

## **El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad**

Por Manuel Eduardo Góngora Mera\*, enero 19 de 2007

*Hay que decirlo y repetirlo con firmeza, cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas “leyes” de amnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad.*

*Antônio Augusto Cançado Trindade, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La reforma constitucional de 1994 introdujo un cambio sustancial al sistema jerárquico normativo en Argentina. Pizzolo lo describe gráficamente como el “achatación” del triángulo superior de la pirámide kelseniana, de modo que la figura resultante parece más un trapecio: “En la cúspide de todo el ordenamiento, el reinado de la Constitución dejó de ser absoluto y exclusivo para constituirse en un gobierno mancomunado junto a tratados internacionales [de derechos humanos] que pasaban a tener su misma jerarquía”. Bien aclara este autor que “[l]o anterior no significó de ningún modo sacrificar la noción de ‘supremacía constitucional’, pues, dichos tratados alcanzaron aquella jerarquía por una habilitación directa de la misma Constitución (...) La Constitución continúa siendo entonces la norma ‘fundante’ y ‘fundamental’ de todo el sistema, en esta particularidad radica hoy su carácter absoluto y exclusivo. Pero en cuanto al ‘parámetro’ que deben seguir las normas ‘infraconstitucionales’ para ser admitidas como válidas jurídicamente dentro del sistema, la Constitución dejó de ser el único referente”<sup>1</sup>. De lo que se deduce que en caso de que una norma interna contradiga un tratado internacional de derechos humanos, tal norma es inconstitucional, carece de validez jurídica y por ello es inaplicable.

Esta reforma supone por consiguiente una importante ampliación del sistema de protección y garantías de los derechos humanos en Argentina, cuyos efectos se hacen evidentes en relación con la lucha contra la impunidad derivada de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. En efecto, la aplicación judicial del derecho internacional de los derechos humanos y la cada vez mayor recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina han configurado un mecanismo de garantías constitucionales mucho más amplio y eficaz del que existía previamente. Con la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, la Corte Suprema argentina reconoce que su actuación se encuentra determinada no sólo por el ordenamiento jurídico nacional sino además por la jurisprudencia interamericana, lo que hace que esta institución escale hacia una posición intermedia entre el Estado y la comunidad latinoamericana, y por que no, incluso la sociedad global. Más allá del papel asignado a nivel estatal, la Corte Suprema de Argentina, al igual que otros tribunales constitucionales a lo largo y ancho del planeta, se han convertido en los

---

\* Abogado y magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Magíster en Economía Internacional y Política de Desarrollo de la Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg. Candidato a Doctor en Derecho Público de la Humboldt-Universität zu Berlin. Miembro del Nürnberger Menschenrechtszentrum.

<sup>1</sup> Pizzolo, Calogero. Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino. En: Méndez Silva (Coord.) Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, No. 98. 2002, p. 514.

promotores de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, consolidando lo que algunos autores han denominado un “derecho constitucional internacional”. Este modelo de apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho penal internacional tiene efectos notables en la lucha contra la impunidad en Argentina, lo que será el objeto de estudio en este escrito<sup>2</sup>. En la primera parte se analizará la jerarquía normativa argentina; en la segunda el concepto y desarrollo jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad; en la tercera parte se estudiarán sus consecuencias jurídicas más destacables en relación con la lucha contra la impunidad ante los crímenes perpetrados durante la última dictadura.

## **1. Ubicación de los Tratados internacionales en la jerarquía normativa de Argentina**

Cada Estado define el orden de prelación de las normas, esto es, qué norma prevalece en caso de conflicto. En relación con el derecho internacional, el debate mundial acerca de la posición que debe reconocerse a los Tratados internacionales en el derecho interno se vio reflejado en Argentina en la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En este aparte se expondrá la evolución jurídica del problema de la jerarquía normativa en Argentina, desde la prevalencia del derecho interno sobre el internacional hasta la conformación del Bloque de Constitucionalidad.

### **1.1. La jerarquía normativa antes de 1992**

La Constitución de 1853 sólo contenía una referencia a la supremacía constitucional, ubicada en el artículo 31: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”. Tal norma era citada como prueba de la primacía del derecho interno sobre el internacional, dado que establecía un orden literal de prelación de la que se deducía una relación jerárquica entre estas normas. Según esta interpretación, usada en alguna jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>3</sup>, la Constitución se encontraba en la cúspide del ordenamiento jurídico, luego las leyes nacionales, y por debajo de ellas, los Tratados.

---

<sup>2</sup> En el caso argentino, un modelo alternativo de apertura constitucional al derecho penal internacional ha sido defendido con base en el artículo 118 de la Constitución, que incorpora el derecho de gentes en materia penal al derecho interno de manera directa (sin necesidad de ratificación de los tratados internacionales correspondientes). Sobre los alcances de esta remisión general al derecho de gentes, *cfr.* Malarino, Ezequiel. Persecución penal de crímenes internacionales: Informes Nacionales – Argentina. En: Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel (ed.). Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 43 y ss. Si se adoptase esta interpretación de la Constitución, habría que concluir que desde el siglo XIX –y sin que nadie lo notase previamente– el derecho penal internacional gozaba de jerarquía constitucional en Argentina (lo cual situaría a esta Constitución entre las más visionarias y progresistas de la historia mundial) y por lo tanto, la reforma de 1994 sobre la jerarquía constitucional de ciertos instrumentos internacionales “agregó poco en lo que respecta a la incorporación de normas penales de derecho internacional”, como sostiene Malarino, *cfr. ibid.*, p. 50. En este trabajo se demuestra que el “descubrimiento” del artículo 118 y la jurisprudencia revisionista sobre el valor normativo del derecho de gentes ha sido más bien el resultado de un largo y difícil proceso político y jurídico que tuvo como punto de partida la elevación a la jerarquía constitucional de ciertos tratados internacionales de derechos humanos.

<sup>3</sup> Chantrean, Alfonso, sentencia del 01.01.1947, Fallos: 208:84.

Tradicionalmente, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema antes de 1992 había preferido igualar las leyes a los Tratados, lo que en todo caso no superaba el despropósito de que un tratado pudiese ser derogado por una ley posterior o viceversa, pues ante la paridad de rango los conflictos se resuelven bajo el principio de que la norma posterior deroga a la previa<sup>4</sup>. En otras palabras, el cumplimiento de un tratado estaba sometido al riesgo de que a nivel interno perdiese validez jurídica por la expedición de una ley contraria a éste; con ello Argentina podía incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado no denunciado. De modo que Argentina podía contraer compromisos internacionales de los cuales podía sustraerse por acto de su exclusiva voluntad, lo que atentaba contra el principio *pacta sunt servanda*<sup>5</sup>. Pero para la Corte, el cumplimiento de los Tratados es competencia del poder ejecutivo, no del judicial.

Por otra parte, la resolución de conflictos entre la Constitución y los Tratados internacionales tampoco estaba exenta de dificultades. Por vía de ejemplo, la Corte Suprema, en fallo de 1948<sup>6</sup>, legitimó la incautación de los bienes de la empresa alemana Merck (a pesar de que la confiscación estaba prohibida expresamente por la Constitución<sup>7</sup>) debido a una supuesta exigencia internacional al respecto. Para la Corte, en tiempos de paz “la República Argentina se conduce dentro de la teoría dualista, que mantiene en el orden interno la supremacía de la Constitución sobre los tratados”<sup>8</sup>; pero en tiempos de guerra el país se aparta de tales principios y por ello el gobierno tiene la obligación de cumplir los Tratados “con todo rigorismo del que están animados”<sup>9</sup>.

El dualismo defendido por la Corte se basaba además en la distinción de las normas internacionales como convenio entre naciones y como normas del ordenamiento jurídico interno. Esto suponía que los Tratados debían convertirse en ley interna para que éste tuviera eficacia jurídica. Dos consecuencias jurídicas pueden extraerse de esta postura:

1. En caso de conflicto entre la Constitución y los Tratados internacionales es posible declarar la inconstitucionalidad de la ley aprobatoria del tratado sin que el mismo sea tachado de inconstitucional<sup>10</sup>.
2. Las normas consagradas en los Tratados no son de aplicación inmediata sino programática.

A pesar de ello, en diversos fallos la Corte admitió la operatividad directa de las normas internacionales, con lo que no se puede hablar de una línea jurisprudencial estable<sup>11</sup>.

---

<sup>4</sup> Especialmente a partir de 1963, desde el fallo Martín y Cía. Ltda. S.A. c/ Administración General de Puertos, 1963, Fallos 257: 99. Esta postura fue reiterada continuamente (v. gr. S.A. Petrolera Argentina Esso S.A. c/ Gobierno Nacional, 05.06.1968, Fallos 271:7,) hasta 1992.

<sup>5</sup> Cfr. Voto disidente del Dr. Tomas Casares en Autos Fagoaga y Fernández c/Nación Argentina de 1953. Fallos 225:493.

<sup>6</sup> S.A. Química Merck c/Gobierno de la Nación, 09.06.1948, Fallos 211:162.

<sup>7</sup> Cfr. art. 17 de la Constitución Argentina.

<sup>8</sup> S.A. Química Merck c/Gobierno de la Nación, 09.06.1948, Fallos 211:162.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Cfr. Cabrera, Washington c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, 5.12.1983, Fallos 305:2150. En este caso, la Corte Suprema declaró la invalidez de normas de tratados internacionales por violación a derechos consagrados en la Constitución.

<sup>11</sup> Por ejemplo, en los casos Quebrachales Fusionados c/ Capitán del buque Aguila de 1927 (Fallos 150:84), Compañía Mihanovich c/Armadores del vapor Duquesa de 1932 (Fallos 165:144) y en Editorial Noguer de 1962 (Fallos 252:262) la Corte aplicó de manera directa normas internacionales.

## 1.2. La supremacía de los Tratados internacionales sobre las leyes nacionales: el fallo Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo

Los problemas jurídicos que generaba la tesis dualista de la Corte Suprema, y en particular el conflicto entre leyes y Tratados al considerarlos de igual jerarquía, obligó a la Corte a cambiar radicalmente su postura. El reconocimiento de la supremacía de los Tratados internacionales sobre las leyes de la Nación se efectuó por primera vez en el fallo Ekmekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo (Fallos 315:1492).

Miguel Angel Ekmekdjian promovió demanda de amparo contra Gerardo Sofovich, para que se lo condenara a leer en un programa de televisión una carta que le remitiera contestando a Dalmiro Sáenz, quien expresó frases que consideraba agraviantes en relación a Jesucristo y a la Virgen María en una audición en 1988. Como la carta no fue leída, Ekmekdjian instauró acción de amparo, fundado en el derecho de réplica, para lo cual citaba el artículo 33 de la Constitución de Argentina y el artículo 14.1. del Pacto de San José de Costa Rica (ratificado desde 1984). El juez *a quo* rechazó las pretensiones del actor al considerar que el artículo 14.1 del Pacto de San José consagra el derecho de respuesta “en las condiciones que establezca la ley”. Debido a la ausencia de ley interna que estableciera los requisitos sustanciales y regulara el procedimiento, el derecho de respuesta no tenía carácter operativo. Por lo tanto, según el *a quo*, el actor no era titular de un derecho subjetivo sino que solamente tenía un interés de carácter difuso.

Una vez el caso pasó a conocimiento de la Corte Suprema, el análisis giró en torno a si el derecho de réplica reconocido en el Pacto de San José integraba el ordenamiento jurídico interno a pesar de la carencia de ley. La Corte encontró fundamentos normativos que permitían reconocer una jerarquía superior a los Tratados internacionales por sobre las leyes de la Nación y, de este modo, operabilidad directa<sup>12</sup>.

El primer argumento se sustentaba en el derecho constitucional. Un tratado internacional vigente, según el principio del paralelismo de competencias entre los poderes del Estado, es un acto federal complejo. El Poder Ejecutivo concluye y firma el tratado, el Congreso Nacional lo desecha o aprueba mediante leyes federales, y el Poder Ejecutivo lo ratifica emitiendo un acto federal de autoridad nacional. Por ello, en palabras de la Corte, “la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por misma la Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado”, generando “un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación”.

La Corte también fundó el cambio jurisprudencial a partir de consideraciones de derecho internacional. “[L]a Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (...) confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno”<sup>13</sup>. A continuación, la Corte sostuvo que la Convención de Viena alteró “la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la

---

<sup>12</sup> Como la Corte Suprema explica en el fallo *sub examine*, una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso Nacional.

<sup>13</sup> Ekmekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo (Fallos 315:1492), No. 17.

cual ‘no existe fundamento normativo para acordar prioridad’ al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual ‘[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’<sup>14</sup>. En consecuencia, “la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional”<sup>15</sup>.

La Corte admitió además que en la interpretación del Pacto de San José debe seguirse la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ante la consulta efectuada a tal tribunal<sup>16</sup> acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación se ejercerá en “las condiciones que establezca la ley” quiere decir que dicho derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, pues la Convención reconoce derechos y libertades a las personas, no faculta a los Estados para hacerlo. El que los Estados partes puedan fijar las condiciones de ejercicio del derecho no impide su exigibilidad.

Por lo tanto, si una persona no pudiera ejercer el derecho de rectificación, ello constituiría una violación del tratado. La omisión estatal de establecer disposiciones legales que hagan posible el ejercicio del derecho configura una conducta manifiestamente contraria al Pacto, que compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Finalmente la Corte Suprema, que en jurisprudencia previa había sostenido que el cumplimiento de los Tratados no hacía parte del ámbito de competencias del poder judicial, concluyó bajo la nueva línea argumentativa que le correspondía velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos y omisiones oriundas del derecho argentino.

Si bien este fallo no está libre de inexactitudes y puede ser sometido a diversas críticas<sup>17</sup>, representó una revolución jurídica en su momento, sentó una línea jurisprudencial que se reiteró con posterioridad<sup>18</sup>, y abonó el terreno para la reforma constitucional de 1994, que daría solidez a la nueva postura pro internacionalista de la Corte.

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, No. 18.

<sup>15</sup> *Ibid.*, No. 19.

<sup>16</sup> *Cfr.* Opinión Consultiva OC-7/86.

<sup>17</sup> *Cfr.* Manili, Pablo Luis. El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino. Buenos Aires: La Ley, 2003.p. 163-164.

<sup>18</sup> En el fallo *Fibracon Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, del 07.07.1993, la Corte sostuvo que “[l]a necesaria aplicación [del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados] impone a los órganos del Estado argentino -una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales- asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria. Esta conclusión resulta la más acorde a las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias y elimina la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos”. *Vid.* además: *Hagelin, Ragnar v. Poder Ejecutivo Nacional sobre juicio de conocimiento*, Fallos: 316:3176, del 22.12.1993; *Cafés La Virginia S.A. s/ Apelación*, Fallos 317:1282 del 10.10.1994.

### 1.3. La supremacía constitucional de los Tratados internacionales: la Reforma Constitucional de 1994

La discusión acerca de la posición jerárquica de las normas fue zanjada con la reforma de la Constitución en 1994. El inciso 22 del artículo 75<sup>19</sup> (anterior artículo 67, inciso 19) establece de manera tajante: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, ratificando de esta forma la postura defendida desde 1992 por la Corte Suprema. El artículo 31 debía entonces interpretarse no como ordenador jerárquico entre tratados y leyes sino como regulador de la supremacía del derecho nacional sobre el derecho provincial en el ámbito interno.

A continuación, el inciso 22 reconoce rango constitucional a Tratados internacionales sobre derechos humanos en los siguientes términos:

*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

*Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.*

Lo anterior significa que la Constitución, a partir de la Reforma de 1994, no sólo reconoce la superioridad jerárquica de los Tratados frente a las leyes, sino que además equipara a ciertos Tratados internacionales de derechos humanos con la Constitución, conformando con ello lo que en la doctrina y jurisprudencia<sup>20</sup> se ha denominado un “Bloque de Constitucionalidad”. La jerarquía normativa en Argentina queda como sigue:

---

<sup>19</sup> El artículo 75 regula las competencias del Congreso. Esta curiosa ubicación de la reforma al orden de prelación normativo en Argentina obedece a que la ley 24.309 convocatoria de la Convención Nacional Constituyente prohibía expresamente introducir modificaciones a los primeros 35 artículos de la Constitución, de modo que el artículo 31 ya discutido debía mantenerse intacto.

<sup>20</sup> Cfr. v. gr., Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus, 03.05.05; Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221-, 17.05.05; Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía -causa N° 120/02-, 08.08.06. En estos fallos se utiliza frecuentemente la acepción “Bloque de Constitucionalidad” para establecer la competencia de la Corte Suprema en un asunto concreto. Por ejemplo, en el fallo Verbitsky la Corte afirma que “existe cuestión federal suficiente [si] se cuestiona la inteligencia y el alcance otorgado al art. 43 de la Constitución Nacional, como así también la violación al art. 18 *in fine* del mismo cuerpo, y a diversas normas contenidas en los tratados, convenciones y documentos internacionales que forman parte del bloque constitucional”. Cabe destacar que a pesar de que la reforma constitucional se remonta a 1994, sólo a partir de 2000 se comienza a usar jurisprudencialmente la acepción “Bloque de Constitucionalidad” para referirse al fenómeno bajo estudio.

1. Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional (artículo 75, inciso 22, párrafos 2 y 3 de la Constitución)
2. Otros Tratados Internacionales ratificados por Argentina, *v. gr.* Concordatos, Tratados de Integración, etc. (artículo 75, inciso 22, párrafo 1 de la Constitución)
3. Leyes Nacionales del Congreso (artículo 28 de la Constitución), reglamentos del Poder Ejecutivo (artículo 76 y artículo 99, inciso 3, párrafos 2, 3 y 4 de la Constitución)
4. Decretos reglamentarios del Poder Ejecutivo (artículo 99, inciso 2 de la Constitución)
5. Derecho Local (artículos 5, 31, 123 y 129 de la Constitución)

Como se puede apreciar, desde el punto de vista del derecho interno argentino, el problema de la jerarquía normativa no ha tenido respuestas unívocas a lo largo de su historia; el proceso que se ha recorrido hasta la reforma de 1994 ha sido intenso y ha superado enormes obstáculos. Corresponde a continuación analizar detalladamente el contenido del inciso 22 del artículo 75 para profundizar acerca de las características del nuevo modelo y de los efectos jurídicos del reconocimiento del rango constitucional a los Tratados internacionales de derechos humanos.

## 2. El Bloque de Constitucionalidad en Argentina

La denominación “Bloque de Constitucionalidad” tuvo su origen en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, fue adoptada posteriormente por el Tribunal Constitucional español en 1982 y luego por diversos tribunales constitucionales latinoamericanos durante la década de los noventa. Cada tribunal ha entendido por “Bloque” el conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico; la diferencia entre ellos radica en el tipo de normas que incorporan dentro del Bloque. Por ejemplo: para el *Conseil d’Etat* el Bloque está compuesto por la Constitución, la Declaración de Derechos de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República; para el Tribunal Constitucional Español hacen parte del Bloque los estatutos de las comunidades autónomas y algunas leyes orgánicas; en Colombia se incluyen no sólo los Tratados internacionales de derechos humanos sino además las subreglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional. En Argentina, como se ha visto, hacen parte del Bloque una lista definida de Declaraciones y Tratados de derechos humanos, si cumplen estas condiciones:

1. *Que estén vigentes*, esto es, se otorga rango constitucional a los tratados que la Constitución establece o los que el Congreso por reforma adicione, siempre y cuando hayan entrado en vigor según las normas del derecho internacional (*v. gr.* que hayan reunido el número de ratificaciones necesario) y se apliquen “en las condiciones de su vigencia” a nivel interno (*v. gr.* según las reservas y declaraciones interpretativas introducidas por Argentina al ratificar o adherirse a un tratado)<sup>21</sup> y a nivel internacional (respetando la interpretación que efectúen los tribunales y organismos internacionales competentes para verificar el cumplimiento de un tratado<sup>22</sup>).

---

<sup>21</sup> *Cfr.* Manili, *op. cit.* nota 17, p. 181-186.

<sup>22</sup> *Vid. Infra*, 2.3.

2. *Que no deroguen artículo alguno de la primera parte de la Constitución*, lo que significa que no pueden invocarse las Declaraciones o Tratados que hacen parte del Bloque para eliminar o reducir el alcance y protección de un derecho que reconoce la Constitución<sup>23</sup>.
3. *Que se interpreten como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución*, es decir, las Declaraciones y Tratados que hacen parte del Bloque deben interpretarse de manera extensiva frente a los derechos reconocidos en el texto constitucional, de forma que amplíen el marco de protección. Esto permite que derechos que no se encuentran explícitamente reconocidos en el texto constitucional por la vía del Bloque sean tutelables de manera directa en Argentina.

Este aparte se dedicará al estudio de las características específicas del Bloque de Constitucionalidad de Argentina y sus efectos en el ordenamiento jurídico interno.

## 2.1. Características

- a. *Igualdad de rango de los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución*: La Constitución de Argentina no sólo reconoce la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que asimila los instrumentos internacionales de derechos humanos enunciados en el inciso 22 del artículo 75 a la Constitución misma<sup>24</sup>.
- b. *Enumeración de los instrumentos internacionales de derechos humanos que conforman el Bloque*: El constituyente argentino optó por enumerar una serie de Declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos en lugar de hacer una referencia general a los mismos, como en el caso del Bloque de Constitucionalidad colombiano<sup>25</sup>.
- c. *Apertura constitucional*: Tal lista no es rígida, pues según el párrafo 3, el Congreso puede elevar nuevos Tratados de derechos humanos a la jerarquía constitucional mediante mayoría calificada. Ejemplo de ello lo constituye la inclusión en el Bloque de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por ley 25.778 (2003)<sup>26</sup>.
- d. *Rigidez constitucional*: Los instrumentos de derechos humanos que tengan jerarquía constitucional pueden ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional únicamente con la previa autorización del Congreso, con lo que se impide que el Presidente por sí solo denuncie alguno de los Tratados incorporados al Bloque<sup>27</sup>. Esta rigidez normativa es una

---

<sup>23</sup> “En el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, que otorgó jerarquía constitucional a tratados internacionales, los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”. Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad. 27.12.1996.

<sup>24</sup> Contra esta postura mayoritaria de la Corte Suprema, puede citarse la disidencia del Dr. Augusto César Belluscio en el fallo Petric: “Los tratados internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional configuran normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución, que incluye los arts. 14 y 32 protectores de la libertad de prensa”. Petric, Domagoj Antonio c/ Diario Página 12. 16.04.1998.

<sup>25</sup> Constitución de Colombia, artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

<sup>26</sup> *Vid. Infra*, 3.2.3.

<sup>27</sup> “La rigidez constitucional de los tratados de derechos humanos ha sido sostenida en el sistema constitucional argentino, con base en el principio del paralelismo de competencias entre los poderes del Estado. Según este principio, las mismas voluntades que se requieren para celebrar, aprobar y ratificar un tratado deben estar



garantía contra eventuales intentos del ejecutivo por limitar el alcance del Bloque. Con todo, si se acepta la tesis de que los instrumentos del Bloque se incorporan a la Constitución, debería concluirse que la salida de normas del Bloque a través de la denuncia del ejecutivo y la aprobación del Congreso constituye una reforma constitucional. Esto significa que la Constitución consagra un procedimiento especial de reforma frente al establecido en el artículo 30<sup>28</sup>.

- e. *Armonía interna*: Según la Corte Suprema, los derechos reconocidos en la Constitución deben interpretarse armónicamente con los reconocidos en las Declaraciones y Tratados que hacen parte del Bloque<sup>29</sup>. Como ordena el inciso 22 del artículo 75, estos instrumentos no pueden interpretarse de manera que eliminen o reduzcan la esfera de protección constitucional, sino que deben interpretarse complementariamente, de modo que la concordancia entre los Tratados y la Constitución es un **juicio constituyente**<sup>30</sup>. Así mismo, los instrumentos internacionales que hacen parte del Bloque deben armonizarse entre sí, de manera que el Estado pueda responder adecuadamente a sus compromisos internacionales<sup>31</sup>. Esta característica del Bloque supera la posición de algún sector de la doctrina que sostenía la existencia de relaciones intrajerárquicas dentro del Bloque de Constitucionalidad<sup>32</sup>.

---

presentes para su denuncia. Es decir, si en la negociación, firma y ratificación del tratado interviene el Poder Ejecutivo, y en su aprobación interviene el Poder Legislativo; entonces en la autorización de la denuncia debe intervenir el Poder Legislativo y en la denuncia internacional, el Poder Ejecutivo”. Ayala Corao, Carlos M. Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos. En: <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Ayala-speech.pdf> Consultado el 02.11.2006.

<sup>28</sup> En Argentina la reforma constitucional es un procedimiento que se desarrolla en dos instancias: la primera, ante el Congreso Nacional para la aprobación de la necesidad de reforma; la segunda, ante la Convención Nacional Constituyente para la consideración y aprobación de la reforma propiamente dicha. Al respecto, el artículo 30 de la Constitución establece: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

<sup>29</sup> Por ejemplo, en el caso de la libertad de prensa la Corte explica que “[e]l alcance de la garantía constitucional de la libertad de prensa reconocido desde antiguo por la Corte coincide con el contenido de los tratados internacionales –posteriores– que regulan su ámbito y que hoy integran nuestros textos constitucionales”. Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario en autos: “Gorvein, Diego Rodolfo s/ querrela p/ calumnias e injurias c/ Amarilla, Juan H.” - expte. 797/93. 29.09.1998.

<sup>30</sup> “[E]l art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcrito, establece, en su última parte, que aquéllos ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos’. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer y contradecir. (...) [D]e ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir. [D]e tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución –entre ellas, el inc. 19 del art. 75– aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución”. Monges, Analía M c/Universidad de Buenos Aires. Sentencia del 26.12.1996; considerandos 20-22.

<sup>31</sup> “Las cláusulas constitucionales y las de los tratados internacionales de derechos humanos tienen la misma jerarquía, son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”. En: Brusa, Víctor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento. 11.12.2003 (Voto de los Dres. Antonio Boggiano y Adolfo Roberto Vázquez). Cfr. Alonso, Jorge Francisco s/ recurso de casación, causa No. 1813, del 19.09.2002 (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

<sup>32</sup> “Para una parte de la doctrina, en caso de conflicto entre la [Constitución Nacional] y los tratados constitucionalizados, debe prevalecer la primera. El problema habría sido resuelto de antemano por el propio constituyente al afirmar el carácter complementario de estos tratados y la imposibilidad de que pudieran derogar artículo alguno de la primera parte de la CN, es decir, la que establece los derechos y garantías de los individuos (artículos 1 a 43). Según este punto de vista, los tratados con jerarquía constitucional, aunque conforman el bloque de constitucionalidad, se ubican en un plano levemente inferior al de la CN. Se admite de este modo la posibilidad

## 2.2. Efectos jurídicos del Bloque

- a. *Aplicabilidad directa de los instrumentos internacionales que hacen parte del Bloque:* independientemente del carácter programático de algunas normas internacionales, los instrumentos que hacen parte del Bloque son directamente aplicables por los órganos de poder estatal en Argentina. Esto no desconoce que en muchos casos se requiere desarrollo legal para que las normas internacionales sean efectivas, pero esto no es un asunto que atañe a la operatividad de la norma sino al cumplimiento de las obligaciones estatales relativas a la adopción de medidas legislativas.
- b. *Inconstitucionalidad de las actuaciones estatales contrarias a los derechos reconocidos en el Bloque:* todo acto del poder público que desconozca, viole o amenace gravemente los derechos garantizados en los instrumentos que hacen parte del Bloque es inconstitucional. En caso de incompatibilidad entre un Tratado de derechos humanos y una ley o decreto, el operador jurídico debe aplicar el Tratado. La Constitución asigna además a la Corte Suprema el deber de salvaguardar la vigencia de la Constitución y de los instrumentos sobre derechos humanos que hacen parte del Bloque, así como el de velar por la buena fe que rige la actuación del Estado en el orden internacional para que se cumpla cabalmente con los compromisos asumidos en materia de derechos humanos<sup>33</sup>.
- c. *Expansión de la labor interpretativa de los jueces:* A la hora de aplicar la Constitución y garantizar su supremacía, los jueces no sólo deben tener en cuenta el texto constitucional sino además los instrumentos que hacen parte del Bloque. Esto es válido no sólo para el análisis sobre la constitucionalidad de las leyes, sino para toda la acción judicial ordinaria. El Bloque sirve como regla de interpretación y como instrumento para limitar la validez de las normas subordinadas que sean aplicables a un caso concreto.
- d. *Irradiación del poder normativo del Bloque a ordenamientos internos:* Las normas que integran el Bloque son fuentes de derecho no sólo para las autoridades públicas sino para todos los sujetos de derecho. Corresponde al Estado velar porque las normas internas sean acordes con el Bloque<sup>34</sup>.

---

de la existencia de relaciones intrajerárquicas dentro de un sistema de normas que revisten toda jerarquía constitucional.

Este punto de vista ha sido criticado por parte de la doctrina con el argumento de que no sería admisible la existencia de diferentes niveles de jerarquía dentro del mismo plano constitucional. La CN y los tratados constitucionalizados conforman un plexo indisoluble de derechos y garantías. La posibilidad de contradicción entre la CN y los tratados con jerarquía constitucional estaría excluida de antemano por la aplicación de la conocida regla de hermenéutica constitucional que exige una interpretación armónica". Malarino, *op. cit. nota 2*, p. 42.

<sup>33</sup> "A la Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional". Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93. 07.04.1995. *Vid.* además: Paris Video Home S.A. c/ Societa Per Azioni Commerciale Iniziative Spettacolo, Disidencia del Dr. Antonio Boggiano, 12.03.1996; D. de P. V., A. c/ O., C. H. s/ impugnación de paternidad, 01.11.1999; Felicetti, Roberto y otros (La Tablada), Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt, 21.12.2000.

<sup>34</sup> Esto ha sido materia de análisis de la Corte Suprema, *v. gr.* en el caso de los reglamentos universitarios: "Es el Estado Nacional el que ha de velar porque las normas internas -con inclusión de los estatutos universitarios como normas derivadas- no contradigan las disposiciones de los tratados internacionales con jerarquía constitucional". Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación de la Nación) formula observación estatutos UNC -art. 34 ley 24.521-. 27.05.1999.

- e. *Incorporación de los principios de interpretación del derecho internacional*: La Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido principios del derecho internacional de enorme importancia, como el principio *pro homine*, la interpretación de buena fe y el *pacta sunt servanda*, entre otros<sup>35</sup>.
- f. *Poder vinculante de las Declaraciones de Derechos Humanos incorporadas al Bloque*: El inciso 22 del artículo 75 de la Constitución reconoce jerarquía constitucional a dos Declaraciones: la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>36</sup> y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Esto representa un reconocimiento del elevado poder normativo que estos dos instrumentos han alcanzado internacionalmente a lo largo de las últimas décadas. Con ello, a pesar de haber tenido un procedimiento de elaboración diferente al de los Tratados, son tan vinculantes como éstos, por lo que su cumplimiento es obligatorio.
- g. *Protección ampliada del derecho a la igualdad*: Al incluir dentro del Bloque la Convención de Naciones Unidas sobre la Discriminación Racial, la Constitución ve complementado su artículo 16 sobre la igualdad formal ante la ley<sup>37</sup> con el moderno enfoque de la igualdad real de oportunidades y la consagración de medios concretos para lograrla<sup>38</sup>.
- h. *Constitucionalización de derechos consagrados en normas internacionales*: La reforma constitucional de 1994 permitió incorporar con jerarquía constitucional, como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Constitución de 1853-60, los derechos consagrados en los instrumentos que hacen parte del Bloque, tanto civiles y políticos (*v. gr.* el derecho a contraer matrimonio<sup>39</sup>), como derechos sociales (*v. gr.* el derecho a la salud<sup>40</sup>). En relación con éstos últimos, la Corte

<sup>35</sup> *Cfr.* Abregu, Martín. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción. En: Abregu y Courtis. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires: Del Puerto, 1997, p. 18 y ss.

<sup>36</sup> Aún si no hubiera sido incluida dentro del Bloque, la Declaración Universal de Derechos Humanos se considera parte de la legislación consuetudinaria internacional y de cumplimiento obligatorio para Argentina como Estado miembro de las Naciones Unidas.

<sup>37</sup> Constitución de Argentina, artículo 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

<sup>38</sup> Sobre los avances en las formulaciones de la igualdad con la reforma constitucional de 1994 y los alcances de la expresión “igualdad real de oportunidades” del art. 37, *vid.* Alice, Beatriz L. Acrecimiento de derechos y garantías y creación de órganos de control en la reforma constitucional de 1994 – Su influencia en el sistema democrático y republicano, pp. 35-56. En: Ekmekdjian, Miguel Ángel; Ferreyra, Raúl Gustavo (Coord). La Reforma Constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático. Buenos Aires: Depalma, 2000.

<sup>39</sup> El derecho a casarse se halla implícitamente comprendido en los artículos 33 y 19 de la Constitución argentina, como también en el artículo 20 (que reconoce a los extranjeros todos los derechos civiles del ciudadano, entre ellos, el de “casarse conforme a las leyes”). Sin embargo, con la reforma constitucional de 1994 este derecho se incorporó con jerarquía constitucional a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17.2). *Cfr.* Gabrielli, Mario Carlos c/ Estado Nacional s/ contencioso administrativo. 05.07.1996. Este pronunciamiento se basó en un caso relacionado con la obligación de los miembros de las fuerzas militares de solicitar autorización para contraer matrimonio.

<sup>40</sup> La Constitución de 1853-60 sólo tenía una referencia indirecta al derecho a la salud en el artículo 14bis, relativo a la seguridad social. La reforma constitucional de 1994 hizo expreso el derecho a la salud en el artículo 42, como parte de los derechos del consumidor. Pero son las normas internacionales de derechos humanos que hacen parte del Bloque las que reconocen *in extenso* este derecho. *Cfr.* Damsky, Isaac Augusto. La construcción del derecho a la salud en Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos, p. 161-206. En: Cienfuegos Salgado, David; Macías Vázquez, María Carmen (Coord). Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de

Suprema se ha tomado *los derechos sociales en serio*<sup>41</sup> y ha desarrollado una jurisprudencia progresista, especialmente en relación con el derecho a la salud, como lo evidencian los casos Campodónico<sup>42</sup> (sobre el factor de inminencia ante un grave peligro para la salud y la responsabilidad subsidiaria del Estado ante un eventual cese de cobertura), Monteserrín<sup>43</sup> (sobre la obligación estatal de mejorar la salud y la inoponibilidad de planteos de restricción presupuestaria ante el interés superior de los niños), Asociación Benghalensis<sup>44</sup> (sobre la obligación estatal de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos a los enfermos de HIV/SIDA registrados en los hospitales), Hospital Británico<sup>45</sup> (sobre los compromisos sociales de las entidades de medicina prepaga), y Reynoso<sup>46</sup> (sobre el derecho a la salud en conexidad con el derecho a una vida digna), entre otros. En estos fallos la Corte desarrolla el carácter vinculante de los instrumentos internacionales que hacen parte del Bloque y que se refieren a la protección de la salud.

- i. *Constitucionalización de los Derechos Humanos de sujetos específicos*: Al incorporar al Bloque las Convenciones sobre la discriminación de la mujer y sobre los derechos del niño, el constituyente de 1994 estableció una protección más amplia e integral sobre estos sujetos, cubriendo el vacío que al respecto existía en el texto constitucional de 1853. Esto ha tenido expresiones concretas en la jurisprudencia de la Corte Suprema, *v. gr.* en relación con el derecho a la intimidad de los niños<sup>47</sup> y el concepto de “interés superior del niño”<sup>48</sup> y en la aprobación de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de

Alba Medrano: Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2006. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2252/10.pdf> Consultado el 19.11.2006.

<sup>41</sup> *Cfr.* Dworkin, Ronald. Taking Rights Seriously, 1977.

<sup>42</sup> *Cfr.* Campodónico de Beviacqua Ana c/ Min. Salud – Sec. Programa de Salud y Bco. de Drogas Neoplásicas, Fallos 323:3235, 24.10.2000. El caso se basó en el peligro inminente que corría un menor ante la cesación del suministro gratuito de un medicamento indispensable para tratar un padecimiento grave en la médula ósea. Previamente, la Corte Suprema había abordado el problema del peligro inminente en un *obiter dictum* sobre el resguardo del interés superior de la salud de los niños y la obligación estatal de asumir el gasto de salud como inversión prioritaria, *cfr.* Policlínica Privada c/ Municipalidad de Buenos Aires. Fallos 321:1684, 11.06.1998. En idéntico sentido, *cfr.* Mestres, Luis María c/ Instituto Obra Social de la Provincia de Corrientes, 14.09.2004.

<sup>43</sup> *Cfr.* Monteserrín Marcelino c/ Estado Nacional –M.S. y A.S. Fallos 324:3571, 16.10.2001. En este caso, la autoridad pública se negaba a prestar los servicios necesarios para mejorar la vida de un niño con parálisis cerebral que carecía de cobertura de obra social. *Vid.* además: Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo. 11.07.2006. En sentido similar, pero en el caso de un adulto, véase: Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo. 20.12.2005.

<sup>44</sup> *Cfr.* Asociación Benghalensis c/ Estado Nacional –M.S. y A.S. s/ amparo 16.986. Fallos 323:1323, 01.06.2000. En relación con el derecho a la salud colectiva puede también consultarse: Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar. 18.12.2003.

<sup>45</sup> *Cfr.* Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional –M.S. y A.S. Fallos 324:754, 13.03.2001. En este fallo, la Corte defendió la constitucionalidad de la ley 24.754, que obligaba a las empresas de medicina prepaga a proveer en sus coberturas las “prestaciones obligatorias” dispuestas para las obras sociales. El fallo se sustentó en la jerarquía constitucional de la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para la prevención y el tratamiento de las enfermedades, epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole (art. 12.2.c del PIDESC).

<sup>46</sup> Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo. 16.05.2006. En este caso, la Corte reconoce que se suministre con cobertura total a una mujer de escasos recursos que padece de diabetes, además de insulina, jeringas descartables y pañales descartables, en tanto son “absolutamente indispensables [para] continuar con una vida mínimamente digna”.

<sup>47</sup> *Cfr.* Comité de Seguimiento y Aplicación de los Derechos del Niño en la Argentina s/ amparo. 26.08.2003. Sobre el tema, véase: Angel Basilico, Ricardo. El Respeto a la Intimidad del Niño Víctima de Delito como Garantía. En: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Basilico1.pdf> Consultado el 21.11.2006.

<sup>48</sup> “La consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño -art. 3º.1- impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país esta (sic) vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental)”. S., C. s/ adopción. 02.08.2005. *Vid.* además el artículo 3 de la Ley 26.061.

Niños, Niñas y Adolescentes<sup>49</sup>, que adopta el enfoque de “sujetos de derechos” de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>50</sup>. De este modo, estas Convenciones se han ido convirtiendo –lentamente– en el marco mínimo de los derechos de la mujer y el niño, tanto en la legislación como en las políticas públicas<sup>51</sup>.

- j. *Modificación de competencias en el orden interno*: En un Estado federal como Argentina, las normas provinciales que se arrojen competencias que corresponden al nivel nacional –según los Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos que hacen parte del Bloque– son inconstitucionales y pueden eventualmente comprometer la responsabilidad del Estado<sup>52</sup>.
- k. *Inclusión de nuevos tipos penales y reforzamiento de los existentes*: La jerarquía constitucional otorgada a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y a la Convención contra el Genocidio tiene una relevancia jurídica fundamental, debido a la experiencia histórica de Argentina durante el período de la última dictadura. Con la inclusión de estos instrumentos en el Bloque de Constitucionalidad Argentina no sólo fortalece la lucha contra la tortura, sino que incorpora la figura de los crímenes de lesa humanidad (no contemplada en la ley penal).
- l. *Reconocimiento del derecho de petición individual ante órganos internacionales y habilitación de la jurisdicción internacional de los Derechos Humanos*: La inclusión en el Bloque de Constitucionalidad del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene el efecto jurídico de reconocer la jerarquía constitucional del derecho de petición individual ante las Naciones Unidas. Este derecho tiene también jerarquía constitucional en relación con los demás instrumentos que hacen parte del Bloque cuando éstos establezcan órganos y mecanismos internacionales de protección de los derechos que consagran, *v. gr.* la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>53</sup>. Este caso en particular se analizará a continuación en detalle.

<sup>49</sup> Esta ley, sancionada en septiembre de 2005, representa un avance fundamental para la protección efectiva de los niños y niñas en Argentina. Hasta entonces mantenía su vigencia la Ley 10.903 de Patronato de Menores (sancionada en 1919), cuyo enfoque (el niño como objeto pasivo de intervención estatal) e instrumentos (*v. gr.* la disposición tutelar, esto es, el encierro de menores que viven en situación de pobreza) eran incompatibles con la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue ratificada por Argentina (ley 23.849) ya desde 1990.

<sup>50</sup> La dificultad para lograr que la Convención sobre los Derechos del Niño tuviera aplicación efectiva en el ordenamiento interno argentino –a pesar de su jerarquía constitucional– se evidencia con el artículo 2 de la ley en comento: “La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad (...) Los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”.

<sup>51</sup> “Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado, y el reconocimiento de estos derechos constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica”. Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa N° 1174-. 07.12.2005. *Vid.* además el artículo 4 de la Ley 26.061.

<sup>52</sup> *Cfr.* Ferrer de Leonard, Josefina y otros c/ Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo. 12.08.2003

<sup>53</sup> “La obligatoriedad de las decisiones tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana ha venido siendo reconocida expresamente por las propias altas jurisdicciones latinoamericanas, particularmente en casos relativos a Argentina, Costa Rica y Colombia. En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya en 1992 -antes de la reforma del 94 que constitucionalizó tratados sobre derechos humanos- ha venido sentando ese criterio al indicar: ‘Que la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, artículo 1)’”. Ayala Corao, *op. cit.* nota 277.

### 2.3. El carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana

Debido a la trascendencia que el último efecto mencionado tiene para el análisis del tema a desarrollar en este trabajo, es importante profundizar acerca de la recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos por la Corte Suprema de Argentina. Como ya se mencionó, según la Corte Suprema de Argentina, la expresión “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75 inciso 22 significa que los instrumentos de derechos humanos incorporados al Bloque deben ser aplicados según la jurisprudencia de los tribunales internacionales y demás órganos competentes para su interpretación. Esto significa que la Corte debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como órgano que fija las pautas interpretativas de la Convención Americana y demás instrumentos de derechos humanos del sistema interamericano. Así lo estableció la Corte desde el Fallo “Giroldi” (1995):

*[L]a ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre derechos Humanos (considerando 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2° párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.*

*De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2° ley 23.054)<sup>54</sup>.*

Ha sido en cambio más debatida en la jurisprudencia argentina la posibilidad de otorgar un tratamiento semejante a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el Fallo “Bramajo”, la Corte consideró que las opiniones de la Comisión debían servir de guía para la interpretación de los instrumentos interamericanos:

*[L]a “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecido (sic) por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2°) esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.*

*De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todo los caso relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2° de la ley 23.054 (confr. doctrina de la causa G:342.XXVI, “Giroldi, Horacio D. Y otros s/ recurso de casación”, sentencia del 7 de abril de 1995)<sup>55</sup>.*

<sup>54</sup> Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación -causa No. 32/93. 07.04.1995, considerando 11.

<sup>55</sup> Bramajo, H.J. s/rec. de hecho. 12.9.1996, considerando 8. En opinión de Sagüés, esta postura es “por cierto encomiable desde el punto de vista de la adaptación de los tribunales argentinos a organismos supranacionales, pero discutible en virtud de que la referida Comisión no es un Tribunal, ni sus decisiones obligan a la Corte Interamericana, que bien puede diferir de las conclusiones de la Comisión”. Sagüés, Néstor Pedro. Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica. En: Ius et Praxis - año/vol. 9, número 001. Universidad de Talca, Chile, pp. 205-221. <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19790111.pdf> Consultado el 02.11.2006.

Sin embargo, en fallos posteriores, la Corte Suprema ha relativizado su postura. Por ejemplo, en los fallos “Acosta”<sup>56</sup> y “Felicetti”<sup>57</sup> la Corte sostuvo que si bien la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de los instrumentos que hacen parte del Bloque debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, en relación a las recomendaciones de la Comisión Interamericana el principio de buena fe (que obliga al Estado argentino a realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión) no supone un deber de los jueces de dar cumplimiento a su contenido, pues no se trata de decisiones vinculantes para el poder judicial. Por lo tanto, las recomendaciones de la Comisión Interamericana no pueden constituir motivo de revisión de las resoluciones judiciales porque esto afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales.

Nestor Pedro Sagüés<sup>58</sup> concluye, a la luz del desarrollo jurisprudencial argentino, que:

1. Para y dentro de un caso concreto, el Estado nacional está obligado, si se trata de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cumplirla lealmente, atento a lo previsto por los arts. 67 y 68 del Pacto de San José de Costa Rica. Corresponde a los tribunales domésticos realizar siempre, y hasta agotar todas las instancias, una interpretación armonizante o adaptadora entre las reglas del Pacto de San José de Costa Rica y la Constitución nacional.
2. También para un caso concreto, el Estado nacional (y sus tribunales) tienen que realizar los mejores esfuerzos para cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y atender a las mismas. Sin embargo, las recomendaciones de la Comisión no tienen vigor de cosa juzgada, e incluso pueden no ser compartidas por la Corte Interamericana.
3. Para casos distintos a aquel donde la Corte Interamericana o la Comisión Interamericana vertieron su opinión consultiva, sentencia o recomendación, su criterio es relevante y no puede ser ignorado por los jueces nacionales, de modo que en principio debe seguirse por éstos.
4. Tal relevancia es notoriamente superior respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en razón a que dicta sentencias definitivas.
5. Los tribunales locales estarían habilitados a apartarse de la jurisprudencia interamericana, pero solo “ante raras, muy especiales, graves y extraordinarias circunstancias que justificasen la excepcionalidad de tal no seguimiento”<sup>59</sup>.

El tercer aparte de este texto se dedicará particularmente al estudio de los efectos jurídicos de la consagración del Bloque de Constitucionalidad en Argentina, tomando como centro de análisis la lucha contra la impunidad ante delitos de lesa humanidad.

---

<sup>56</sup> Acosta, sentencia de 22.12.1998, Fallos 321:3555.

<sup>57</sup> Felicetti, sentencia de 21.12.2000, Fallos 323:4130.

<sup>58</sup> Sagüés, *op. cit.* nota 55, pp. 215-216.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 216.

### 3. La Justiciabilidad de los delitos del derecho penal internacional a través del Bloque de Constitucionalidad

En el año de 1983, la dictadura militar argentina expidió una ley de amnistía, intentando de este modo evitar que sus crímenes (entre los que se cuentan torturas, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales) fueran conocidos por la justicia. Esta ley fue anulada ese mismo año por el gobierno civil que restauró la democracia, y se dio inicio al juzgamiento de nueve comandantes militares por violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, estos procesos quedaron frustrados con la expedición de las Leyes de Punto Final (ley 23.492 de 1986<sup>60</sup>) y de Obediencia Debida (ley 23.521 de 1987<sup>61</sup>). Adicionalmente, entre 1989 y 1990 el gobierno de Menem concedió indultos a militares implicados en crímenes de lesa humanidad<sup>62</sup>. Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida fueron derogadas en marzo de 1998, pero la derogación no tuvo efectos reales en relación con los responsables por los crímenes durante la dictadura, dado que se interpretó como carente de efectos retroactivos.

Durante años, los intentos por llevar ante los estrados judiciales a los responsables por las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura fueron obstaculizados a través de estas medidas. Sin embargo, fue precisamente uno de los resquicios de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida el que permitió a las víctimas obtener las primeras victorias judiciales. Debido a que en esas leyes y en los indultos estaba excluido el delito de sustracción y ocultamiento de menores y la sustitución de su estado civil<sup>63</sup>, las víctimas dirigieron su estrategia hacia la persecución de los militares implicados en los cerca de 200 casos reportados de niños desaparecidos durante la dictadura o nacidos en cautiverio. Es así como la Cámara Federal ordenó la detención preventiva de Jorge Videla y Emilio Massera en septiembre de 1999. Sin embargo, la estrategia era limitada, dado que no superaba la impunidad sobre otros crímenes de lesa humanidad y los responsables de estos actos seguían libres. De ahí que las víctimas se apoyaran cada vez con más fuerza en el derecho internacional y particularmente en el derecho interamericano de los derechos humanos. En este aparte se expondrá cómo la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad al Bloque de Constitucionalidad, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido instrumentos esenciales para la superación de la impunidad en el derecho interno argentino.

<sup>60</sup> La Ley 23.492 fijó un plazo de 60 días para la apertura de nuevas actuaciones judiciales contra miembros de las fuerzas armadas, policía o servicios penitenciarios por crímenes cometidos durante la dictadura; una vez cumplido tal plazo, se consideraba extinguida la acción penal.

<sup>61</sup> La Ley 23.521 creó la presunción irrefragable, a favor del personal militar que cometió crímenes durante la dictadura, de haber actuado en virtud del deber de obediencia, eximiéndole así de su responsabilidad penal. Según el tenor literal del artículo 1, “[s]e presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la ley N° 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes. En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de ordenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad”.

<sup>62</sup> Mediante el Decreto Presidencial de Indulto, N° 1002, del 7 de octubre de 1989, se operó el “desprocesamiento” de personas enjuiciadas por violaciones a los derechos humanos que no se habían beneficiado por las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.

<sup>63</sup> El artículo 2 de la Ley 23.521 establecía: “La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extensiva de inmuebles”.



### 3.1. La situación previa a la consagración del Bloque de Constitucionalidad

#### 3.1.1. El fallo “Camps”: la declaratoria de constitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida

El 4 de junio de 1987 fue sancionada la Ley 23.521 de Obediencia Debida. Dos semanas después, la Corte Suprema de Justicia convalidó esta norma al fallar en el caso “Camps”<sup>64</sup>. Las razones expuestas por el tribunal pueden resumirse en los siguientes puntos:

1. *Inexistencia de violación del derecho a la igualdad*: Los querellantes afirmaban que la Ley de Obediencia Debida representaba una violación de la igualdad ante la ley por restringir y nulificar los derechos que el sistema constitucional reconoce a las víctimas de delitos, y beneficiar y privilegiar a los victimarios, excluyéndose de la punibilidad ciertos delitos. Para la Corte, tal violación no se produce ya que no se puede inferir que se genera impunidad de la circunstancia de fijar sólo la responsabilidad de la comisión de los delitos en la persona del superior que dio la orden a través de la cual dichos delitos se consumaron, pues lo que la ley hace es sólo impedir la extensión de esa responsabilidad a quienes en razón de la obediencia debida están eximidos de ella.
2. *Excepcionalidad de la declaración de inconstitucionalidad*: La declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional, que debe ser considerada *ultima ratio* del orden jurídico.
3. *Incompetencia del Poder Judicial para fallar sobre el acierto o error de las decisiones políticas del legislador*: La declaración de inconstitucionalidad no puede basarse en apreciaciones acerca del mérito o conveniencia de las leyes, pues no corresponde a los tribunales de justicia sino al Congreso considerar tales aspectos<sup>65</sup>.
4. *Respeto del principio de división de poderes*: no incumbe al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones de los otros poderes del Estado; incluso es su obligación coadyuvar en su legítima gestión<sup>66</sup>.
5. *Respeto de las facultades del legislativo para modificar la política criminal del Estado*: La Constitución le otorga al Congreso amplias potestades en cuanto a introducir cambios en las leyes, y ya que está autorizado a dictar el Código Penal (artículo 67, inc. 11 de la Constitución), le está atribuido declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer o suprimir penas. Por lo anterior, el Congreso puede, válidamente, como lo hace en el artículo 1º de la ley 23.521, establecer la no punición de determinados hechos delictivos.
6. *Generalidad de la amnistía*: Aún si se interpretara que la Ley de Obediencia Debida fue dictada en ejercicio de la facultad del legislador de conceder amnistías (según el artículo 67, inc. 17 de la Constitución), la condición de que la misma se haga de manera generalizada se satisface debido a que las normas se extienden a todos los individuos que

---

<sup>64</sup> Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional; Camps, Ramón Juan Alberto y otros. Fallos: 310:1162. 22.06.1987.

<sup>65</sup> Cfr. Voto de Juan Octavio Gauna.

<sup>66</sup> En el voto de los jueces Caballero y Belluscio se resume esta idea: “La misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes. Esto es especialmente así cuando el Congreso de la Nación ejerce su elevada facultad de lograr la coordinación necesaria entre los distintos intereses, de modo que prevalezca el de la comunidad toda”.

se encuentran en idéntica situación, esto es, todos los que han poseído los grados que señala o desempeñado las funciones que la ley describe<sup>67</sup>.

7. *Interpretación constitucional con atención a la realidad viviente de cada época:* La Constitución es un legado de sacrificios y glorias, cuya interpretación no puede desentenderse de la realidad viviente de cada época, por desgarradora que ella haya sido. Esto no significa que se destruyan las bases en que ella se sostiene, sino defenderlas en el orden superior de su perdurabilidad. Mientras la Constitución rija, será el legislador quien decida acerca de la conveniencia de los remedios que se adopten ante esas realidades, por lo que no corresponde al poder judicial “enervar el ejercicio que aquél ha hecho de tan pesado deber”<sup>68</sup>.

Es interesante en este punto citar el voto disidente del juez Petracchi, quien luego de defender la incompatibilidad entre la obediencia ciega y la Constitución argentina, analiza la importancia hermenéutica y el carácter vinculante de la Convención de la ONU contra la Tortura para el caso:

*Que cabe a esta Corte adoptar una interpretación de la obediencia militar que, en el mismo orden de ideas expresadas, se adecue a los compromisos internacionales contraídos por el Estado Argentino.*

*Al respecto, debe recordarse que la ley 23.338, sancionada el 30 de julio de 1986, promulgada el 19 de agosto de ese año y publicada en el Boletín Oficial del 26 de febrero de 1987 ha aprobado la Convención contra las torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 y firmada por el gobierno argentino el 4 de febrero de 1985.*

*El instrumento ratificatorio fue firmado por el Presidente de la Nación el 2 de setiembre de 1986 y depositado en la sede de las Naciones Unidas el día 24 del mismo mes y año, según el informe que consta en la Secretaría del Tribunal.*

*Este Tratado no parece formar, todavía, directamente parte de nuestro derecho interno, pues de las veinte ratificaciones requeribles por su art. 27, según las informaciones de la Cancillería Argentina, se han producido diecinueve. Sin embargo, la Convención aludida tiene plenos efectos en cuanto a la creación de responsabilidad internacional para el estado argentino en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, cuyo art. 18 dispone, en lo pertinente, que “Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustraren el objeto y el fin de un tratado:*

*Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en lo tratado; o*

*Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente”.*

*El artículo 2º de la Convención [contra la Tortura] establece que “1.- Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces*

---

<sup>67</sup> Cfr. Voto de Carlos S. Fayt.

<sup>68</sup> *Ibid*, considerando 14. En disidencia, cfr. los votos de los jueces Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué.

*para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. 2.- En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. 3.- No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”<sup>69</sup>.*

El fallo “Camps” fue utilizado por los jueces y la propia Corte Suprema como fundamento para resolver sobre causas similares. Por ejemplo, en el fallo “ESMA”<sup>70</sup>, la Corte Suprema se remitió a lo que había decidido en la causa “Camps”, y sostuvo además que ese criterio no se veía afectado por la aprobación de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Según la Corte, si se entendiera que el artículo 2 de esta Convención excluye de la legislación penal argentina la eximente de obediencia debida en el caso del delito de tortura, esa norma *ex post facto* vendría a modificar la legislación interna y resultaría más gravosa. Esto se entiende en el contexto de la línea jurisprudencial de la Corte sobre jerarquía normativa previa a 1992, que resolvía conflictos entre leyes y Tratados internacionales por el principio *lex posterior derogat legi priori*. Empero, la Corte Suprema consideró que el artículo 2 de la Convención es inaplicable a los casos relacionados con delitos cometidos durante la dictadura, por la inexcusable aplicación del principio de ley penal más benigna (consagrado en el art. 2 del Código Penal argentino).

El momento histórico que vivía Argentina en 1987 puede en parte explicar el que la Corte haya declarado la constitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida, pese a su inconstitucionalidad manifiesta, en tanto se impedía al poder judicial cumplir con su obligación constitucional de juzgar y se desconocía abiertamente la garantía individual de acudir ante los tribunales<sup>71</sup>. A pesar de los sustentados argumentos de los jueces Petracchi y Bacqué, la Corte decidió desatender la normatividad internacional, con la cual se habrían llegado a conclusiones diametralmente opuestas. El fallo muestra a una Corte interesada en distanciarse de las decisiones del Ejecutivo y el Legislativo en torno a los crímenes de la dictadura, más preocupada en respetar la decisión política expresada en la Ley de Obediencia Debida que en atender las razones jurídicas que hacen inviable la amnistía de delitos de lesa humanidad como la tortura o las desapariciones forzadas. Este conflicto es evidente en numerosos pasajes del fallo, particularmente en los votos disidentes<sup>72</sup>.

### **3.1.2. El desconocimiento de la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Poco después de la declaratoria de constitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida, se elevaron diversas peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el gobierno de la República Argentina, en las que se denunciaba que la sanción de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, y su aplicación por el poder judicial, violaban, entre otros,

<sup>69</sup> Voto en disidencia del Juez Enrique Santiago Petracchi, considerando 12.

<sup>70</sup> *Cfr.* ESMA. Hechos que se denunciaron como ocurridos en el ámbito de la “Escuela de Mecánica de la Armada”, 29.03.1988 - causa No. 761.

<sup>71</sup> *Cfr.* Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional; Camps, Ramón Juan Alberto y otros. Fallos: 310:1162. 22.06.1987. Voto en disidencia del Juez Jorge Antonio Bacqué, considerando 11.

<sup>72</sup> Por ejemplo, cuando el juez Bacqué afirma: “la clara formulación del art. 18 de la Constitución Nacional que en su parte pertinente establece: ‘...quedan abolidos para siempre...toda especie de tormento y los azotes...’, también constituye una valla infranqueable para la validez de la ley bajo examen. Este mandato constitucional forma parte de las convicciones éticas fundamentales de toda comunidad civilizada, que no puede permitir la impunidad de conductas atroces y aberrantes, como lo es la tortura”. *Ibid.*, considerando 13.

el derecho de protección judicial (Art. 25) y las garantías judiciales (Art. 8) consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En su defensa, el gobierno argentino sostuvo que las alegadas violaciones ocurrieron antes de la ratificación de la Convención, por lo que eran inadmisibles *ratione temporis*. Por otra parte, el gobierno aseguró haber realizado una exhaustiva investigación oficial y haber condenado a los ex-líderes militares. Finalmente, si bien reconoció que la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagran derechos, reservan su aplicación a las cortes nacionales.

La Comisión, en su Informe de 1992<sup>73</sup>, consideró que las peticiones sí eran admisibles, en tanto que no existen recursos internos idóneos y eficaces para lograr la anulación de las medidas cuestionadas, pues la Corte Suprema argentina desestimó los recursos de inconstitucionalidad planteados. En relación con la defensa del gobierno acerca de la inadmisibilidad *ratione temporis*, la Comisión explicó que si bien las violaciones a los derechos humanos (desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas y privaciones ilegítimas de la libertad) acontecieron en su mayoría entre 1976 y 1983, la entrada en vigor de la Convención Americana para la República Argentina tuvo lugar el 5 de septiembre de 1984, con el depósito del instrumento de ratificación de la Convención. Las leyes en comento fueron promulgadas en 1986 y 1987, así como el Decreto Presidencial N° 1002 en 1989, esto es, cuando la Convención ya se hallaba en vigor para el Estado argentino. En consecuencia, el gobierno no puede alegar que las denuncias se relacionan con hechos acaecidos con anterioridad a la ratificación de la Convención, porque la violación objeto de denuncia consiste en la privación del derecho a la protección y a garantías judiciales por la paralización de la investigación judicial con motivo de las Leyes y Decreto mencionados.

En cuanto al fondo, la Comisión denunció como incompatible con la Convención la violación de las garantías judiciales (art. 8) y del derecho de protección judicial (art. 25), así como el incumplimiento de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos (art. 1.1). La Comisión sostuvo su postura bajo estos argumentos:

1. *Con respecto a las garantías judiciales (art. 8 de la Convención Americana)*: El derecho de los peticionarios a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos –garantizado por la Constitución y la legislación interna argentina– se vio vulnerado con las leyes y el decreto cuestionados<sup>74</sup>. Debido a que este derecho adquirió protección internacional mediante la posterior ratificación de la Convención, **no es posible abrogarlo absolutamente mediante la promulgación ulterior de una ley especial**, sin violar la Convención y la Declaración Americana. Por lo tanto, con la sanción y aplicación de las leyes y el decreto, Argentina faltó a su obligación de

---

<sup>73</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), de 2 de octubre de 1992.

<sup>74</sup> “El efecto de la sanción de las Leyes y el Decreto fue el de extinguir los enjuiciamientos pendientes contra los responsables por pasadas violaciones de derechos humanos. Con dichas medidas, se cerró toda posibilidad jurídica de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados; identificar a sus autores, cómplices y encubridores; e imponer las sanciones penales correspondientes. Los peticionarios, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos. Lo que se denuncia como incompatible con la Convención son las consecuencias jurídicas de las Leyes y el Decreto respecto del derecho a garantías judiciales de las víctimas. Unos de los efectos de las medidas cuestionadas fue el de enervar el derecho de la víctima a demandar en la jurisdicción criminal a los responsables de las violaciones a los derechos humanos. En efecto, en buena parte de los sistemas penales de América Latina existe el derecho de la víctima o su representante a querellar en el juicio penal. En consecuencia, el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal”. *Ibid.*, párrafos 32-34.

garantizar los derechos a que se refiere el artículo 8.1, vulneró esos derechos y violó la Convención.

2. *Con respecto al derecho a la protección judicial (art. 25 de la Convención Americana):* Con la aprobación de las leyes y el decreto, Argentina faltó a la obligación de garantizar los derechos consagrados en el artículo 25.1 y violó la Convención<sup>75</sup>.
3. *Con respecto a la obligación de investigar (art. 1.1. de la Convención Americana):* Citando jurisprudencia de la Corte Interamericana, la Comisión sostuvo que cuando el Estado actúa de modo que las violaciones a los derechos humanos quedan impunes se genera incumplimiento del deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos a las personas sujetas a su jurisdicción. Por lo tanto, con las leyes y el decreto bajo estudio, el Estado argentino faltó al cumplimiento de la obligación que emana del art. 1.1.

Pese a la contundencia de este Informe, la débil receptividad de la jurisprudencia del sistema interamericano en el ordenamiento jurídico interno argentino evitó que sus efectos fueran más influyentes. No obstante, puso en relieve la dimensión del problema y la importancia de aumentar la receptividad del derecho internacional. En el Congreso se dieron los primeros pasos para abrir el camino hacia una reforma constitucional y legislativa y en la Corte Suprema se dio un vuelco sustancial a la línea jurisprudencial relacionada con la jerarquía normativa, como se vio en la primera parte de este escrito.

### **3.2. Transformaciones del derecho constitucional argentino tras la consagración del Bloque de Constitucionalidad en relación con los crímenes internacionales**

Como lo explica Ayala Corao<sup>76</sup>, los Estados han acudido generalmente a tres mecanismos básicos para lograr la impunidad de sus agentes involucrados en violaciones de derechos humanos: las leyes de autoamnistías, los indultos presidenciales, y la aplicación de la figura jurídica de la prescripción de las acciones penales. Las dos primeras representan un obstáculo estructural o institucional en el derecho interno de los Estados, que impide a las víctimas la realización de sus derechos a la justicia, verdad y reparación. En estos casos, el sistema interamericano se convierte en el nivel jurisdiccional más apropiado para la lucha contra la impunidad.

El tercer mecanismo es más sutil: consiste en la configuración de la impunidad como consecuencia del transcurso del tiempo sin que el Estado cumpla con su obligación de investigar y sancionar a los responsables de los crímenes contra los derechos humanos. El remedio que el derecho internacional de los derechos humanos ha ofrecido es el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los delitos internacionales, los crímenes de guerra y los delitos graves contra los derechos humanos. En principio, al prescribir las acciones penales se tienen por agotadas las instancias nacionales y por lo tanto los peticionarios podrían acudir ante la Corte Interamericana alegando el incumplimiento estatal de sus obligaciones internacionales. Con todo, en este punto se ha avanzado a nivel nacional gracias a la mayor receptividad de los instrumentos internacionales a nivel interno, con lo que la jurisdicción nacional ha ganado mayor protagonismo. Esto se debe en gran parte a que varios Estados

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, párrafo 39.

<sup>76</sup> *Cfr.* Ayala Corao, Carlos M. La recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional. En: <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Ayala-writing.pdf> Consultado el 04.11.2006.

latinoamericanos han ratificado las Convenciones relacionadas con estos delitos y la imprescriptibilidad de los mismos. En el caso argentino, estos Tratados no sólo han sido incorporados al ordenamiento jurídico interno, sino que incluso algunos han sido elevados al Bloque de constitucionalidad, lo que refuerza aún más el poder vinculante de estos instrumentos y sus efectos jurídicos.

En este orden de ideas, el siguiente acápite abordará en primer lugar la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación con las leyes de autoamnistías y su recepción en Argentina; posteriormente se presentará la elevación en el Bloque de Constitucionalidad de algunas Convenciones sobre delitos internacionales y su imprescriptibilidad.

### **3.2.1. Las Leyes de autoamnistía a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Como se ha visto, en virtud del inciso 22 del artículo 75, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Internacional contra el Genocidio adquirieron a partir de 1994 jerarquía constitucional en Argentina, lo que significa, entre otras cosas, que:

- a. Tienen igualdad de rango con la Constitución, por lo que tienen supremacía sobre las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico interno
- b. Se interpretan de manera armónica y complementaria con los derechos reconocidos en la Constitución
- c. Son de aplicación directa por parte de las autoridades estatales
- d. Es **inconstitucional** toda actuación estatal contraria a los derechos reconocidos en ellas
- e. Sirven a los jueces como regla de interpretación y como instrumento para limitar la validez de las normas subordinadas en casos concretos

El cambio de postura de la Corte Suprema a partir de 1992 sobre la jerarquía normativa en Argentina y la consagración del Bloque de Constitucionalidad llevaron a los jueces a replantear la jurisprudencia relacionada con las leyes de autoamnistía (las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida), teniendo en cuenta que ahora los Tratados internacionales de derechos humanos debían ser considerados a la hora de analizar la constitucionalidad de esas leyes. Pero el proceso no fue inmediato ni libre de obstáculos políticos y jurídicos. También dependió en gran parte de la acción cada vez más decidida de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos.

Como se analizó previamente, a pesar del pronunciamiento de la Comisión Interamericana, no hubo cambios sustanciales que respondieran a las recomendaciones del organismo. Pronunciamientos posteriores relacionados con casos provenientes de diversos países latinoamericanos confirmaron la incompatibilidad de las leyes de autoamnistía con el artículo XVIII (Derecho de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los artículos 1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Cfr. entre otros: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 26/92, caso 10.287 masacre de las Hojas (el Salvador), 24 de septiembre de 1992; Informe N° 36/96, Caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996; Informe N° 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 (Chile), 15 de octubre de 1996; Informe N° 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chile), 7 de abril de 1998; Informe N 136/99, Caso 10.488 Ignacio Ellacuría S.J. y otros (El Salvador), 22 de diciembre de 1999; Informe N° 1/99, Caso 10.480 lucio Parada Cea y otros (El Salvador), 27 de enero de 1999.

Pero debido a que los informes de la Comisión –según la jurisprudencia de la Corte Suprema prevalente a partir de 1998– no son vinculantes para el poder judicial ni pueden constituir motivo de revisión de las resoluciones judiciales<sup>78</sup>, tendría que pronunciarse la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que los jueces argentinos declararan la inconstitucionalidad de las leyes de autoamnistía en procesos judiciales concretos.

Basada en una ley de autoamnistía peruana, en 2001<sup>79</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró su posición respecto de la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana, advirtiendo que:

1. Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos.
2. Las leyes de amnistía impiden que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes sean oídas por un juez, (artículo 8.1 de la Convención).
3. Las leyes de amnistía violan el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención.
4. Las leyes de amnistía impiden la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, por lo que se incumple el artículo 1.1 de la Convención.
5. La adopción de leyes de autoamnistía genera incumplimiento de la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2<sup>80</sup>.
6. Ante la incompatibilidad manifiesta entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana, **tales leyes carecen de efectos jurídicos** y no pueden seguir siendo un obstáculo para la investigación de los hechos ni para la identificación y el castigo de los responsables; tampoco pueden ser obstáculo para la investigación de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acaecidos en el país.

---

<sup>78</sup> *Vid. Supra*, 2.3.

<sup>79</sup> Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, No. 75, párrafos 41-44. Esta posición es respetuosa de la línea jurisprudencial defendida por la Corte Interamericana desde el caso “Velásquez Rodríguez” (1988), donde sostuvo que en virtud del art. 1.1 de la Convención Americana los Estados partes están obligados a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención; en su sentencia de fondo en el caso “Paniagua Morales” (1998) la Corte había establecido que los Estados partes tienen la obligación de combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles ya que ella propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares; además, en la sentencia de reparaciones del caso “Loayza Tamayo” (1998), la Corte ya había advertido que las leyes de autoamnistía vulneraban el derecho de acceso a la justicia de las víctimas.

<sup>80</sup> “La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”. Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, No. 75, párrafo 33.

### 3.2.2. La recepción del fallo “Barrios Altos” en Argentina

Debido a la existencia del Bloque, la Corte Suprema ha reconocido que el criterio expuesto por la Corte Interamericana es relevante y no puede ser ignorado por los jueces argentinos<sup>81</sup>. La fuerza normativa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se vio reforzada posteriormente con la Sentencia Interpretativa del 3 de septiembre de 2001, derivada de una consulta efectuada por la Comisión Interamericana acerca del alcance real del fallo Barrios Altos<sup>82</sup>. La Corte explicó que, debido a la naturaleza de la violación producida por las leyes de amnistía, lo resuelto en “Barrios Altos” tiene efectos generales, es decir, no solo se aplica a ese caso sino a todos los demás casos que guarden semejanza con él<sup>83</sup>. De modo que correspondía a los fiscales y jueces iniciar la investigación y juzgamiento de todos los militares amparados por las leyes de autoamnistía. Esto abrió la puerta para la revisión de los procesos sobre violaciones de derechos humanos en los que se había aplicado la ley de amnistía en Perú<sup>84</sup>, y posteriormente para la revisión de los procesos similares en otros países miembros del sistema interamericano. Ello convierte a Barrios Altos en una sentencia “hito” –en la terminología de Diego López<sup>85</sup>–, por el alcance de la decisión y sus efectos transnacionales.

Al declarar la ley peruana de amnistía sin efectos jurídicos, surge la pregunta acerca de la validez jurídica de las leyes de amnistía en los demás países miembros del sistema interamericano. Debido a que la cláusula del Bloque de Constitucionalidad otorga jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos, la declaración de incompatibilidad de una norma interna con la Convención por parte del tribunal competente –la Corte Interamericana– impone a las autoridades y tribunales nacionales la obligación de retirar tal norma del ordenamiento jurídico y, mientras el juez constitucional nacional se pronuncia, considerarla inaplicable en razón a su inconstitucionalidad.

La receptividad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, abierta desde el fallo *Ekmekdjian c/ Sofovich*, y reforzada con el fallo *Giroldi* (en el que la Corte Suprema se considera competente para invalidar –por inconstitucionalidad– una ley del Congreso que era contraria a la Convención Americana según la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>86</sup>) se ha consolidado definitivamente en Argentina como resultado de los efectos generales del fallo “Barrios Altos”, como lo demuestra la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, tema que se analizará en detalle posteriormente<sup>87</sup>.

<sup>81</sup> *Vid. Supra*, 2.3.

<sup>82</sup> En la demanda de interpretación, la Comisión solicitó a la Corte que aclarara si los efectos del punto resolutive 4 de la sentencia emitida el 14 de marzo de 2001 en este caso se aplican sólo para éste o también de manera genérica para todos aquellos casos de violaciones de derechos humanos en los cuales se han aplicado las leyes de amnistía peruanas (No. 26479 y No. 26492). Esto, en razón a que durante la negociación entre los representantes de los peticionarios y el Gobierno peruano sobre el tema de reparaciones, los representantes de los peticionarios, con el apoyo de la Comisión, habían solicitado al Estado que asumiera el compromiso de anular los efectos de las leyes de amnistía en todos los casos de violaciones de derechos humanos en que estas leyes fueron aplicadas. Sin embargo, la delegación gubernamental adoptó una postura rígida al respecto, sosteniendo que la Sentencia de la Corte Interamericana tendría efecto sólo para el caso Barrios Altos.

<sup>83</sup> En palabras de la Corte, “[l]a promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión”. Sentencia interpretativa del 3 de septiembre de 2001, párr. 18.

<sup>84</sup> *Cfr.* Yupanqui, Samuel B. Abad. “Autoamnistías” vs. Derechos humanos. El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Defensoría del Pueblo en la lucha contra la impunidad. En: Bazán, Víctor (Coord.). *Defensa de la Constitución - Garantismo y controles*. Buenos Aires : Ediar, 2003.

<sup>85</sup> *Cfr.* López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Bogotá: Ediciones Uniandes - Legis, 2000.

<sup>86</sup> *Cfr.* Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación -causa No. 32/93. 07.04.1995; considerando 12.

<sup>87</sup> *Vid. Infra*, 3.3.3.



### 3.2.3. La incorporación de la normatividad internacional sobre los crímenes contra la humanidad en el Bloque de Constitucionalidad

Los crímenes contra la humanidad son cualquiera de los siguientes actos cometidos de forma **sistemática** (esto es, ejecutados repetidamente según un plan o política preconcebida) o a **gran escala** contra la población civil: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violaciones, persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, y otros actos inhumanos. Según la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas<sup>88</sup>, para la tipificación de estos delitos no es importante la nacionalidad de las víctimas (pueden cometerse contra los propios nacionales), y no es necesario probar motivaciones relacionadas con discriminación de tipo político, racial o religioso (salvo el crimen de persecución). Tampoco se exige ningún requisito de conexidad sustantiva con un estado de guerra, esto es, se pueden cometer tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz. De allí que las torturas, desapariciones forzadas<sup>89</sup> y muertes acaecidas durante la última dictadura argentina puedan calificarse como crímenes contra la humanidad y sea procedente establecer responsabilidades penales individuales por su comisión.

Empero, el ordenamiento jurídico argentino prácticamente carece de normas penales que tipificaran este tipo de crímenes, incumpliendo con la obligación de persecución de los crímenes internacionales, la cual se deriva de la normatividad de derechos humanos de Naciones Unidas y del sistema interamericano. De allí que, durante décadas, las persecuciones de las graves violaciones a los derechos humanos haya debido abordarse con las figuras penales del derecho penal clásico (homicidio, privación ilegítima de la libertad, etc.), pese al distinto sustrato fáctico y contenido de ilicitud de los crímenes internacionales<sup>90</sup>.

Un primer avance hacia la vigencia en el derecho interno de los principios de derecho penal internacional se hubiera esperado por la vía del reconocimiento de la jerarquía constitucional de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio mediante la reforma de 1994. Sin embargo, como lo expone Alberto Zuppi<sup>91</sup>, “la pomposa designación jerárquica que se le hizo mediante la reforma constitucional” hace aún más evidente la mora en el cumplimiento de las obligaciones del Estado argentino en este punto<sup>92</sup>.

Con todo, para el caso específico de la persecución de los crímenes cometidos durante la dictadura, el empleo del tipo penal de genocidio no ha estado ajeno a la controversia. La Convención definió como genocidio la comisión de una serie de actos<sup>93</sup> cuando éstos tienen como propósito la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, pero no incluyó la persecución de grupos por su actividad política, lo que dificulta hacer uso

<sup>88</sup> Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad (1996).

<sup>89</sup> Con la reciente aprobación de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció que la práctica sistemática y generalizada de la desaparición forzada es un delito de lesa humanidad.

<sup>90</sup> Cfr. Malarino, *op. cit.* nota 32, p. 37 y ss.

<sup>91</sup> Cfr. Zuppi, Alberto Luis. La Convención contra el Genocidio en Argentina: Una mora de Jerarquía Constitucional. En: <http://www.preventgenocide.org/es/derecho/codigos/zuppi2002.doc> Consultado el 21.11.2006.

<sup>92</sup> Según el Artículo V de la Convención, “Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”. Ante la jerarquía constitucional de esta norma nos encontramos ante un caso de omisión constitucional.

<sup>93</sup> La Convención enumera los siguientes actos: 1) Matanza de miembros de un grupo; 2) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros de un grupo; 3) Sometimiento intencional de un grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; 4) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo; y e) Traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro.

del tipo penal en el escenario argentino. Por otro lado, la prueba de la intencionalidad genocida en un proceso judicial es difícil.

El reconocimiento de jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por Ley 24.820 de 1997<sup>94</sup> fue un paso adelante hacia la vigencia de la normatividad internacional, pero sus efectos en la práctica no fueron inmediatos. El artículo II de la Convención define como desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. Además, en su artículo III, la Convención impone a los Estados partes a considerar este delito como “continuado” o “permanente” mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima desaparecida. En el contexto argentino esta característica del delito de desaparición forzada tiene como efecto práctico el que no sea posible su prescripción. Por lo tanto, a pesar de que Argentina aún no había adoptado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, por vía de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas cualquier consideración sobre plazos de prescripción devino inaceptable frente al reconocimiento del carácter de delito permanente. Esto dio lugar a la interposición de recursos ante la justicia penal y civil ordinaria, con el objetivo de establecer responsabilidades penales individuales sobre las desapariciones forzadas acaecidas durante la dictadura, y para hacer exigibles las reparaciones de rigor, que en muchos casos se habían impedido invocando la prescripción de las acciones.

Este proceso se consolidó finalmente con el otorgamiento de jerarquía constitucional a la Convención de Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad<sup>95</sup> mediante la Ley 25.778, promulgada el 2 de septiembre de 2003. Gracias al carácter constitucional de este instrumento ha sido posible para los jueces argentinos ejercer control constitucional sobre las leyes de Punto Final y Obediencia Debida y de este modo reabrir los juicios sobre responsabilidad penal y civil por crímenes de lesa humanidad durante la dictadura.

### **3.3. La práctica efectiva de persecución mediante el uso de normas internacionales del Bloque de Constitucionalidad**

Las leyes de Punto Final y de Obediencia fueron derogadas por el Congreso argentino el 26 de marzo de 1998, mediante la Ley 24.952. Ello sin embargo tuvo sólo un efecto simbólico, pues se interpretó que la derogación de estas leyes carecía de efectos retroactivos, y que por lo tanto no se afectaba de ningún modo la situación legal de los beneficiarios de tales leyes. Fueron realmente los jueces argentinos los actores estatales decisivos en torno a la justiciabilidad de los crímenes perpetrados durante la dictadura, a través de la aplicación efectiva de las normas internacionales de derechos humanos. Esto puede describirse como un proceso que se ha adelantado en cuatro etapas: 1) control difuso de constitucionalidad por parte de jueces inferiores que inaplicaron las leyes de impunidad en casos específicos; 2) reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la aplicabilidad del principio de imprescriptibilidad de los

---

<sup>94</sup> La Convención había sido incorporada al derecho interno argentino mediante la Ley No. 24.556, sancionada el 13.09.1995 y publicada el 18.11.1995.

<sup>95</sup> La Convención en comento había sido adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968 y aprobada en Argentina por la Ley 24.584.

crímenes de lesa humanidad frente a los hechos ocurridos durante la dictadura; 3) declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes de amnistía por parte de la Corte Suprema; 4) declaratorias de inconstitucionalidad de los indultos en casos de crímenes de lesa humanidad. Este proceso será objeto de análisis en esta sección.

### 3.3.1. El control difuso de constitucionalidad de las leyes de autoamnistía

Una primera consideración que es necesario efectuar aquí se relaciona con el modelo de control constitucional en Argentina<sup>96</sup>. Este país es quizás el que más ha seguido de cerca el modelo estadounidense de control difuso en América Latina, esto es, todos los jueces y tribunales están habilitados para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que han de aplicar en un caso litigioso del que conocen, a petición de parte interesada o afectada por las normas impugnadas de inconstitucionalidad (no puede operar de oficio) y con efectos *inter partes*. La Corte Suprema tiene sin embargo la posibilidad de ejercer este control mediante el ejercicio del recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

De modo que el control constitucional opera por vía incidental, sólo están legitimados para pedirlo quienes tengan un interés legítimo y sean agraviados, y no deroga las normas consideradas inconstitucionales, sino que sólo tiene efectos para el proceso específico. Las instituciones estatales no pueden requerir la inconstitucionalidad de una ley (salvo que tengan interés legítimo en un proceso judicial definido). Por ello, es posible que una ley sea tenida por inconstitucional por jueces inferiores, pero mantenga sus efectos generales.

La vigencia de las leyes de amnistía comenzó a deteriorarse precisamente a partir de los fallos de jueces inferiores que recurrieron directamente a normas de derecho penal internacional. La primera decisión de un juez federal que declaró la inconstitucionalidad de esas leyes fue anunciada en resolución del 6 de marzo de 2001, en la causa 8686/2000, caratulada “Simón, Julio, Del Cerro, Juan s/ sustracción de menores de 10 años”. Se trataba del juez Gabriel Cavallo, quien conocía el caso de las desapariciones de José Liborio Poblete Roa, su esposa Gertrudis Marta Hlaczik y su hija Claudia Victoria, ocurrido en 1978. Este fallo fue confirmado por al Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires y pasaría posteriormente a conocimiento de la Corte Suprema, como se explicará más adelante<sup>97</sup>.

El 1 de octubre de 2001 el juez federal Claudio Bonadio, declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida; decisión que reiteró el 12 de septiembre de 2002 en la Causa “Scagliusi, Claudio Gustavo y otros s/privación ilegal de la libertad”, sobre la desaparición de veinte montoneros. La Sala II de la Cámara Federal Porteña confirmó esta decisión en el fallo “Incidente de apelación en autos Scagliusi, Claudio Gustavo por privación ilegal libertad personal” el 30 de enero de 2003. En sentido similar se pronunciaron el juez federal de Santa Fe Reinaldo Rubén Rodríguez, el 14 de agosto de 2002, en la causa “Ministerio Público Fiscal s/ eleva denuncia”; el juez federal Carlos Skidelsky en sentencia del 6 de marzo de 2003, en el caso de la masacre de Margarita Belén; el juez Arnaldo Corazza, el 19 de septiembre de 2003; la Cámara Federal de Salta, el 29 de Julio de 2003; y la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, el 15 de diciembre de 2004.

<sup>96</sup> En este aparte se sigue a: Nogueira Alcalá, Humberto. La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI. México: Porrúa, 2004, p. 68 y ss.

<sup>97</sup> Vid. *Infra*, 3.3.3.

Estos fallos tienen en común varios elementos:

1. Sustentan la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía en su incompatibilidad con instrumentos que hacen parte del Bloque de constitucionalidad, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
2. Reconocen la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.
3. Reconocen su obligación de asegurar a nivel nacional la implementación de las normas internacionales de derechos humanos vinculantes para Argentina.

Es especialmente interesante la argumentación de la Sala II de la Cámara Federal en el fallo de 9 de noviembre de 2001, Causa No. 17.889 “Incidente de apelación de Simón, Julio”, pues propone una revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con la aplicabilidad de la Convención contra la Tortura<sup>98</sup> y reconoce la autoridad de la Corte Interamericana. En efecto, el Tribunal sostiene:

1. La línea jurisprudencial defendida en los casos ESMA y Camps se ve afectada por la posterior reforma a la jerarquía normativa de 1994. Debido a la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención contra la Tortura, el conflicto normativo con las leyes de autoamnistía debe resolverse a favor de las normas internacionales.
2. En el caso “Barrios Altos” la Corte Interamericana declaró que las leyes de autoamnistía carecen de efectos jurídicos.
3. La propia Corte Suprema ha señalado que la jurisprudencia de los tribunales internacionales constituye la pauta que permite establecer las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales de rango constitucional, en tanto son ellos los competentes para su interpretación y aplicación, corresponde a los tribunales nacionales seguirla.
4. Resulta indudable la responsabilidad internacional del Estado por el dictado de normas contrarias al deber de persecución y sanción penal de los delitos de lesa humanidad. Es necesario en consecuencia declarar su nulidad.

Las decisiones de estos jueces fueron esenciales en la lucha contra la impunidad, porque atacaban directamente los obstáculos estructurales legales que impedían el procesamiento de los responsables. Sin embargo, subsistía el problema de la impunidad por la vía de la prescripción. Este obstáculo sería resuelto por la Corte Suprema de Justicia, como se expondrá a continuación.

---

<sup>98</sup> *Vid. Supra*, 3.1.1.

### 3.3.2. Aplicación de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad frente a hechos ocurridos durante la dictadura: el Fallo Arancibia Clavel

En fallo del 24 de agosto de 2004, la Corte Suprema declaró la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad con base en las normas internacionales que hacen parte del Bloque y que se han expuesto en líneas superiores<sup>99</sup>. El fallo, denominado “Recurso de hecho deducido contra el Estado Nacional y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, E. L. s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros” es un verdadero *leading case* en la materia, pues no solo reconoce la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, sino que aplica este principio incluso a hechos ocurridos con anterioridad a la aprobación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad.

Los hechos que dieron lugar al recurso ante la Corte Suprema se pueden resumir en 3 puntos:

1. Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte entre 1974 y 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional exterior, dependiente del gobierno de facto de Chile), cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc.
2. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 6 condenó a Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito de asociación ilícita agravada en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas.
3. A raíz del recurso interpuesto por la defensa, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple, sobreseyendo a Arancibia Clavel por este hecho. De este modo se rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, por tratarse de delitos de lesa humanidad, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Para la Sala, la asociación ilícita no encaja dentro de los “crímenes de lesa humanidad”. Contra dicha decisión, la querrela (en representación del gobierno de Chile) interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja ante la Corte.

Los argumentos de la Corte fueron los siguientes:

1. Las reglas de prescripción de la acción penal previstas en la legislación interna quedan desplazadas por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en tanto posee jerarquía constitucional.
2. En jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha calificado la desaparición forzada como un delito contra la humanidad. Por lo tanto, sería

---

<sup>99</sup> La Corte Suprema ya había reconocido en 1995 la imprescriptibilidad de la acción penal con respecto a la normativa internacional en el caso Priebke (Fallos: 318: 2148), en el cual el gobierno italiano requirió la extradición de Erich Priebke (Hauptsturmführer en la SS) para su juzgamiento por haber comandado la Masacre de las Fosas Ardeatinas, en hechos calificables por tratados internacionales como “genocidio” y “crímenes de guerra”. A pesar de la prescripción -desde la perspectiva de la legislación interna-, la Corte hizo lugar a la extradición, por entender que, conforme la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, no resultaban aplicables las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el Código Penal.

un contrasentido sostener que la desaparición forzada es un delito contra la humanidad pero no el formar una asociación destinada a perpetrarla.

3. A la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>100</sup>, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional ante el orden jurídico interamericano.
4. La ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte del Estado argentino reafirmó por vía convencional el carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad.
5. Según los jueces Boggiano y Maqueda, debido a la jerarquía constitucional alcanzada por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la imprescriptibilidad se aplica sin importar el momento en que los hechos se cometieron, aún retroactivamente. Se trata de un conflicto entre principios que comparten rango constitucional, que se resuelve limitando el principio de legalidad a favor de la imprescriptibilidad en el caso concreto de los crímenes internacionales.
6. Aún cuando se argumentase que no puede aplicarse de manera retroactiva la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad porque ello lesionaría el principio *nulla poena sine lege* y de irretroactividad de la ley penal más gravosa, la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad es norma vigente de *ius cogens* que existía incluso con anterioridad a la época en que se dieron los hechos.

Este último argumento, el recurso del *ius cogens*, ha desatado un intenso debate en la doctrina. Importante aquí es resaltar que el fallo se enmarca en la línea jurisprudencial progresista de la Corte Suprema respecto de la vigencia de las normas internacionales de derechos humanos en el derecho interno, y no es de ningún modo un fallo aislado o sin conexidad lógica con el desarrollo político e institucional de Argentina. Por el contrario, como se ha expuesto en este escrito, se enmarca en un proceso de fortalecimiento de la justiciabilidad, de tal valor para la democracia y el Estado de Derecho, que se impone ante principios tan caros al derecho como la cosa juzgada, cuando ella suponga la impunidad frente a crímenes aberrantes que atentan contra la humanidad<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> La Corte Suprema cita las siguientes sentencias de la Corte Interamericana: “Barrios Altos”, “Trujillo Oroza vs. Bolivia” - Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie C N° 92; “Benavides Cevallos” - cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6° y 7°.

<sup>101</sup> Como lo explica Abramovich en sus comentarios sobre el fallo Arancibia, “[e]l tema tiene enorme importancia jurídica y política, ya que el alcance que se le otorgue al principio de no prescripción, así como al de cosa juzgada y *ne bis in idem*, definirá el límite de la persecución penal de los crímenes del terrorismo de Estado. Además, si como han sostenido los organismos de derechos humanos históricamente, y es unánime la doctrina internacional, el objetivo de la persecución penal de estos actos terribles es afirmar y fortalecer el Estado de Derecho, nada puede ser más importante que avanzar en su juzgamiento sin vulnerar las garantías procesales de los imputados”. Cfr. Abramovich, Víctor. Delitos de lesa humanidad: los crímenes que el tiempo no exonera. En: [http://www.cpacf.org.ar/verde/vB\\_RevAbo/revistas/evista78-04.htm](http://www.cpacf.org.ar/verde/vB_RevAbo/revistas/evista78-04.htm) Consultado el 21.11.2006.

### 3.3.3. La inconstitucionalidad de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida: el Fallo “Simón”

Los argumentos esgrimidos por los tribunales inferiores a la Corte Suprema (supremacía constitucional de ciertos Tratados de derechos humanos, poder vinculante de los fallos de la Corte Interamericana, responsabilidad internacional de Argentina) tuvieron un efecto muy poderoso sobre la opinión pública y las instituciones democráticas. En 2003, el Congreso incluso anuló y privó de todo efecto jurídico las leyes de Punto Final y Obediencia Debida mediante la Ley 25.779. Por otra parte, el gobierno del Presidente Néstor Kirchner mostraba su interés en apoyar la lucha contra la impunidad. Por consiguiente, resultaba difícil imaginar que la Corte Suprema, después de reconocer la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, no resolviera el obstáculo estructural más complejo que aún persistía: la imposibilidad de reanudar la persecución penal respecto de aquellos que fueron beneficiados con las leyes de amnistía y los indultos presidenciales. El debate entonces se fundaba en que no era adecuado sacrificar, en nombre de la Constitución, principios básicos de las garantías del debido proceso, como el *non bis in idem* y la cosa juzgada.

El fallo que resolvió este dilema jurídico se emitió el 14 de junio de 2005, con base en el caso de Julio Héctor Simón, el suboficial de la Policía Federal acusado de la desaparición forzada de la familia Poblete. El caso provenía de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires, en decisión que ordenaba el procesamiento con prisión preventiva de Simón. Si bien la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida por votación de 7 a 1 más una abstención, no fijó una doctrina mayoritaria en torno a la inconstitucionalidad de estas leyes<sup>102</sup>, ya que cada uno de los jueces sentó su propio voto. Sin embargo, hay argumentos comunes entre las diferentes posiciones de los magistrados:

1. La incompatibilidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida frente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el PIDCP y otros instrumentos que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad<sup>103</sup>.
2. Las restricciones que el orden internacional impone a los Estados sobre decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad<sup>104</sup>.
3. El respeto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>105</sup> (particularmente se cita el caso Barrios Altos).

<sup>102</sup> La inconstitucionalidad fue aprobada por Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti, Eugenio Zaffaroni, Elena Highton, Carmen Argibay y Antonio Boggiano; Carlos Fayt se opuso y Augusto Belluscio se abstuvo. Sobre la pluralidad de doctrinas en el fallo bajo examen, *cfr.* Fernández Valle, Mariano. La Corte Suprema argentina frente al Legado de la última Dictadura Militar: reseña del Fallo “Simón”. En: [www.anuariodch.uchile.cl/anuario2/int7.pdf](http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario2/int7.pdf) Consultado el 02.11.2006.

<sup>103</sup> *V. gr.* la jueza Highton sostiene que “[e]l art. 31 de la Constitución Nacional establece que los tratados internacionales poseen jerarquía superior a las leyes nacionales y a cualquier norma interna de jerarquía inferior a nuestra Ley Fundamental, aspecto que fue reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994 al sancionar el art. 75, inc. 22, en su actual redacción, consagrándose así en el propio texto de la Constitución tal principio así como también, de manera expresa, la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos”.

<sup>104</sup> Maqueda considera que estas restricciones se imponen incluso frente a la Constitución: “[l]a prohibición de ciertos crímenes internacionales reviste el carácter de *ius cogens* de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho”.

<sup>105</sup> En este punto se destaca particularmente el juez Boggiano, quien afirma: “[l]os tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquéllos están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la

4. La responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento del deber de proteger el derecho de acceso a la justicia de las víctimas<sup>106</sup>.
5. La imposibilidad de extinguir la acción penal en los casos de crímenes de lesa humanidad por violación de una norma de *ius cogens*<sup>107</sup> que se encontraba vigente al momento de la promulgación de las leyes de autoamnistía (esto es, reitera el criterio expuesto en el fallo Arancibia Clavel y se reconoce que, pese a que la prescripción es parte del principio de legalidad, frente a crímenes contra la humanidad no se aplica<sup>108</sup>).

En su decisión, la Corte afirma que “la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de crímenes contra la humanidad”, y en consecuencia declara, **a todo evento**, “de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y a cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por temas de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación”. Y a continuación concluye: “[Q]uienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas”.

Con esta decisión, se hacía posible la reapertura de cientos de procesos contra militares y ex militares vinculados con la represión entre 1976 y 1983. En el caso concreto de Julio Simón, el Tribunal Oral Federal No. 5 lo condenó el 11 de agosto de 2006 a la pena de 25 años de prisión más inhabilitación absoluta y perpetua.

### 3.3.4. La nulidad de los decretos de indulto de crímenes de lesa humanidad

La facultad presidencial para conceder indultos ha sido interpretada históricamente de manera amplia, por su carácter discrecional y por la naturaleza misma de los sistemas presidencialistas. De ahí que, aún con posterioridad a la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, algunos sectores sostuvieron la imposibilidad del juez constitucional de conocer sobre decisiones políticas que recaen enteramente en cabeza del ejecutivo. Empero, si los argumentos con los que se declaró la inconstitucionalidad de las leyes

---

referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional”.

<sup>106</sup> El juez Zaffaroni va más allá y afirma que este incumplimiento puede dar incluso lugar a que opere la jurisdicción universal: “[l]as normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía al ratificar los tratados internacionales que la obligan y la norma que la sujeta a la competencia de la Corte Interamericana, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta, o sea, que si no la ejerce en función del principio territorial entra a operar el principio universal y cualquier país puede ejercer su jurisdicción y juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio nacional por ciudadanos y habitantes de la República”.

<sup>107</sup> El juez Lorenzetti acude por ejemplo al artículo 118 de la Constitución para aplicar por vía directa el derecho consuetudinario internacional: “El art. 118 de la Constitución Nacional recepta el ‘derecho de gentes’, que implica admitir la existencia de un cuerpo de normas fundadas en decisiones de tribunales nacionales, tratados internacionales, derecho consuetudinario, opiniones de los juristas, que constituyen un orden común a las naciones civilizadas”.

<sup>108</sup> La jueza Argibay se apartó de la opinión mayoritaria en este punto, considerando que la prescripción de la acción penal no forma parte del principio de legalidad en el caso de crímenes de lesa humanidad.



en comento se aplicaban a los indultos, debía llegarse a conclusiones idénticas. Fue así como el Juzgado Criminal y Correccional Federal No. 3 de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad del indulto a los uruguayos José Nino Gavazzo, Jorge Silveira, Manuel Cordero y Hugo Campos Hermida el 25 de julio de 2006. El 4 y 5 de septiembre, el Juzgado Criminal y Correccional Federal No. 5 de Buenos Aires anuló los indultos otorgados al General Videla, al Ministro de Economía Martínez de Hoz y al General Harguindeguy. Un par de semanas después, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal de Buenos Aires anuló el indulto otorgado al General en retiro Santiago Omar Riveros en el Decreto Presidencial No. 1002 de 1989, dejando libre la sustanciación de la causa en su contra y entregando a la Corte Suprema la decisión final sobre la inconstitucionalidad de los indultos.

En relación con la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad respecto de un decreto de indulto, la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que, en primer lugar, la cuestión a tratar no involucra un conflicto normativo entre los Tratados internacionales de derechos humanos y la atribución presidencial, abstractamente considerada, de indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal. Lo que resulta materia de análisis es el ejercicio de esta facultad frente a hechos que constituyen delitos de lesa humanidad. Y entonces concluye el tribunal: “En este sentido, si bien existe una línea jurisprudencial que por vía de principio ha considerado a los indultos como cuestión política no judicial, el decreto en cuestión no escapa a la verificación de la razonabilidad de los actos emanados del poder público, que se deriva del principio republicano de gobierno, control que resulta misión ineludable de los tribunales de justicia”.

En esta fase, en la que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad ha sido reconocida y aplicada frente a las graves vulneraciones a los derechos humanos acaecidas durante el régimen dictatorial, quedaba a la defensa de los indultados negar que los delitos que se les imputaban correspondieran a las características de los crímenes de lesa humanidad, esto es, que hubieran sido cometidos sistemáticamente o a gran escala. Con ello, se podría sostener, de un lado, que las decisiones presidenciales debían respetarse porque no se vulnera el derecho internacional ni el Bloque de Constitucionalidad, y de otro, que en todo caso la prescripción de la acción penal operaría porque sólo se inaplica frente a crímenes de lesa humanidad.

Por esta razón, para declarar la nulidad de los indultos fue necesario demostrar que las conductas imputadas a los demandados se tipifican como crímenes de lesa humanidad, esto es, que correspondieron a una política sistemática y generalizada de persecución contra la población civil. Una vez establecido lo anterior, se reconoció la imprescriptibilidad de los mismos, según normas de derecho internacional que tienen jerarquía constitucional y principios del *ius cogens* de rango más elevado en la jerarquía internacional que el derecho convencional. Finalmente, los jueces concluyeron que la facultad presidencial de perdonar crímenes está limitada por el derecho internacional ya que los crímenes de lesa humanidad no pueden ser indultados, dado que atentan contra la humanidad en conjunto.

En el caso concreto del General Riveros, la defensa también argumentó que se afectaba el principio del juez natural por resultar competente en estas actuaciones la Justicia Militar. Pero la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal desvirtuó esta postura con base en el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, según el cual los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.

Dos menciones adicionales sobre este fallo son relevantes:

1. El tribunal tuvo en cuenta el Informe 28 de 1992 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>109</sup>, en el que la Comisión declaraba incompatible el Decreto No. 1002 de 1989 con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para concluir que “los pactos y convenciones que reconocen y fortalecen la tutela de los derechos que en el caso se encuentran involucrados, ya al tiempo del dictado del mencionado decreto coexistían en el plano constitucional con la atribución presidencial de indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal”.
2. El tribunal acudió a un fallo de enero de 2006 de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la interpretación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en el que se sostiene (analizando un caso de delitos perpetrados en 1949) que la desaparición forzada de personas ya había sido reconocida como delito de lesa humanidad en el artículo 6° (c) de la Carta del Tribunal de Nuremberg de 1945, confirmado por la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1946 y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. El uso de la jurisprudencia de un tribunal ajeno al sistema interamericano muestra una mayor apertura a los desarrollos del derecho internacional.

## Conclusión

La profunda vinculación que entre el orden constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos se ha establecido en Argentina gracias a la conformación del Bloque de Constitucionalidad ha vencido progresivamente las posturas políticas y jurisprudenciales que permitieron establecer un régimen de impunidad tras el fin de la dictadura. Se trata sin duda de un ejemplo notable de los efectos positivos de la globalización del derecho, de la importante labor de las instituciones y normas del sistema interamericano y del destacado papel que cumplen los jueces constitucionales en la estructura estatal y en las democracias modernas. Argentina puede mostrar así, que tras décadas de impunidad, se están dando los pasos en la vía correcta, pese a que el país aún carece de tipificaciones de crímenes internacionales en su legislación interna. Esto es lo que hace tan interesante el caso argentino. La postura político-jurídica de los jueces constitucionales que, a pesar de carecer de normas internas adecuadas, deciden adelantar la persecución de crímenes de Estado mediante el uso de normas internacionales y la jurisprudencia del sistema interamericano, muestra a una organización judicial conciente de su importancia para la vigencia efectiva de los derechos humanos.

De otra parte, el caso argentino es un ejemplo de cómo están transformándose conceptos jurídicos tan antiguos y estables en el tiempo, como la cosa juzgada, el principio de legalidad y la prescripción penal. Hay juristas alarmados con estos cambios, tal vez acostumbrados a un orden jurídico en el que el Estado es el marco de toda reflexión sobre la Constitución y el derecho. Ese marco es hoy mucho más difuso debido a los gobiernos multinivel, el fenómeno de la supranacionalidad, la internacionalización del derecho constitucional, la Corte Penal Internacional, la aplicación directa del *ius cogens* en el derecho interno, los esfuerzos de ONGs y sectores de la sociedad civil por la validación de la jurisdicción universal, la conformación de una opinión pública mundial interesada en que los responsables por crímenes de lesa humanidad sean enjuiciados y castigados y que las víctimas conozcan la verdad. La evolución del derecho constitucional argentino, expuesta en este trabajo, no constituye por tanto un hecho aislado, sino unido a las tendencias de la constelación postnacional. La conformación del Bloque de Constitucionalidad y su aplicación por los jueces no es la culminación del proceso

---

<sup>109</sup> Vid. *Supra*, 3.1.2.

por la justiciabilidad, sino el primer paso para superar el déficit punitivo y normativo que aún no se ha resuelto; es el comienzo de la reconciliación que desde décadas anhela la sociedad argentina, sustentada en la reparación y la verdad.

## Bibliografía

Abramovich, Víctor. Delitos de lesa humanidad: los crímenes que el tiempo no exonera. En: [http://www.cpacf.org.ar/verde/vB\\_RevAbo/revistas/evista78-04.htm](http://www.cpacf.org.ar/verde/vB_RevAbo/revistas/evista78-04.htm) Consultado el 21.11.2006.

Abregu, Martín. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción. En: Abregu y Courtis. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires: Del Puerto, 1997

Ambos, Kai; Mallarino, Ezequiel (ed.). Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

Angel Basílico, Ricardo. El Respeto a la Intimidad del Niño Víctima de Delito como Garantía. En: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Basilico1.pdf> Consultado el 21.11.2006.

Ayala Corao, Carlos M. La recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional. En: <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Ayala-writing.pdf> Consultado el 04.11.2006.

\_\_\_\_\_. Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos. En: <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Ayala-speech.pdf> Consultado el 02.11.2006.

Bazán, Víctor. Desafíos del control de constitucionalidad. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1996.

Boggiano, Antonio. Derecho internacional: Derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos. Buenos Aires: La Ley, 2001.

\_\_\_\_\_. Derecho internacional A.D. 2000 en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Buenos Aires: La Ley, 2000.

\_\_\_\_\_. Derecho penal internacional: En el derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires: La Ley, 2003.

Brewer-Carías, Allan. Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005

Ciruzzi, María Susana. El delito de desaparición forzada de personas. Buenos Aires : Di Plácido, 2005.

Damsky, Isaac Augusto. La construcción del derecho a la salud en Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos, p. 161-206. En: Cienfuegos Salgado, David; Macías Vázquez, María Carmen (Coord). Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano: Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico. Universidad Nacional

- Autónoma de México. México, 2006. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2252/10.pdf>  
Consultado el 19.11.2006.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, 1977.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel; Ferreyra, Raúl Gustavo (Coord). *La Reforma Constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático*. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- Fernández Valle, Mariano. *La Corte Suprema argentina frente al Legado de la última Dictadura Militar: reseña del Fallo "Simón"*. En: [www.anuariodch.uchile.cl/anuario2/int7.pdf](http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario2/int7.pdf) Consultado el 02.11.2006.
- Guerrero, Rafael. *Los tratados en la constitución de 1994*. Buenos Aires/ Madrid: Ed. Ciudad Argentina, 2001.
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Bogotá: Ediciones Uniandes - Legis, 2000.
- Lozada, Salvador María. *Los derechos humanos y la impunidad en la Argentina (1974 - 1999): de López Rega a Alfonsín y Menem*. Buenos Aires: Nuevohacer - Grupo Editorial Latinoamericano, 1999.
- Malarino, Ezequiel. *Persecución penal de crímenes internacionales: Informes Nacionales – Argentina*. En: Ambos, Kai; Mallarino, Ezequiel (ed.). *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003.
- Manili, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2003.
- Niño, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*. New Haven/ London: Yale University Press, 1999.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. México: Porrúa, 2004, p. 68 y ss.
- Pizzolo, Calogero. *Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino*. En: Méndez Silva (Coord.) *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, No. 98. 2002.
- Quiroga, Humberto. *¿Es eficiente el sistema jurídico?: Constitución y organización*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1998.
- Remotti Carbonell, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Lima: IDEMSA, 2004.
- Sagüés, Néstor Pedro. *Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica*. En: *Ius et Praxis* - año/vol. 9, número 001. Universidad de Talca, Chile, pp. 205-221. <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19790111.pdf> Consultado el 02.11.2006.

Yupanqui, Samuel B. Abad. "Autoamnistias" vs. Derechos humanos. El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Defensoría del Pueblo en la lucha contra la impunidad. En: Bazán, Víctor (Coord.). Defensa de la Constitución - Garantismo y controles. Buenos Aires : Ediar, 2003

Zuppi, Alberto Luis. Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional: el camino hacia la Corte Penal Internacional. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

\_\_\_\_\_. La Convención contra el Genocidio en Argentina: Una mora de Jerarquía Constitucional. En: <http://www.preventgenocide.org/es/derecho/codigos/zuppi2002.doc>  
Consultado el 21.11.2006.