En efecto, el artículo 27 subordina la obligatoriedad de los tratados a que ellos “estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Y el artículo 75, inc. 22 dispone que los tratados de derechos humanos enumerados (incluyendo el Pacto de 1966) tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” (o sea, según una interpretación clásica, con las reservas y declaraciones interpretativas hechas por la Republica en el momento de ratificarlos), y que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” (incluyendo el artículo 18 sobre el principio de legalidad).

Para concluir, si el recurso al derecho internacional por los jueces supremos franceses y argentinos puede ser analizado como el producto de la coacción jurídica que constituye el respeto de los principios de soberanía y de legalidad, tal recurso implica interpretaciones jurisdiccionales innovadoras y creativas, que se hacen eco de la teoría realista de la interpretación<sup>92</sup>. Aunque afirman que sólo aplican un derecho positivo preexistente

---

86. Cf. *supra*, nota 43, y la opinión opuesta del juez Fayt (consid. 64 ss. de su disidencia).

87. Cf. en particular los votos de los jueces Boggiano (consid. 49) y Maqueda (consid. 49 y 89).

88. Voto del juez Boggiano (consid. 43 ss.).

89. Véase los votos de los jueces Maqueda (consid. 83 ss.) y Lorenzetti (consid. 19 y 30), quienes se refieren a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante-citada, *supra* nota 55.

90. Consid. 16 del voto de la jueza Argibay. Sobre la reserva, cf. *supra*, notas 57 y 82.

91. Consid. 43 ss. de su disidencia. Cf. también P. L. MANILI, *Op. cit.*; G. BADENI, *Op. cit.*; A. J. D'ALESSIO, *Los Delitos de Lesa Humanidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 86.

92. Sobre la teoría realista (o “escéptica” según R. GUASTINI, “Interprétation et description de normes”, en P. AMSELEK dir., *Interprétation et droit*, Bruylant, PUAM, Bruxelles, Paris, 1995, p. 89) de la interpretación como acto de voluntad consistente en una elección entre varios significados (sin distinción entre aplicación y creación de derecho), véase en particular M. TROPER, “Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen”, en P. BOURETZ dir., *La force du droit. Panorama des débats contemporains*,

(adoptando así implícitamente la ficción del poder nulo que legitima su trabajo), los jueces usan su poder discrecional para poner en marcha una inter-normatividad fecunda a través de una articulación libre del derecho internacional y del derecho interno.

Surge de ello una percepción flexible de los principios de soberanía estatal y de legalidad penal, que encuentra su expresión más fuerte en la expresa integración, por los jueces argentinos, del concepto confuso y muy criticado del *ius cogens*. O sea la integración –la *positivación*– en el orden jurídico interno de un derecho imperativo para la aplicación del cual no podrían hacer obstáculo ni la Constitución, ni los principios que ella garantiza: un *corpus* de normas materialmente superiores admitido como fundamento de validez, que transmite la idea de un “deber” de los Estados en materia de represión de los crímenes internacionales más graves, y de una cierta “moralización” indirecta del derecho<sup>93</sup>. Pero la aceptabilidad de tal idea en un Estado de derecho supone un esfuerzo de demostración jurisdiccional según la cual el valor superior de las normas aplicables no sería resultado de principios naturales o de un “derecho supralegal”, sino de la sola voluntad soberana del Estado miembro de la comunidad internacional<sup>94</sup>. Es lo que traducen, por ejemplo, las palabras del juez argentino Raúl Zaffaroni cuando afirma en el fallo Simón que no es necesario “perderse en las alturas de la supralegalidad”, dado el estado del derecho internacional de los derechos humanos regularmente integrado en el orden jurídico interno<sup>95</sup>.

En fin, también surge de esto que, más allá del estado del derecho positivo y de su interpretación discrecional por jueces más o menos audaces, lo que determina, por encima, el éxito de las ponderaciones y conciliaciones jurisdiccionales es el objetivo considerado, y así, el proyecto político oculto detrás de la misión de justicia. En Francia el proyecto político es, por un lado, el juzgamiento de los cómplices nacionales del régimen nazi; y, por el otro, el bloqueo de todo proceso a los crímenes cometidos por los franceses por cuenta

73

---

Esprit, Paris, 1991, pp. 134 ss.; *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *Op. cit.*, pp. 71 ss. y 332 ss.; *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, *Op. cit.*, pp. 69 ss. Evidentemente, sería útil releer H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *Op. cit.*, pp. 459 ss. Ver también F. HAMON, “Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation”, en *L'architecture du droit...*, *Op. cit.*, pp. 487-500 y E. MILLARD, “Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation”, en *Ibid.*, pp. 725-734.

93. Sobre este tema: S. GARIBIAN y A. PUPPO, “Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: una perspectiva analítica y positivista”, *Isonomia*, n° 36, abril 2012, pp. 7-47 y, más generalmente, por los mismos autores, *Normas, valores, poderes. Ensayos sobre positivismo y derecho internacional*, Fontamara, México, 2010. Esta moralización del derecho se traduce inicialmente de manera paradigmática en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia: después de haber consagrado el *ius cogens* por primera vez en la jurisprudencia internacional en 1998 en el fallo Furundzija (*supra*, nota 67), el Tribunal, hablando del “progressive trend towards the so-called ‘humanisation’ of international legal obligations”, precisará: “This trend marks the translation into legal norms of the ‘categorical imperative’ formulated by Kant in the field of morals” (cf. fallo Kupreskic, Cámara de primera instancia II, 14 de enero de 2000, IT-95-16, § 518).

94. Se encuentra en los votos de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti una referencia a la “supralegalidad” (y al debate Hart/Fuller en torno de la fórmula de Radbruch; sobre este punto, cf. *supra*, nota 52) percibida como no necesaria respecto al estado actual del derecho internacional de los derechos humanos (Zaffaroni, consid. 25 ss.), e incluso peligrosa (Lorenzetti, consid. 18 y 19, aunque su propia postura teórica sea, por otro lado, ambigua).

95. Consid. 25 de su opinión.

de Francia antes de 1994, en particular en el contexto de la descolonización –reflejo de un tabú persistente<sup>96</sup>. En Argentina, es la confrontación con su propio pasado criminal. Esta confrontación, muy mediatizada y instrumentalizada políticamente, es acompañada de un cierto activismo judicial elaborado sobre un fuerte “human rights oriented approach”<sup>97</sup> –o, según los más escépticos, un “posibilismo ilimitado” al principio de una verdadera “reforma constitucional extra-textual”<sup>98</sup>.

---

96. S. GARIBIAN, “Qu’importe le cri, pourvu qu’il y ait l’oubli...”, *Op. cit.* La literatura multidisciplinaria sobre este tema es importante. Ver por ejemplo C. COQUIO dir., *Retours du colonial ?...*, *Op. cit.*, así como P. BLANCHARD, N. BANDEL y S. LEMAIRE dir., *La fracture coloniale. La société française au prisme de l’héritage colonial*, La Découverte, Paris, 2005, y el dossier “Relectures d’histoires coloniales” en *Cahiers d’Histoire. Revue d’histoire critique*, n° 99, 2006.

97. C. A. E. BAKKER, “A Full Stop to Amnesty in Argentina. The Simón Case”, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, n° 3, p. 1120, quien considera, con entusiasmo, que esto “not only clears the path to the Argentine judiciary: it also contribute to the consolidation of international criminal law and international criminal justice”.

98. J. S. ELIAS, “‘Simón’ O de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho”, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Suplemento 2006 –III, Fascículo n° 13, Sección Jurisprudencia Anotada, Lexis Nexos, pp. 37-72.