

XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009.

Decisión judicial y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en Argentina : la disidencia en el fallo de la Corte Suprema en el caso Simón (2005).

Yanina Guthmann.

Cita:

Yanina Guthmann (2009). *Decisión judicial y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en Argentina : la disidencia en el fallo de la Corte Suprema en el caso Simón (2005)*. XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-062/771>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Decisión judicial y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en Argentina: la disidencia en el fallo de la Corte Suprema en el caso Simón (2005).

Yanina Guthmann, Becaria IIGG (FSOC)

yaniguth@yahoo.com.ar

INTRODUCCIÓN:

En la Argentina, la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos humanos (DIDH) y su impacto, no pueden desligarse de la historia reciente: las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura (1976-1983). A pesar de que el gobierno argentino suscribió numerosos instrumentos internacionales a través de lo cual se ha comprometido a perseguir y sancionar a los autores de “crímenes contra la humanidad”, puede afirmarse que hasta muy recientemente, no ha cumplido con ese deber: omisión legislativa de tipificar crímenes internacionales en el orden interno, voto de las leyes 23.492 y 23.521 conocidas como de Punto Final (PF, 1986) y Obediencia debida (OD, 1987) e indultos presidenciales (1989, 1990). En efecto, muchos responsables de graves delitos se encuentran aún en servicio activo en el ejército o en la policía y otros, son funcionarios de Estado. Sin embargo, en el 2005, una Sentencia de la Corte

Suprema de Justicia¹ anuló las leyes OD y PF y habilitó definitivamente la prosecución de las causas judiciales por crímenes durante la dictadura bajo fundamento en el concepto proveniente del DIDH de “crimen lesa humanidad” y su imprescriptibilidad, esbozando así una reorganización de las relaciones entre derecho y política, entre legitimidad y legalidad. Es alrededor de estos conceptos que intentaremos pensar algunos nudos conceptuales en la argumentación de la emblemática sentencia de la Corte Suprema, develando a través de la lógica de la decisión judicial en temas de derechos humanos, la pregunta por el fundamento.

La Sentencia está compuesta por ocho votos. El voto principal, mayoritario (siete jueces lo firman), seis votos que retoman algunos considerandos del voto principal pero hacen desarrollos propios y el voto disidente. La mayoría de los jueces² aplica la noción de “crimen contra la humanidad” y considera Simón culpable³. El juez Fayt señala sin embargo que esta decisión contraría el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional): la aplicación de la noción de “crimen contra la humanidad” y la imprescriptibilidad que le concierne no es evidente puesto que esta categoría no estaba⁴ codificada en la ley nacional cuando los delitos fueron cometidos. A través de la lectura del fallo, y más allá de la pretendida objetividad y coherencia lógica, del formalismo del derecho, se trata en este trabajo de comprender ese “elemento formal específicamente jurídico: la decisión”, como lo llama Schmitt (Agamben, 2003, p. 75), y sus lógicas. Para llevar a cabo esto, me centraré en el voto disidente de Fayt, principalmente en los considerandos 33 a 68- es decir la justificación atinente a la afectación del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* por la aplicación del principio de imprescriptibilidad⁵.

La decisión de juzgar a Simón pasa en la mayoría de los votos, por autorizar e incorporar una fuente “nueva” de legitimidad frente a la legalidad penal y procesal tradicional: el Derecho Internacional de los derechos humanos (DIDH) –en particular su primacía por sobre el derecho

1 Se trata de la sentencia en el “caso Simón”. Casi veinte años después del retorno de la democracia, este caso puso en el tapete el castigo de los crímenes contra la humanidad. En octubre de 2000, en el marco del caso Poblete y Hlaczik, el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales, una ONG de derechos humanos) sostiene la inconstitucionalidad de las leyes. José Poblete y Gertrudis Hlaczik fueron secuestrados en Buenos Aires el 28 de noviembre de 1978, con su hija de ocho años, Claudia Poblete, por un grupo que declaró pertenecer a las fuerzas armadas. Claudia Poblete, luego de estar mucho tiempo secuestrada fue entregada a una pareja de militares que la inscribieron en el registro civil como hija biológica. Vivió más de veinte años con esta falsa identidad hasta que su familia la encontró y entabló un juicio para restablecer su verdadera identidad y castigar a los responsables. Los apropiadores fueron condenados en el 2000 por delitos de apropiación de niños y sustitución de identidad. Los crímenes de los cuales fueron víctimas la madre y el padre, “torturas” y “desaparición forzada de personas”, sin embargo estaban amnistiados bajo el gobierno de Alfonsín. Los únicos delitos que no habían sido perdonados, ni por las leyes, ni por los indultos, fueron la apropiación de niños y el robo de bienes. De este modo, la apropiación de Claudia Poblete pudo ser castigada y no así los crímenes contra sus padres: una situación que según la querrela es “paradojal” y que efectivamente llevó a la derogación de las leyes mencionadas en 2001 en la sentencia del Juez Dr. Cavallo y a la ratificación de esta decisión por la Corte Suprema en el 2005.

² Petracchi, Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti, Boggiano, Maqueda y Argibay.

³ El juez Belluscio decide no implicarse y se abstiene.

⁴ Hoy en día los delitos de lesa humanidad están tipificados en el código penal gracias a la sanción de la ley 26.200 que reglamenta la implementación del Estatuto de Roma; además de someter el juzgamiento de delitos de lesa humanidad a la justicia penal internacional implicó introducir en la legislación argentina la tipificación de los crímenes de lesa humanidad y de genocidio. Luego se incorpora el art. 142 bis previéndose, en particular, la figura de la desaparición forzada de personas.

⁵ Siendo este uno de los mayores problemas jurídicos según los expertos Folgueiro (2006) y Parenti (2007).

nacional. Según Fayt, en el marco de un caso difícil⁶, el hecho de privilegiar la justicia por sobre la legalidad, entendida como ordenamiento legal vigente, carece de fundamento. (I) Sin embargo, en el voto disidente en el que Fayt estudia y refuta todos los argumentos utilizados para justificar el cambio de jurisprudencia⁷, se puede leer, entre las líneas de la aplicación estricta del “principio de legalidad”, las porosidades entre la argumentación jurídica y política. Esto último permite repensar la posibilidad de una aplicación⁸ estricta del principio de legalidad en este tipo de casos donde lo que está en juego es justamente la responsabilidad criminal del Estado, es decir, el fundamento (y límites) del orden jurídico del Estado moderno y por tanto la posibilidad y límites de la distinción entre “lo jurídico” y “lo político” (II).

I] LEGALIDAD VS JUSTICIA: LA DECISION JUDICIAL EN UN CASO DIFÍCIL

Aplicación estricta del principio de legalidad/aplicación del DIDH

Desde la doctrina⁹, algunos autores alegan que se ve afectada la seguridad jurídica porque la reapertura de juicios por crímenes lesa humanidad vulnera el principio de legalidad. En particular, aparece el problema de la prescripción de los hechos que se juzgan, dado que pasaron más de veinte años desde el fin de la dictadura. Según Folgueiro (2007, p. 82), desde un punto de vista de técnica penal y con respecto al caso Simón:

(...) si se sigue una interpretación rígida del principio de legalidad en materia penal, con prescindencia de toda vinculación entre el derecho interno y el derecho internacional, es claro que puede sostenerse la afectación del principio de legalidad, porque al momento de la comisión de los hechos ninguna ley en el ámbito interno recogía el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

En esta línea, correspondiente a la interpretación “rígida”, se encuentra el voto del juez Fayt. Según este juez, aun considerando las leyes de Obediencia Debida y Punto final como anticonstitucionales, todavía queda una dificultad para poder castigar a los responsables de los

⁶ Según Hart, por un lado la ambigüedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y por otro lado, los sistemas jurídicos contemporáneos contienen normas contradictorias, basadas en concepciones éticas y políticas opuestas. Estos fenómenos, en los casos constitucionalmente “difíciles” (como es el caso Simón), revelan el carácter discrecional de los jueces.

⁷ En 1987 la Corte Suprema considera la ley de Obediencia Debida constitucional conforme al derecho vigente. Según Fayt “Corresponde, entonces examinar si los argumentos invocados, (...) resultan de entidad suficiente como para enervar la línea jurisprudencial referida. Para ello, es necesario describir con precisión dentro del cúmulo de argumentos utilizados, cuales de ellos son los que en definitiva determinaron un alejamiento tan drástico del precedente con aptitud para conducir a una solución contraria”. (§33)

⁸ Según Agamben (2003, p. 82, 83), citando a Schmitt “ la aplicación de una norma no está en modo alguno contenido en ella, ni tampoco puede ser deducida de ella, porque de haber sido así, no habría sido necesario crear todo el imponente edificio del derecho procesal (...)”.

⁹ Rosenkrantz C. (2007) “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo) in www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica14.pdf - y Elias S. (2008), “Simón (o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de derecho) in <http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Simon.Elias.pdf>.

crímenes. Estos delitos (así como el principio de imprescriptibilidad que los caracteriza) no estaban inscriptos en el código penal argentino al momento de cometidos los crímenes; ¿Cómo se puede entonces juzgar crímenes que no están tipificados al momento de ser cometidos? El principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege* (art. 18 de la Constitución Nacional) establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho del proceso¹⁰. Según algunos autores aplicar la categoría de crimen lesa humanidad a las graves violaciones cometidas durante la dictadura implicaría aplicar un principio penal de forma retroactiva, lo que sería contrario al derecho.

Otros jueces analizan el caso “sin *prescendencia de toda vinculación entre el derecho interno y el derecho internacional*” (los otros siete ministros) y justifican la decisión en función de esta **vinculación**. Es decir que, aun si hay dificultades para encontrar un *holding* claro (Mariano del Valle, 2007) o una doctrina mayoritaria que se ocupe de la aplicación del derecho internacional en el ámbito nacional, los jueces que aceptan de castigar a Simón utilizan una estrategia común: la efectividad creciente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en el ámbito local. Estos crímenes se hallaban tipificados en el estatuto de Nuremberg y definidos en diversos tratados internacionales al momento de ser cometidos. Ahora bien, si se toma este camino, el problema que aparece es cómo justificar, fundamentar, esta aplicación de tratados no vigentes en el derecho interno al momento de los hechos. Es decir, la cuestión que permanece entonces es saber como justificar hoy el castigo de crímenes contra la humanidad anteriores a 1994 o 1995 sin recurrir a un argumento trascendental.

La cuestión del fundamento

A excepción de la Jueza Argibay que argumenta con base en la Convención sobre la Imprescriptibilidad (incluida en 1995 en el derecho interno) con retroactividad material, todos los otros jueces aceptan la primacía del derecho internacional sobre el derecho nacional, en base a argumentos como la creciente autoridad de la Corte Interamericana (Petracchi) o la costumbre internacional y la noción de *ius cogens* reconocidas por la Constitución en el art. 118 en su referencia al “derecho de gentes” (Boggiano, Maqueda, Lorenzetti, Highton, Zaffaroni). Ahora bien, en qué sentido pueden estos argumentos como un fundamento legítimo para establecer la primacía del DIDH sobre el derecho vigente ?

¹⁰ El principio de legalidad produce varias consecuencias en el derecho penal material: la ley penal debe ser anterior al hecho del proceso (*lex praevia*), debe ser escrita (*lex scripta*) y debe describir con toda precisión la conducta prohibida; asimismo, la pena debe estar establecida con claridad como así también sus condiciones de ejecución (*lex certa*), y la interpretación de la ley debe estar sujeta a esa determinación (*lex stricta*). (Folgueiro, 2006, p. 77)

A excepción de Petracchi (invoca la autoridad de la Corte Interamericana (caso Barrios Altos, 2001) a través de la creciente mundialización del derecho), los otros jueces retoman la interpretación de la Sentencia Schwamberger (1989) donde el Juez Schiffrin interpreta el artículo 118 de la Constitución¹¹ para introducir la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno independiente de los códigos nacionales. Es interesante observar que la noción de *jus cogens*, cuyo concepto no está claramente definido cumple una función similar a la de la ficción legal. Las ficciones teóricas legales ocultan el hecho de que son jueces quienes en rigor crean el derecho bajo la apariencia de que están sujetos a la legislación, al derecho objetivo y codificado y a los demás instrumentos y dispositivos que los condicionan. El juez utiliza entonces fuentes formales de reglas jurídicas no escritas tales los principios generales. Estos principios que en este caso provienen de los derechos humanos están presentados como “inmanentes y satisfacen en un sistema laico la aspiración a lo sagrado, dan un fundamento subjetivo al conjunto y están supuestamente no constituidos por el juez pero declarados” (Frison Roche, p. 76)¹². En este sentido, según Fayt:

sostener que la alusión del art. 118 de la Constitución Nacional al Derecho de gentes, obliga a los tribunales internacionales a aplicar directamente las reglas propias del derecho internacional resulta absolutamente dogmático §65

Sería entonces un régimen que desafía las leyes positivas, dispuesto a sacrificar intereses vitales para el cumplimiento de una ley Natural, de valores trascendentes, de una más “elevada legitimidad” frente a una “legalidad mezquina”. (Arendt, 1972, p. 205). Según Fayt,

El principio de legalidad es así visto como un impedimento que el legislador procura eludir conscientemente en atención a las "complejidades" derivadas del mandato de determinación que dicho principio conlleva (§96)

Ahora bien, si es “dogmático”, carente de fundamento y de razones, si un principio fundamental se ve como un impedimento a remover en función de otros fines, aparece con toda claridad las porosidades entre una decisión política y una jurídica.

Fayt enfatiza la ausencia de fundamentos como un vicio, explicitándolo en tres momentos bajo tres expresiones diferentes:

¹¹ « [...] cuando los [crímenes] son cometidos fuera de los límites de la Nación, contra el *jus gentium*, el Congreso determinara por una ley especial el lugar donde serán juzgados » (art. 118 de la Constitución).

¹² O como escribe Arendt (1985, p. 314) “Existen tesis filosóficas o religiosas que corresponden a esta opinión -por ejemplo que todos los hombres son iguales frente a Dios (...)- pero ninguna tuvo jamás importancia política o práctica, porque la igualdad (...) trascendía el ámbito donde se dan las relaciones humanas y permanecía externa (...) tales preferencias políticas (...) son el resultado de un pensamiento discursivo, representativo; y están comunicadas por medio de la persuasión y la disuasión” (mi traducción).

Por otra parte, el a quo elabora su razonamiento sobre la base de asignar al art. 15.2 el carácter de ius cogens (...). Mas esta aseveración es absolutamente infundada, en tanto define al principio de aplicación retroactiva de la ley penal en el caso de crímenes iuris gentium (...) como norma de ius cogens sin más base que la afirmación dogmática de quienes suscriben el fallo (...) una afirmación carente de fundamentación..

En este sentido, uno podría preguntar si el caso Simón no sería un ejemplo de “transgresión legal”: « (...) El espacio entre justicia y legalidad es el espacio de la libertad y la transgresión por excelencia“ (Sokoloff, 2004, p. 345) ¿Una nueva legitimidad que hace demasiado visible el límite entre creación y aplicación del derecho? Tal vez. Pero antes podemos leer el voto de Fayt, el más largo de todos: ¿Bajo qué fundamento se justifica la estricta aplicación del principio de legalidad (entendido como respeto del orden jurídico vigente) en el caso de crímenes excepcionales como son los crímenes lesa humanidad (que son justamente aquellos que revelan la fractura y paradojas inherentes a ese orden)? Estudiar los principales argumentos de Fayt puede ser una vía para intentar responder a estas preguntas y desplazar la pregunta del fundamento de la primacía de los derechos humanos a la pregunta intrínsecamente relacionada del fundamento del orden jurídico del Estado moderno (preguntas que sólo planteamos en tanto surgen de las argumentaciones de los jueces pero que no abordaremos analíticamente en este trabajo).

III] ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ARGUMENTACIÓN POLÍTICA

A) El conflicto entre legalidad y justicia y la esencia del Estado de derecho

Según Fayt, la relación entre el principio de legalidad y su respeto estricto es esencial para la esencia del Estado de derecho:

En efecto, los derechos y garantías fundamentales propios del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material (principio de legalidad...) y procesal penal...son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos concretos extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a valores, o lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente como para imponerlo. (§ 96)

Sin embargo, cabe preguntarse ¿Cuál es la “esencia del Estado de derecho”? ¿En qué sentido se relacionan la absoluta obediencia a la legalidad “penal material” y “procesal penal”, incluso en casos “extremos y muy graves”, con el respeto de los “valores” de un “Estado de derecho”? ¿No sería la “obediencia al orden”, “el ordenamiento puramente tecnocrático”, el único valor protegido según este razonamiento ?

La aparición del Estado es indisociable de un proceso de racionalización del derecho. La idea de monopolio de la legalidad estatal como base del Estado moderno es primordial, y en este sentido, a través del código penal, el Estado asienta su derecho de castigar y su autoridad política respondiendo a una necesidad de seguridad jurídica. El principio de legalidad penal formalmente consagrado por la Declaración de derechos humanos en 1789, en su doble dimensión de reserva en beneficio del legislador y de protección de los individuos contra el ejercicio arbitrario del poder, resume los trazos esenciales del Estado moderno, esbozo del Estado de derecho. Y es este sentido, que debe interpretarse el argumento de Fayt.

Sin embargo, el principio de legalidad penal, que tiene un alcance supranacional desde su afirmación en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, no es absoluto. No solamente existen excepciones al principio, “pero también se observa una evolución en el concepto mismo de legalidad, hoy en día más ligado a la idea de seguridad que a la de legalismo puro” explica la jurista Garibian (2007, p. 19). Aún si aceptáramos que el principio de legalidad no puede conocer ningún tipo de excepción, incluso en casos “*extremos y muy graves*”, permanece el problema de la interpretación de este principio. En cuanto al principio de prescripción en particular, Argibay, se apartó de la doctrina de la Corte Suprema que postula que la prescripción de la acción penal integra el concepto de “ley penal” aludido por el principio de legalidad. Agregó que no se frustra la confianza en el derecho de los ciudadanos, lo que comúnmente se denomina “seguridad jurídica”, porque la prescripción de la acción penal “no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor del delito pueda motivarse” (§ 16).

Ahora bien ¿quien define lo absurdo? ¿Quien puede definir la relación entre hechos y derecho? Como explica Díaz (2003, p. 173), la ley es una cuestión de palabras y la interpretación no puede permanecer libre sin riesgos. El argumento de Fayt para justificar el conflicto entre legalidad y justicia responde entonces a una determinada concepción de la “esencia” del Estado moderno, como monopolio de la legalidad estatal, y a una determinada interpretación del principio de legalidad. Sin embargo, justamente es esta concepción y esta interpretación la que entra en crisis cuando se piensa en el surgimiento y evolución del derecho penal internacional e incluso en la

noción misma de “crimen lesa humanidad”. Es aquí que la noción de **soberanía** aparece ya que el derecho a castigar emana directamente de ella.

B) La soberanía amenazada

En la lectura de la Sentencia aparece claramente una preocupación por la cuestión de la soberanía. Según Fayt,

Que a través de esta cláusula [art 27], (...) Se trata de una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Esta interpretación preserva ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo tratado, el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de la soberanía. (§46)

Aquí podemos preguntarnos ¿a qué soberanía se refiere Fayt? El concepto de “soberanía” puede corresponder a más de un significado. La soberanía puede ser la cualidad del Estado en tanto que no tiene ningún superior. Una soberanía en el ámbito internacional no depende de ningún otro Estado y sólo puede estar sometida a un orden jurídico en cuya elaboración contribuye y al cual está inmediatamente y directamente ligado por las reglas a las cuales libremente consintió. En este sentido, se entiende soberanía como independencia respecto a toda potencia exterior. En un segundo sentido, la soberanía es la potencia del Estado, es decir la suma de todo lo que puede hacer, el conjunto de competencias que puede ejercer. Esta definición es diferente a la anterior en tanto y en cuanto es absoluta y no relativa.

Ahora bien a cuál definición de soberanía se refiere Fayt? Pareciera que en el § 46 el juez se refiere a la primera definición, una soberanía relativa a los otros países. En este punto, otros jueces de la Corte comparten la preocupación con Fayt pero justificando, al contrario la aplicación de los principios del derecho penal internacional: (Zaffaroni, §35) y Highton de Nolasco:

(...) Si no se ejerce la jurisdicción en función del principio territorial, entra a operar el principio universal y se pone en juego la soberanía de la República Argentina (Highton de Nolasco, §30)

En nombre de la “soberanía”, y dada la existencia y avance de la jurisdicción internacional, según estos jueces habría que aplicar el DIDH para no limitar el poder nacional frente a la jurisprudencia internacional (Otro elemento paradójico del avance del DIDH respecto del Estado respecto de los años 80, ver cita a pie de página nº 8). Aquí se produce una inversión en los argumentos. Estas amenazas se dirigen directamente a “los soberanistas” pero se cambia la conclusión. En nombre de la soberanía es que hay que aplicar el Derecho internacional e incluso proclamar su primacía. Y en este caso, la “dignidad de la República” estaría ligada a los valores del DIDH, a valores universales, a la “dignidad humana” según Maqueda (§ 34), a la “evidencia de las normas para la humanidad” para evitar “oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad” según Boggiano (§ 43).

Pero volviendo al voto de Fayt y a la definición de soberanía y dado que en el caso entra en juego es la noción de “crimen lesa humanidad”, la segunda definición también puede aplicarse. Aparece entonces la cuestión de los límites, “el umbral”, la “zona de indiferenciación” (Agamben, 2003, p. 59) entre dos formas de entender la soberanía y es en esta frontera que hay que comprender el planteo de Fayt. Agamben (2003) explica que por un lado el soberano puede decidir el estado de excepción, pero garantiza al mismo tiempo el anclaje al orden jurídico. El Estado entonces, más que el monopolio de la coacción tiene el monopolio de la decisión. En efecto, “la definición schmittiana de la soberanía (es soberano quien decide el Estado de excepción) devino un lugar común, antes incluso que se haya podido comprender lo que se juega, nada menos que el concepto de límite de la doctrina del Estado y el derecho (...)” (Agamben, 1997, p. 19) y con esto la pregunta por la existencia de un fundamento último del orden jurídico del Estado moderno.

Conclusión

A modo de conclusión, se podría pensar que en el caso estudiado la legitimidad de la aplicación del DIDH en el derecho interno no es independiente de la definición del concepto de “crimen lesa humanidad”. Esta categoría pone en jaque la idea del Estado como un Estado siempre inocente, como una soberanía ilimitada que puede redefinir su legitimidad siempre y cuando esta última tome la “forma” de la legalidad, de “cierta” racionalidad “jurídica” o inclusive del “Estado de excepción”, otra figura constitutiva del Estado moderno.

Es decir, detrás de la denuncia por la ausencia de fundamento de la primacía de los derechos humanos por sobre el derecho interno, se encuentra la pregunta por el fundamento del orden jurídico vigente y esta pregunta no es otra que la pregunta más amplia por la especificidad de “lo

jurídico” frente a “lo político”. Pensar el derecho como mera aplicación de una regla, como un formalismo, no toma en cuenta que la noción de “regla de derecho” y “legalidad” es parte del problema a resolver. Sin embargo, pensar el derecho meramente como fruto de luchas de poder externas tampoco explica el esfuerzo de los jueces por sostener la “seguridad jurídica” frente al cambio de jurisprudencia. La argumentación de los jueces no pareciera simplemente el disfraz de una decisión “arbitraria”; se cambia el “derecho vigente” pero no sin antes explicitar las razones, inclusive en los puntos de diálogo entre el voto disidente y el voto mayoritario. Son estas cuestiones, las que, de modo más profundo, abordo en el marco de mi tesis.

Lejos de encontrar en el estudio del discurso jurídico el (o un) fundamento para la aplicación del DIDH, lo que aparece es sin embargo una permanente dialéctica entre las “reglas del derecho”, la legalidad, y el “afuera”, el “no derecho”, una dialéctica, que se cuela en el viaje del expediente por los pasillos de la justicia, en el hiato de una “aplicación” del derecho que no puede entenderse por fuera de un código procesal penal. Y es esta una dialéctica que sin embargo no pareciera tener síntesis firme y cuyos actores no parecieran ser únicamente los operadores del derecho.

Fuentes

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2005), “Caso Simón ”.

Bibliografía

Bibliografía complementaria

Agamben G. (1997). *Homo Sacer*, Paris : Seuil.

Agamben, G. (2003). *Estado de Excepción*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo.

Arendt, H. (1972). *Le système totalitaire*, Paris : Seuil.

Arendt, H. (1985). *La crise de la culture*. Saint-Amand : Gallimard.

Carrió, G. R (1974). *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires: Astrea.

Derrida, J. (1997). *Fuerza de ley, El fundamento místico de la autoridad*, Madrid: Tecnos.

Díaz, M. (2003). « El rito del entierro. La escritura de la historia argentina en textos jurídicos de la democracia (1983-1987) », Tesis de doctorado no publicada, Universidad de Buenos Aires (U.B.A), Facultad de letras, Argentina.

Fernández Valle, M. (2007) « La Corte Suprema, la dictadura militar y un fallo para pensar », Disponible en Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella, <http://www.cdh.uchile.cl/articulos/fernandez/DiTella.pdf>.

Folgueiro, H. (2006). “Inconstitucionalidad de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Notas al fallo “Simón” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad, Buenos Aires: Abuelas de plaza de mayo.

Foucault, M. (1971), “ Orders of discourse”, *Social Science Information*, disponible en www.sagepublications.com.

Foucault, M. (1983), *El discurso del poder*, Buenos Aires: Folios Ediciones.

Frison-Roche, M. A. (1995), “La rhétorique juridique”, *Hermès* 16.

Garibian S. (2007), « Le crime contre l’humanité au regard des principes fondateurs de l’Etat moderne. Naissance et consécration d’un concept », Tesis de doctorado, Universidad Paris X (Sorbonne), París, Francia.

Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Madrid, Sarpe, 1983.

Jurovics, Y. (2002). *Réflexions sur la spécificité du crime contre l’humanité*, Paris : LGDJ.

Nino, C. S. (2007). *Derecho, Moral y Política*, Buenos Aires: Gedisa.

- Parenti, P. (2007). “La jurisprudencia argentina frente a los crímenes de derecho internacional”, *Latinamerika Analysen* 18, n°3, pp. 61-93, Hamburg: Ilas.
- Perelman, Ch. (1977). *L’empire rhétorique*, Paris : Vrin.
- Perelman, Ch., Olbrechts- Tyteca L., (1994), *Tratado de la argumentación*, Madrid: Gredos.
- Quiroga, H. (2004). *El tiempo del “proceso”*, Buenos Aires: Homo Sapiens.
- Raffin, M. (2006). *La experiencia del horror*. Buenos Aires: Editores del puerto.
- Rodríguez, C. (1999). « Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces », in Kennedy D., *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Ediciones Uniandes, Bogotá.
- Rodríguez, C. «Teoría del derecho y decisión judicial, en torno al debate entre Hart, H. L. A. y Dworkin, R. Estudio preliminar », in *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997.
- Schiffrin, L. (2001). “*Ius gentium* y concepción estatista del derecho en relación con los nuevos desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia argentina” in CELS, *Verdad y Justicia, Homenaje a E. Mignone*, San José: ediciones del Puerto.
- Sokoloff, W. (2004). « Between Justice and Legality : Derrida on decision », *Political Research Quarterly*.