

Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)

Carlos F. Rosenkrantz *

I

En mi artículo *En contra de los Préstamos...* sostuve que los préstamos, esto es la práctica judicial de usar el derecho extranjero o decisiones judiciales extranjeras para sustentar o justificar las particulares conclusiones de sus sentencias, son problemáticos por varias razones. Afirmé que dada la heterogeneidad del derecho constitucional –no hay forma canónica de organizar la distribución del poder entre los órganos del estado ni la frontera entre los derechos individuales entre sí ni entre ellos y el estado- los jueces deberían encontrar algunos reparos en tomar prestado decisiones de otras jurisdicciones nacionales y, más allá de esto, sugerí que tomar prestado derecho o decisiones judiciales extranjeras es difícil de validar porque, sencillamente, son extranjeros. Afirmé que el derecho tiene una especial autoridad sobre nosotros por ser “nuestro” derecho, esto es, ser el producto de la comunidad política a la que pertenecemos o de la que somos miembros. Consecuentemente, sostuve, los jueces, al tomar prestado derecho o decisiones judiciales de otra comunidad, suplantán aquello que colectivamente hemos decidido por normas que no son nuestras. Llamé a este problema, el “problema de la validación” de los préstamos.

Leonardo Filippini, en el artículo que se publica en este mismo número de la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, afirma que el problema de la validación -cualquiera sea su plausibilidad cuando referido al uso judicial del derecho o de sentencias extranjeras- no puede afectar el uso judicial del derecho internacional de los derechos humanos¹.

Las razones por las cuales Filippini cree que la referencia por parte de los jueces a los tratados internacionales o al derecho internacional humanitario no padece el problema de la validación son, básicamente, reducibles a dos proposiciones centrales. Primero, que el derecho internacional de los derechos humanos, es un derecho nacional, pues “ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico como resultado de una deliberación nacional

* Global Law Professor NYU. Profesor de Derecho UBA

1. Filippini reconoce que en *En Contra de los Préstamos...* hay recursos suficientes como para realizar las discriminaciones que él considera necesarias. Filippini recuerda que yo he sostenido que a diferencia del caso en el que los jueces usan derecho o sentencias extranjeras, cuando una convención constituyente o una legislatura decide incorporar una norma extranjera al derecho nacional es, en un sentido importante, el pueblo quien decide realizar dicha incorporación y cuando el pueblo incorpora normas, aún cuando estas fueran extranjeras, el problema de la validación disminuye. En virtud de ello, Filippini sugiere que yo no debería tener mucho inconveniente en reconocer que el uso por parte de los jueces de tratados o de derecho internacional humanitario en sus sentencias, al menos en nuestro país, tiene un estatus distinto al uso por parte de los jueces de derecho extranjero y no debe ser confundido con él y que, por lo tanto, *En Contra de los Préstamos...* no debería ser interpretado como un artículo que ataca el intento judicial de buscar autoridad para sus sentencias por la vía de la cita o la referencia al derecho extranjero o al derecho internacional humanitario. Como espero surgirá del texto yo disiento.

previa” y después de “un proceso deliberativo autóctono” el que según Filippini tuvo lugar en la Convención Constituyente de 1994 y; segundo, y este es un punto más general acerca de la naturaleza del derecho internacional, que el derecho internacional de los derechos humanos siempre, e independientemente de su constitucionalización, es nuestro derecho, dado que todos somos miembros de la comunidad internacional tal como lo testimonia el que participemos en la creación de normas internacionales y, entre ellas, “en la redacción de los tratados e instrumentos internacionales que (en el caso de la Argentina) hoy se encuentran incorporados a la Constitución”.

II

El punto de Filippini puede pararse sobre la verdad de cualquiera de sus dos proposiciones centrales. Si cualquiera de ellas fuera verdadera la posibilidad de que los jueces se refieran en sus sentencias al derecho internacional humanitario estaría protegida de la crítica que surge a partir del problema de las dificultades de validación de las decisiones judiciales que recurren a un derecho del que no somos nosotros mismos los autores. Efectivamente, si el derecho internacional de los derechos humanos, al haber sido incorporado al derecho nacional por su constitucionalización, tuviera el mismo estatus valorativo que nuestro derecho, al usarlo no lo tomaríamos prestado y tampoco lo tomaríamos prestado si nosotros fuéramos (parte de) la comunidad internacional porque, en este caso, el derecho internacional humanitario sería un producto de nuestra propia autoría.

Ahora bien, contrariamente a lo que Filippini asume, ni la constitucionalización de los tratados de derechos humanos ni nuestra pertenencia a la comunidad internacional blindan el uso del derecho internacional humanitario por parte de los jueces.

En primer lugar, los tratados de derechos humanos son en un sentido importante, y aún a pesar de su constitucionalización, derecho de otro. Efectivamente, del mismo modo que diferir a otros nuestras decisiones no hace que las decisiones que otros toman por nosotros sean “nuestras” adoptar el derecho que otro sanciona no lo hace “nuestro”. Más allá de todas las razones que pudieran apoyar nuestra decisión de diferirnos a lo decidido por otros -que dado nuestro pasado institucional son muchas- cuando hacemos lo que otros deciden que debe hacerse no ejercitamos cabalmente nuestra propia capacidad de decidir por lo que no podemos afirmar que hacemos lo que nosotros hemos decidido².

2. Ulises, sabiéndose débil para oír el canto de las sirenas y no sucumbir ante su atractivo pero queriendo escucharlas de todas maneras, pidió a sus marineros que se tapen sus oídos con cera y lo aten al mástil de su barco y que lo desaten sólo una vez que estuvieran fuera de peligro. La decisión de Ulises de atarse al mástil sea quizá la decisión más sabia dada su irracionalidad imperfecta (una persona racional hubiera decidido no escuchar el canto de las sirenas). No obstante ello, si hay algo que no puede decirse de Ulises es que él no sucumbió al canto de las sirenas por su propia decisión. Ulises no decidió no sucumbir pues antes de estar en las circunstancias de tomar la decisión de sucumbir o no sucumbir se había inhibido de decidir. Lo mismo sucede si su comunidad difiere su decisión acerca de lo que hay que hacer a normas que otro estipuló. Quizá sea sabio hacerlo pero cuando su comunidad aplica la norma que otro estipuló no puede decirse que ha decidido hacer lo que la norma indica pues antes de eso, tal como Ulises, se había inhibido a sí misma de la facultad de decidir de otro modo.

En segundo lugar, no obstante la pertenencia de nuestro país a la comunidad internacional, nosotros no “somos” la comunidad internacional por lo que el derecho internacional no puede ser visto como un derecho hecho por nosotros cuya aplicación está a salvo totalmente del problema de la validación. Si bien es cierto que nuestros países pertenecen a la comunidad internacional de ello no se sigue que las normas internacionales sean normas que “nosotros” adoptamos. Ello es así, en virtud de que nuestra membresía a la comunidad internacional es remota o indirecta.

Este comentario requiere alguna aclaración. La proposición de Filippini de que el derecho internacional es “nuestro” explota la ambigüedad del posesivo “nuestro”. El argumento de Filippini, esencialmente, es que es difícil negar la relación de inmediatez política que tenemos con los procesos de creación normativa que tienen lugar en el ámbito de la comunidad internacional en tanto nuestro país es miembro de la comunidad internacional y que, por lo tanto, es inaceptable pensar –como presupone la crítica de validación que yo he formulado- que los tratados internacionales y el derecho internacional de los derechos humanos no sea “nuestro” derecho. Ahora bien, “nuestro” en este argumento no puede querer decir el derecho suyo y mío pues ni usted ni yo –ni para el caso ningún ciudadano de ningún otro estado- participamos en el proceso de creación del derecho internacional en pie de igualdad con todos los demás como si lo hacemos (al menos normativamente hablando) en el proceso de creación del derecho nacional. Por ello, lo único que puede querer decir el posesivo “nuestro” en el argumento de Filippini es que el derecho internacional es un derecho de estados, entre ellos, el derecho del estado del que usted y yo somos miembros. Dada la distancia entre usted y yo y el derecho internacional, el derecho internacional, a pesar de que sea el derecho de nuestro estado, no puede ser “nuestro” derecho, al menos en el sentido en que el derecho nacional lo es. El derecho nacional presupone un vínculo inmediato con nosotros en tanto es el producto colectivo que se obtiene cuando nos vinculamos directamente por las reglas que determinan el modo en que se ejerce la coerción estatal, vínculo que no se encuentra presente en nuestra relación con el derecho internacional.

En síntesis, el que el derecho internacional humanitario haya sido constitucionalizado y que nuestro país forme parte de la comunidad internacional y que como tal participe en la creación de normas internacionales humanitarias, a pesar de las afirmaciones de Filippini, no soluciona uno de los problema que según yo entiendo se plantea cuando los jueces usan dicho derecho, pues la alteridad del derecho internacional –el derecho internacional es en un sentido importante derecho de “otro”- y la falta de inmediatez del derecho internacional humanitario –el derecho internacional es el derecho de la comunidad internacional- determinan que la aplicación por parte de los jueces, tal como la aplicación del derecho extranjero, enfrente también el problema de la validación dado que todos podemos preguntarnos si las razones para obedecer el derecho internacional son las mismas razones que tenemos para obedecer el derecho interno, por lo menos para obedecerlo *qua* derecho.

III

Quizá usted piense que mi réplica a los comentarios de Filippini sea microscópica y no conteste el punto que Filippini, en realidad, quiere destacar en su comentario. Quizá Filippini quiera decir no es que no pueda establecerse ninguna diferencia entre el derecho internacional de los derechos humanos constitucionalizado y el derecho interno por el grado de su alteridad o inmediatez, ni que dichas diferencias no sean normativamente relevantes. Lo que Filippini pareciera estar defendiendo es la convicción de que cualquiera sea el problema de validación que la mayor alteridad y la menor inmediatez del derecho internacional *vis a vis* el derecho nacional pudiera introducir, dicho problema es nimio en comparación con los beneficios que pueden derivarse de las sentencias que usan el derecho internacional de los derechos humanos, dado que el derecho internacional en general, y el derecho internacional de los derechos humanos en particular, constituyen un recurso que nos puede ayudar a mejorar nuestras vidas individuales y colectivas.

¿Qué se puede decir cuando los comentarios de Filippini son vistos en esta luz? ¿Qué puede decirse frente a un internacionalista como Filippini que quita relevancia y protagonismo al problema de validación en esta discusión y participa de la convicción de que el uso por parte de los jueces argentinos del derecho internacional humanitario y nuestra participación en el proceso de producción del derecho internacional - por ejemplo, la participación en organismos e instituciones multilaterales- “puede mejorar el funcionamiento de (nuestra) democracia”?

No es muy claro cómo se puede verificar o falsificar una convicción como la que ahora le atribuyo a Filippini pues no es claro qué es lo que puede mellar la confianza de quien está convencido de que uso del derecho internacional de los derechos humanos por nuestros jueces puede mejorar la calidad de nuestra vida colectiva. No obstante ello, creo que se puede morigerar un poco el entusiasmo de los internacionalistas como Filippini formulando una advertencia y recalcando algo que ya he dicho en *En contra de los Préstamos...* cuando me referí a lo que llamé usos no autoritativos del derecho extranjero, más precisamente, que la práctica de usar derecho o decisiones de otros siempre y, más allá de sus resultados beneficiosos, adicionan complejidad a las sentencias haciéndolas, por ello, más difíciles de ser compartidas y endosadas por todos aquellos que las deben honrar quitando a dichas sentencias el carácter de necesarias y univocas que ellas deben tener para hacer posible la implantación y el desarrollo de una cultura constitucional. Para intentar convencer a un internacionalista como Filippini nada mejor que mostrar estos problemas mediante referencias al derecho internacional humanitario y su uso por parte de los jueces argentinos.

Piense en Simón (CSJN) y en Mazzeo (CSJN) dos instancias recientes de uso por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de normas y decisiones provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. En Simón, la Corte Suprema discutió la validez de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, ambas sancionadas durante el gobierno del Dr. Alfonsín, y en Mazzeo discutió la validez del Decreto de Indulto 1002/89, sancionado por el Presidente Menem.

Más allá de la numerosa cantidad de argumentos en los que la Corte Suprema apoyó sus decisiones, en ambos casos, “Barrios Altos”, un caso decidido por la Corte Interamericana de Justicia el 14 de marzo de 2001, tuvo una decisiva importancia justificatoria y fue, sin duda, la piedra basal de las conclusiones adoptadas por la Corte. Efectivamente, en Simón, tal como el mismo Filippini lo destaca citando los votos de los Dres. Petracchi, Boggiano, Zaffaroni y Highton de Nolasco, “la mayoría otorga un valor central al criterio sentado por la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos”³ y, en Mazzeo, la cosa juzgada y el principio *ne bis in idem* no alcanzaron para neutralizar la pretensión de castigar los delitos ya indultados por el Decreto de Indulto 1002/89 porque, tal como se expresa en el considerando 37) del voto de la Corte Suprema, la Corte ya había decidido sobre la base de Barrios Altos que “los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche”.

El problema que quiero destacar aquí, y con lo que pretendo minar la confianza de Filippini y los internacionalistas en los préstamos de derecho humanitario, es que el hecho de que la Corte Suprema hubiera articulado sus conclusiones haciendo que Barrios Altos juegue de pivote, dificulta nuestra posibilidad de endosar y acompañar a la Corte Suprema pues para endosar y acompañar su razonamiento necesitamos previamente entender, procesar y aceptar todas sus premisas, lo que requiere no sólo la posesión de información que muchos de nosotros no tenemos y que es difícil de adquirir sino que, además, estemos de acuerdo con ella en muchas otras cuestiones que aquellas que hubieran sido necesarias para solucionar la cuestión traída a juicio si la decisión de la Corte Suprema hubiera estado centralmente inspirada por consideraciones relativas a nuestro derecho. En efecto, para seguir cabalmente el razonamiento que hizo la Corte en Simón y en Mazzeo, para hacer sus razones “nuestras”, debemos saber, primero, si Barrios Altos es una adecuada derivación del derecho internacional de los derechos humanos vigente; segundo, si el derecho internacional de los derechos humanos referido en Simón es vinculante para nosotros; tercero, si los hechos y las circunstancias contextuales en Barrios Altos son idénticos a los hechos y las circunstancias contextuales en Simón y Mazzeo y; finalmente, si en Barrios Altos estaba en cuestión el mismo tema que en Simón y Mazzeo.

Es interesante destacar que en las cuatro dimensiones mencionadas podemos plantear dudas razonables que nos pueden alejar de las decisiones de la Corte Suprema. En primer lugar, no es claro que una amnistía sea necesariamente contraria a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo Corte Interamericana lo sostuvo en Barrios Altos⁴.

3. Ver Filippini, Leonardo Tres problemas en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el fallo Simón en Revista de Derecho Penal, Lexis Nexos, Buenos Aires, vol. 2006-3, pp. 436/447 pag. 438.

4. Según Charles P. Trumbull IV no hay ningún tratado que obligue a castigar todos los delitos serios. Ver Charles P. Trumbull IV. Giving Amnesties a Second Chance, 25 Berkeley J. Int'l L. 283.

Sin duda que si un estado autoriza o permite que sus agentes participen en ejecuciones sumarias, viola el derecho a la vida (art. 4 de la Convención), a la integridad de la persona (art. 5 de la Convención), el derecho a obtener amparo contra actos que violen derechos fundamentales (art 25 de la Convención) (todos ellos derechos invocados por la Corte Interamericana en Barrios Altos). Pero es más difícil ver cómo la promulgación y aplicación de una ley de amnistía viola dichos artículos, dado que al momento de su promulgación y aplicación dichos derechos, necesariamente ya habían sido violados (de otro modo no habría nada que amnistiar)- ni cómo ella viola el derecho a garantías judiciales (art. 8 de la Convención) o el derecho a la protección judicial de los derechos (art. 25 de la Convención), tal como también la Corte Interamericana lo había dicho, cuando estos artículos se refieren a las exigencias procedimentales que deben rodear a los procesos penales y a las peticiones judiciales, ni cómo, finalmente, la amnistía viola la obligación de respetar los derechos concedidos por la Convención (Art. 1.1. de la Convención) o el deber de adecuar el derecho interno a las exigencias de la Convención (Art. 2 de la Convención), cuando no existe en el texto de la Convención un derecho a que el estado ejerza el *ius puniendi* en todos los casos en los que sus agentes hubieran realizado actos atroces y aberrantes ni se impone explícitamente la prohibición de dictar amnistías o indultos⁵.

En segundo lugar, la cuestión de si Barrios Altos es un precedente vinculante para la Corte Suprema también representa una dificultad que debe disipar quien quiere seguir a la Corte y adoptar como suyas sus sentencias. En efecto, si bien es cierto que la Corte Interamericana sostuvo con anterioridad que ella es la intérprete auténtica de la Convención⁶ y la Corte Suprema ha concedido dicho carácter argumentando que uno de los objetivos de la Corte Interamericana, tal como surge del Estatuto, es la interpretación de la Convención (Ver Ekmedjian CSJN considerando 21) lo cierto es que en Barrios Altos la Corte Interamericana no sólo se refirió a la Convención, cuyo texto había sido constitucionalizado por la Convención Constituyente de 1994, sino también al hecho de que la amnistía contravenía “derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (ver considerando 41) y la conciencia jurídica universal que constituye “la fuente material por excelencia (más allá de las fuentes formales) de todo el derecho de gentes” (ver considerando 15 voto del Juez Cancado Trindade) y estos principios, cualquiera fuera su mérito intrínseco, no forman parte de lo que es vinculante para un juez argentino en virtud de que el constituyente de 1994 sólo constitucionalizó los pactos internacionales mencionados en el artículo 77 inciso 22 pero

5. Más aún, la Corte Interamericana nunca antes había sostenido la ilegalidad de las amnistías. Así, en Velasquez Rodriguez v. Honduras, la Corte Interamericana decidió que las desapariciones forzadas en Honduras fueron una violación a los deberes internacionales de Honduras bajo el artículo 1(1) de la Convención. Adicionalmente, la Corte Interamericana sostuvo que Honduras tenía un deber “legal de adoptar pasos razonables para ... realizar investigaciones serias de las violaciones ... y para identificar a los responsables imponer pena apropiada y para asegurar a las víctimas compensación por los daños sufridos”. No obstante, la Corte no impuso a Honduras la obligación de imponer pena a las personas alcanzadas por la amnistía sancionada y sólo ordenó al gobierno que pague compensaciones a las víctimas.

6. Ver Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 26 de septiembre de 2006, considerando 124.

no hizo lo propio ni con los “derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos “ni con el “derecho de gentes”.

En tercer lugar, como el mismo Filippini lo ha destacado⁷ y como lo sostuvo el Juez Fayt en su disidencia en Simón, no es claro que los hechos y las circunstancias contextuales en Simón, Mazzeo fueran idénticas a las de Barrios Altos. Así, en Barrios Altos la ley de amnistía que había sancionado el Perú no tenía similitud con las leyes que fueron invalidadas por la Corte Suprema en Simón en tanto en la Argentina las leyes de Obediencia Debida y Punto Final fueron sancionadas después de una importante discusión previa, fueron enviadas para su sanción por el Poder Ejecutivo a un Congreso que no era dominado por el Poder Ejecutivo y su objetivo no fue, como en Barrios Altos, no incriminar delitos que se habían cometido por subordinados del mismo gobierno que buscaba la Amnistía. El efecto de la ley de amnistía sancionada por el Perú tampoco era idéntico al efecto de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida en tanto en el Perú la amnistía hacía imposible el acceso a la verdad acerca de lo sucedido por parte de las víctimas e impedía absolutamente la persecución penal mientras que en el caso de la Argentina las leyes sancionadas sólo restringían las posibilidades de imputación penal en el tiempo y respecto de las personas involucradas. Además, en la Argentina la amnistía no hacía imposible la averiguación de la verdad por parte de las víctimas en tanto existían otros mecanismos que las víctimas podían usar para determinar con bastante aproximación qué fue lo que sucedió con ellas o sus seres queridos⁸.

Finalmente, no es claro que el *holding* de Barrios Altos sea aplicable a Simón y a Mazzeo dado que la cuestión central a decidirse por la Corte Interamericana en Barrios Altos era si un estado violaba sus obligaciones internacionales al no ejercer su aptitud punitiva en contra de sus agentes cuando estos fueron presuntos responsables de haber cometido hechos atroces y aberrantes mientras que en Simón y en Mazzeo lo que estaba en cuestión era si, más allá de la eventual violación al derecho internacional que pudiera cometer el estado al no ejercer su aptitud punitiva, los presuntos responsables de hechos atroces y aberrantes tenían o no un derecho constitucional a invocar en su defensa lo dispuesto por el artículo 2 del Código Penal y el artículo 18 de la Constitución Nacional y, por lo tanto, si ellos debían o no ser privados del derecho de verse libres de persecución penal cuando el estado, aún en el caso en que hubiera violado sus obligaciones internacionales, decidió liberarlos de pena al sancionar una ley o de un decreto aparentemente dentro de sus atribuciones constitucionales, tal como la misma Corte lo había ya decidido en casos anteriores.

7. Ver Filippini opus cit. nota

8. En apoyo de la idea que las diferencias contextuales de Barrios Altos tornan inaplicables su dictum para casos como Simón y Mazzeo puede mencionarse también que algunos comentaristas han afirmado que la Corte Interamericana «dejó abierta la puerta para aquellas amnistías que (tenían) objetivos distintas a la impunidad como, por ejemplo, las amnistías que buscan la reconciliación o la transición política de un régimen represivo a otro que promete respetar los derechos humanos. Ver Richard J. Wilson & Jan Perlin, *The Inter-American Human Rights System: Activities from Late 2000 Through October 2002*, 18 Am. U. Int'l L. Rev. 651, 657 (2003). Pag

Las consideraciones anteriores, creo, sirven para demostrar que las complejidades que introducen las referencias al derecho internacional de los derechos humanos y el modo en que dichas complejidades debilitan la posibilidad de que compartamos y endosemos las sentencias de nuestros tribunales⁹. Pero la dificultad de endosar las decisiones de la Corte Suprema cuando esta se refiere al derecho internacional no es el único problema que los préstamos de derecho internacional introducen. Además, y este es el segundo problema que quiero apuntar aquí, los préstamos convierten a las decisiones judiciales en pronunciamientos más contingentes y menos necesarios de lo que es recomendable que sean, dado su importancia para el desarrollo de una cultura constitucional.

Como sostuve en *En Contra de los Préstamos...* una cultura constitucional exige que las normas últimas que rigen la vida colectiva –en una democracia constitucional, la constitución y sus tradiciones de interpretación- sean vistas como el único recurso al que podemos referirnos para resolver los conflictos colectivos que pueden emerger en el seno de nuestra vida política en común. Por ello, en una cultura constitucional debemos resistir tal como lo ha puesto Owen Fiss y lo dije en *En Contra de los Préstamos...*, la “compulsión de reglas trascendentes”, esto es, la referencia a normas que están más allá de la Constitución y, también por ello, debemos siempre decidir de un modo que pueda ser visto como un producto de razón pública categórica distinto a un mero acto de voluntad explicable únicamente a la luz de nuestras particulares convicciones personales.

El peligro de que las decisiones de nuestros jueces sean vistas como discrecionales aumenta cuando ellos usan o se refieren en sus sentencias al derecho extranjero por la sencilla razón de que hay tantas fuentes de derecho extranjero como países y, por lo tanto, tantas posibilidades de decisión como fuentes. Por ello, como sostuve en *En Contra de los Préstamos...* El uso o la referencia al derecho internacional de los derechos humanos no produce resultados tan dramáticos como el uso o la referencia al derecho extranjero pero, según yo entiendo, igualmente pone discrecionalidad en un lugar donde no debería haberla. Ello es así en razón de que en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho extranjero hay, en algunos casos, multiplicidad de fuentes y, en otros, no existe un árbitro último y final que determine el criterio de validez o corrección legal que constituya el estándar a la luz del cual debemos evaluar el material jurídico internacional al que pretenden recurrir los jueces cuando piden prestado material para sus sentencias.

Para ejemplificar lo que quiero aquí decir piense nuevamente en Simón y Mazzeo y en la cuestión de si el castigo de delitos aberrantes es, tal como lo sostuvo la Corte Suprema, una obligación categórica en el derecho internacional. Es verdad que en

9. Las dificultades de seguir a la Corte Suprema cuando esta cita precedentes internacionales se encuentra agravada en este caso por la inexistencia de comentarios accesibles respecto de la actividad de la Corte Interamericana, al menos en comparación con la discusión sobre las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales. Este es un punto que el propio Filippini acepta. Así Filippini afirma “Finalmente, la interacción entre la Corte Interamericana y los tribunales cuyas decisiones revisa también es escasa. La discusión sobre la actividad de los órganos de la justicia constitucional o penal del país es más intensa que la que existe respecto de la labor de los órganos interamericanos”. Ver Filippini, opus cit. nota, pag. 443.

Barrios Altos, la Corte Interamericana sostuvo que, como dije más arriba, la amnistía violaba “derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (ver voto Cancado Trindade considerando 3) y que las amnistías se encontraban “en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (ver considerando 6). Ahora bien, otros tribunales han considerado la misma cuestión y han arribado a la conclusión de que las amnistías no violaban el derecho internacional. Así, la Corte Suprema de Justicia de Sudáfrica, por ejemplo, sostuvo que no era violatorio del derecho internacional no perseguir penalmente a quienes pudieron haber cometido actos de violencia en conflictos armados que no eran internacionales¹⁰). La Corte Especial para Sierra Leona sostuvo que «no había una obligación general de abstenerse de dictar amnistías» y que los estados no violaban “normas consuetudinarias de derecho internacional cuando concedían amnistías”¹¹.

Más aún, órganos internacionales no jurisdiccionales que obviamente están conminados a actuar según el derecho internacional no han considerado a las amnistías necesariamente ilegales. Así, la Conferencia Plenipotenciaria de las Naciones Unidas que adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por ejemplo, fue, tal como lo dijo el presidente del comité de redacción Philippe Kirsch, “creativamente ambigua” sobre si los delitos amnistiados en un país pueden no obstante ello ser reprimidos internacionalmente¹² y la negociadora francesa Beatrice le Fraper du Hellen, sostuvo en referencia al artículo 53 del Estatuto que da atribuciones al fiscal para decidir no perseguir algunos delitos, que esta era una provisión muy importante en razón de que “autorizaba al fiscal a tomar en cuenta situaciones post crisis como la situación de Sudáfrica, Guatemala o el Salvador donde, a través de las comisiones de paz y reconciliación de dichos países hubieron intentos de solución a las violaciones a los derechos humanos¹³. Las Naciones Unidas mismas parecen haber aceptado la legalidad internacional de las amnistías. Así durante el año 1993 las Naciones Unidas ayudaron a negociar una amnistía en Haití. En efecto, luego de que una junta militar forzara el exilio del electo Presidente Jean-Bertrand Aristide en 1991, Dante Caputo fue nominado por las Naciones Unidas mediador entre el gobierno militar y Aristide. En 1993, Caputo y el presidente Clinton negociaron un acuerdo con los líderes militares en términos del cual Aristide sería repuesto en el poder y a cambio de ello los miembros de la junta serían amnistiados. El Consejo de Seguridad no sólo aprobó el acuerdo de su

10. Ver *Azanian Peoples Organisation and others v. President of the Republic of South Africa*, Constitutional Court, 27 July 1996. En este caso también se destacó que el Protocolo II a la Convención de Ginebra de 1949 que se refiere a conflictos domésticos autoriza a los estados a conceder amnistías para promover la paz y la reconciliación interna. Ver, John Dugard, *Reconciliation and Justice: The South African Experience*, 8 *Transnat'l & Contemp. Probs.* 277, 305 (1998)

11. Ver *Prosecutor v. Kallon & Kambara*, Decisión sobre la Jurisdicción: Acuerdos de Lome, Caso Nos. SCSL-2004-15-AR72(E), SCSL-2004-16-AR72 paragrafo. 7 (citado por Leila Sadat, *Exile, Amnesty and International Law*, 81 *Notre Dame L. Rev.* 955, 1018 (2006)).

12. Ver Michael Scharf, *From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace*, 63 *Wash. & Lee L. Rev.* 339, 367 (2006)

13. Ver Newman, pag. 319 n. 118. COMPLETAR CITA

nominado Caputo que incluía la amnistía sino que además, agradeció a Caputo «el haber establecido un dialogo entre las partes en Haiti»¹⁴.

Por su parte la doctrina internacional tampoco es concluyente al respecto¹⁵. Más aún, algunos doctrinarios internacionales importantes han sostenido que no existe una obligación internacional de castigar todo delito aberrante. El grupo de académicos que se reunió en la ciudad norteamericana de Princeton en el año 2001 para redactar los principios aceptados de la jurisdicción universal (conocidos como los “Princeton Principles”) sostuvieron que las “amnistías son en general inconsistentes con la obligación de los estados de responsabilizar (“provide accountability”) por la comisión de crímenes serios bajo el derecho internacional¹⁶ pero concedieron como surge del lenguaje elegido que, por un lado, ciertas amnistías pueden ser legítimas (por eso se condiciona el principio usando la expresión “en general”) y, segundo, que los estados no tienen una obligación de acusar penalmente y sancionar estos crímenes sino sólo una obligación de “responsabilizar” (“provide accountability”) obligación que no exige la imposición de penas pues puede honrarse de modos distintos como, por ejemplo, permitiendo las demandas por daños y perjuicios o condicionando las amnistías al reconocimiento de la participación en crímenes que se amnistían como sucedió en Sudáfrica, o formulando juicios públicos de autoría, etc.

Las opiniones anteriores muestran que en realidad no es claro, desde el punto de vista del derecho internacional, si una amnistía concedida por un estado es necesariamente *contra legem*. Por consiguiente, una sentencia que se refiera y apoye sus conclusiones en el derecho internacional, tendrá la misma fortaleza –o debilidad- que su referencia y podrá ser vista como una decisión contingente que no se encuentra impuesta por la concepción de lo que es jurídicamente correcto que hemos desarrollado en el seno de nuestra comunidad política a la luz de nuestra constitución y de las prácticas de su interpretación.

Consecuentemente, la recurrencia al derecho internacional puede no sólo no fortalecer una sentencia sino, por el contrario, debilitar la práctica de juzgar y, con ello, socavar la autoridad de las instituciones que hemos designado para pronunciarse con autoridad acerca de la manera en que debemos resolver los problemas que se presentan en nuestra vida en común como miembros de una comunidad política.

Obviamente, este inconveniente de los préstamos de derecho internacional son es un problema mortal pero, tal como sugerí más arriba, debería motivar que los internacionalistas como Filippini reflexionen y tengan en cuenta que a los efectos de decidir las bondades de los préstamos internacionales no basta considerar si el derecho internacional en función de su contenido es de mejor calibre que el derecho nacional sino que es preciso, además,

14. UN SCOR, 48th Sess. 3238th mtg., 20 UN Doc. S/INF/49 (1993). S.C. Res. 861, UN SCOR 48th Sess. 3271th mtg., UN Doc. S/RES/861 (1993).

15. Ver Michael P. Scharf, *Swapping Amnesty for Peace: Was There a Duty to Prosecute International Crimes in Haiti?*, 31 *Tex. Int'l L.J.* 1, 36 (1998)

16. Stephen Macedo, *Universal Jurisdiction* 18 (2004) Pag. 32-33

tener en cuenta que dada las particulares condiciones de desarrollo del derecho internacional cuando nos diferimos a él para solucionar nuestros conflictos políticos más complejos introducimos contingencia en un lugar donde no debería haberla.

IV

Para evitar ser mal entendido quiero terminar con una advertencia acerca de lo que estoy diciendo. Mi punto no es que el derecho internacional constitucionalizado por la Convención Constituyente de 1994 no sea vinculante para nosotros o que debamos evadirnos de las obligaciones internacionales que nuestro país ya asumió. No estoy discutiendo con Filippini acerca de si el derecho internacional integra o no integra nuestro derecho ni si debemos aplicar el derecho vigente y honrar los compromisos que nos vinculan. Lo único que quiero hacer aquí y en *En contra de los Préstamos* es llamar a la reflexión a aquellos que sólo ven bondad en la práctica de diferirse a normas extranjeras o internacionales y contribuir a que se entienda la posición de aquellos que consideran que el autogobierno colectivo requiere que miremos mucho más para adentro para llegar a soluciones que puedan ser vistas como la reconstrucción de los principios que nos constituye como la comunidad política que somos.

