

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, LAS FUENTES ROMANAS Y SU RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Irma Adriana GARCÍA NETTO¹

RESUMEN: L' artículo trata del cambio de paradigma en el desempeño del Tribunal Superior de Justicia de Argentina, en estos últimos años, relacionada con l' aplicación de principios generales de derecho de raíces romanistas y en que se refiere al derechos humanos y a l' aplicación de las penalidades.

PALABRAS-CLAVES: Derechos Humanos. Principio legalidad. Derechos de las personas. Irretroactividad de la ley penal. Imprescritibilidad.

El presente trabajo intenta reflejar en pocas líneas el cambio de paradigma que se ha impuesto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina², en los últimos años, y que se relaciona con la aplicación de los principios generales del derecho de raíz romanista.

En ocasión de pronunciar la *lectio doctoralis* en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, aquél 16 de marzo de 2004, con motivo del otorgamiento del doctorado *honoris causa*, el maestro Luigi Labruna nos instó a tener el coraje de reorientar la interpretación del derecho³ para ser funcional al hombre y a sus reales exigencias en el tercer milenio. "La humanidad del derecho, y en consecuencia la humanización de la práctica jurídica, de la cual la sociedad tiene hoy particular necesidad, determina la senda para la actuación de los derechos humanos, para la realización del verdadero derecho."⁴

Pondré el foco de atención en tres sentencias que me parecen paradigmáticas en las que se genera una discusión interesante que pone en tela de juicio la operatividad del principio de legalidad que sostiene el art. 18 de la Constitución argentina⁵ y su colisión con lo regulado en los tratados internacionales de derechos humanos –incorporados con jerarquía constitucional–, resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶ y aplicación del derecho de gentes, referidos a casos de delitos de lesa humanidad, en especial sobre la irretroactividad de la ley penal y la imprescritibilidad de los delitos de lesa humanidad.

Del mismo modo que al redactarse nuestra Constitución en 1853, se tuvieron en cuenta los postulados del naciente liberalismo político, la emancipación de las colonias estadounidenses y las doctrinas surgidas de la Revolución Francesa, en el momento de la reforma constitucional de

¹ Profesora Titular de Principios Generales de Derecho Latinoamericano y ordinaria de Derecho Romano. UBA – Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Buenos Aires – DF- Argentina. CP C1425CKB – docentes@derecho.uba.ar

² Máximo Tribunal de Justicia de mi País, en adelante CSJN.

³ Recordando las enseñanzas de Pomponio (*I.s. enc*) D.1.2.2.12 a propósito del *ius (civil)* "quid sine scripto en sola prudentium interpretatione consistit", con las observaciones importantes sobre el "ius controversum e sistema nel diritto attuale" de M. Talamanca (1995, p.771), *Il Corpus Iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, 771 y ss, ahora en AA.VV., *Strutture e forme di tutela contrattuali*, a cargo de V. Mannino (2004) 1 y ss, especialmente 28 y ss, donde cito, conforme también, el reciente F. Viola e G. Sacaría (1999), *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*.

⁴ Cf. LABRUNA, 2004.

⁵ "Ningún habitante de la Nación podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso [...]" (ARGENTINA, 1994).

1994 -época de expansión del llamado derecho internacional de los derechos humanos- los constituyentes incorporan con jerarquía constitucional, los tratados internacionales de Derechos Humanos⁷. El juez Petracchi en las causas "González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nacional de Córdoba s/ amparo" (consid. 2º, párr. 1º) y "Alianza 'Frente para la Unidad' s/oficialización listas de candidatos" (consid. 9º, párr. 2º) sostuvo la existencia de un "bloque de la constitucionalidad argentina" compuesto por los preceptos constitucionales y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, como parámetro de control de constitucionalidad, y es en base a este presupuesto la discusión en los casos Espósito, Miguel de fecha 23 de diciembre de 2004⁸, Arancibia Clavel, Enrique L. resuelta el 24 de agosto de 2004⁹ y Simón, Julio Héctor, resuelta el 14 de junio de 2005¹⁰.

El actual principio de legalidad, el cual podemos encontrar su reminiscencia romana en el texto de Ulpiano que nos trae Justiniano en el *Digesto* "*poena non irrogatur, nisi quae quaque lege, vel quo alio iure speciliter huic delicto imposita est*"¹¹, exigencia del ley penal escrita y previa, paliación de la máxima "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" que prevalece en el derecho interno, resulta inaplicable a los delitos contra la humanidad.

Alejandro Carrió (2004) ha realizado una interesante relectura del principio de legalidad vinculado a los delitos de lesa humanidad. Su postura, parte de la base de sostener que el principio de legalidad se apoya en el acuerdo tácito entre el Estado y los particulares, en el sentido de que la autoridad moral del primero para aplicar penas, se basa en el compromiso de no modificar las reglas de conducta previamente impuestas. ¿Pero qué sucede en los casos donde los individuos

⁶ En adelante CIDH.

⁷ Art. 75, inc.22 Constitución de la Nación Argentina: "[...] 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 Degradante; 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. Sólo 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 los 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." (ARGENTINA, 1994).

⁸ Espósito, Miguel A. Sentencia del 23 de diciembre de 2004. LL 2005-C, 1., En la que se investigaba la responsabilidad penal de un subcomisario de la Policía Federal, por la muerte de Walter Bulacio, joven de 17 años que había sido conducido a una seccional policial, tras una "razzia" llevada a cabo en un concierto de rock, el 19 de abril de 1991, y había fallecido a consecuencia de un traumatismo de cráneo que había sufrido durante su detención.

⁹ En la sentencia del Tribunal oral se estableció que Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 en una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional -la llamada DINA. exterior-, dependiente del gobierno de facto chileno), cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet que se encontraban exiliados en nuestro país. Tales actividades incluían, entre otros delitos, la comisión de homicidios, secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos y falsificación de documentos de identidad. Dentro de esa organización, Arancibia Clavel, por sus contactos con servicios de inteligencia y policiales argentinos, tenía a su cargo la formación de una red de colaboradores locales e informantes que aportaran datos sobre los perseguidos por el régimen chileno, de considerarse el delito de asociación ilícita del derecho penal común, la acción se encontraba prescripta, por ello el planteo de tratarse de un delito de lesa humanidad y en consecuencia imprescriptible, in La Ley 10/11/2004.

¹⁰ La Corte se expresó a favor de la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 conocidas como "leyes de punto final y obediencia debida" las que habían suspendido el proceso judicial y confirmó el auto de procesamiento por medio del cual se endilgaba al recurrente, en aquél entonces personal policial, el haber secuestrado a José Liborio Poblete, su esposa e hija, para luego trasladarlos al centro de detención conocido como " El Olimpo" en donde fueron torturados por el imputado junto a otras personas, desconociéndose hasta la actualidad su paradero. En JA 2006-III-350

¹¹ Ulpiano, libro III, *ad legem Iuliam et Papiam*. D.50.16. 131.1

aprovechándose de una estructura estatal, se valen de las prerrogativas del poder para cometer delitos bajo el amparo del propio Estado? Ese involucramiento implica deshacer el fundamento de la reciprocidad que subyace al principio de legalidad. La coherencia que se exige a todo orden legal, impide que funcionarios de un gobierno monten un aparato de represión estatal, y luego reclamen del mismo Estado cuya autoridad subvirtieron, que éste continúe autolimitándose. El mensaje que esta línea de pensamiento dejaría a quienes se embarquen en actos de terrorismo de Estado rechazados por el orden internacional, es que ante este tipo de conductas, las naciones conservan su poder de represión sin limitaciones temporales¹².

Este nuevo concepto del principio de legalidad se ve enraizado con la aplicación del derecho de gentes en el ámbito interno.

En un Estado constitucional de derecho como el nuestro es clara la operatividad del derecho de gentes como fuente de nuestro ordenamiento normativo, el que se ve plasmado en la letra del art.118 que expresa que será juzgado todo delito que se cometa contra el derecho de gentes¹³. Y esta inclusión del derecho de gentes se encontraba en el pensamiento del constituyente histórico quién introduce el principio de legalidad expuesto en el ya citado art. 18.

Ello 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. Se trata de una antigua tradición valorada por los más antiguos e importantes juristas de la tradición anglosajona (BLACKSTONE, 2002; SUÁREZ, 1967).

En el fallo "Priebke, Erich"¹⁴, la mayoría del Alto Tribunal compuesta por Boggiano, López, Fayt, Nazareno y Moliné O'Connor (según su voto) y Bossert (según su voto) expresó que: a) la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del "*ius cogens*" del derecho internacional, b) los delitos de lesa humanidad conforme a tales principios son imprescriptibles, c) la administración de justicia se vincula directamente con la realización del interés superior de la comunidad internacional con la cual nuestro país se encuentra obligado en virtud de formar parte de ella, de los tratados celebrados (art. 75 inc. 22) y de la aplicación del derecho de gentes que prevé el art. 118.

Efectivamente existe una colisión normativa entre el art. 18 y 118 citados? Cómo aplicar el principio pro homine? Siguiendo lo postulado por el constitucionalista Gil Domínguez (2000), ambas normas existen desde los albores de nuestro constitucionalismo, la garantía de la ley penal previa al hecho del proceso estuvo complementada por los principios del derecho de gentes. El *nulla poena sine lege* tiene un ámbito de aplicación general que se complementa con taxativas excepciones que también persiguen la salvaguarda de principios fundamentales para la humanidad. Ambas garantías se integran en la búsqueda de la protección del más débil frente al más fuerte, por eso la prohibición general de la irretroactividad penal que tiene por objeto impedir que el Estado establezca discrecionalmente en cualquier momento la punibilidad de una

¹² Cf. CARRIÓ, 2004.

¹³ Art 118 CN: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminaran por jurados, luego que se establezca en la Republica esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio." (ARGENTINA, 1994).

conducta, por eso la prohibición de que el mero paso del tiempo otorgue un manto de impunidad a las personas que usufructuando el aparato estatal y ejerciendo un abuso de derecho público cometieron crímenes atroces que repugnan a toda la humanidad¹⁵.

Nuestros constituyentes históricos deseaban integrar nuestro País a la comunidad internacional y de allí el reconocimiento de un orden supranacional que contiene normas imperativas, inderogables e indisponibles para el conjunto de las naciones (*ius cogens*).

Al decir de Ghirardi (2005, p.128),

Es el *ius gentium* la herencia más valiosa que nos dejó Roma. Aquella que motivó a los estudiosos del siglo XVIII, ya en plenas teorías jusnaturalistas, a sostener que el derecho romano era quizás la razón escrita, la *ratio scripta*, porque receptaba los grandes principios que ninguna legislación moderna omite [...] Y es el *ius gentium* el reservorio natural de todos esos principios que cualquier país civilizado reconoce actualmente como válidos, los que como tales, por constituirse en elementos comunes a todos los pueblos, informan y nutren a todo el derecho internacional de nuestros días.¹⁶

El derecho de gentes, luego del juicio de Nuremberg, forma parte del llamado "derecho penal internacional" o "derecho penal de los derechos humanos" que tiende a la tutela de los derechos más esenciales de la persona humana y que se traduce en principios y reglas de derecho asumidos -en su mayoría- como obligatorios por la comunidad internacional. Las prohibiciones de ciertas conductas consideradas de suma gravedad (a las que se denominan crímenes contra el derecho de gentes o crímenes de derecho internacional) y las consecuencias jurídicas que se derivan de la realización de alguna de aquellas conductas consideradas crímenes contra el derecho de gentes son normas *ius cogens*. Dentro de ellas, encontramos la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

La CIDH en el precedente "Velázquez Rodríguez" del 29 de julio de 1988, establece que los Estados son responsables de toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, ejecutadas por un acto del poder público o por particulares si el Estado no ha obrado con la debida diligencia para prevenir la misma. Y así entiende que la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, comprometiendo su responsabilidad internacional¹⁷.

En ese *leading case*, la Corte expresó que:

La segunda obligación de los Estados parte es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.¹⁸

¹⁴ Priebke, Erich CSJN, 2/11/1995, en La Ley 1998-E, 768.

¹⁵ A.Gil Domínguez, El art.75 inc.22 de la C.N Argentina y la convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, en La Ley 2000-F-,1471. Cf. DOMÍNGUEZ (2000).

¹⁶ Cf. GHIRARDI, 2005.

¹⁷ Considerando 172, serie C N°4.

¹⁸ Conf. caso "Velásquez Rodríguez", ya citado, párr. 166º. Esta jurisprudencia ha sido reafirmada en los casos "Godínez Cruz" -sent. del 20/1/1989, serie C, n. 5, párr. 175º- y "El Amparo. Reparaciones" -sent. del Temas em Administração Pública, Araraquara, v.2, n.2, 2008.

Recientemente, sin embargo, en el caso "Barrios Altos" la CIDH precisó aún más las implicancias de esta obligación de garantía en relación con la vigencia de los derechos considerados inderogables, y cuya afectación constituye una grave violación de los derechos humanos, cuando no la comisión de un delito contra la humanidad. En ese precedente quedó establecido que el deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos implicaba la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto conceder impunidad a los responsables de hechos de la gravedad señalada. Y si bien es cierto que la Corte se pronunció en el caso concreto sobre la validez de una autoamnistía, también lo es que, al haber analizado dicha legislación por sus efectos y no por su origen, de su doctrina se desprende, en forma implícita, que la prohibición rige tanto para el caso de que su fuente fuera el propio gobierno que cometió las violaciones como el gobierno democrático restablecido¹⁹. Argumento que ha sido invocado en la causa Simón.

En la referida resolución Espósito, la CSJN emitió opinión acerca del carácter "vinculante" que poseen los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰ para los tribunales argentinos, fundado en el reconocimiento explícito del Estado Argentino de la competencia de ese órgano al aprobar la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 68.1 CADH y ley 23.054) y posterior incorporación al texto de la Constitución Nacional (art. 75 inc.22). Hacen especial referencia a lo resuelto en la causa "Bulacio vs. Argentina"²¹, en la que el Estado reconoció que la detención fue ilegal, por incumplimiento de las normas internas que obligan a los funcionarios policiales a dar aviso a los padres, informar a las personas menores de edad sobre las causas de la detención y dar intervención a un juez sin demora. Asimismo, se reconoció la responsabilidad por la violación del derecho a la vida y la integridad física, por un inapropiado ejercicio del deber estatal de custodia, por la no adopción de las medidas de protección que la condición de menor requería y por haberse excedido los estándares internacionales en materia de plazo razonable y de recursos efectivos, lo que hace "[...] inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos."²²

A pesar que reconoce la colisión que se produce entre los derechos del imputado a una defensa amplia y la decisión del proceso en un plazo razonable -íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho- con el derecho de las víctimas en obtener la sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos, se inclinan por este último, a fin de evitar la impunidad y frustración de la debida protección judicial de los derechos humanos.

Es el primer fallo en que nuestra Corte establece la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, no ya respecto a la posición internacional asumida por el Estado, sino también respecto de la responsabilidad penal de una persona determinada a quién

14/9/1996, serie C, n. 28, párr. 61º-, entre otros).

¹⁹ Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú, CIDH 14/3/2001

²⁰ En adelante CIDH.

²¹ Sentencia del 18/9/2003, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad del Estado Argentino por las violaciones de los derechos humanos sufridas por Walter Bulario y por la deficiente tramitación dada por la justicia argentina a dicho proceso penal, ordenando proseguir y concluir las investigaciones de los hechos y sancionar a los culpables.

se la investiga por un delito común.

En el caso Arancibia Clavel, el juez Petracchi quién se había opuesto en su momento en la causa Priebke a concederle la extradición basado en que los delitos de lesa humanidad no contaban con una pena en sentido estricto y por ello no existía subsunción en los tipos penales del derecho interno, motiva su cambio de opinión en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que lo obligan a no hacer incurrir al Estado argentino en conductas que podrían ser sancionadas²³.

El juez Maqueda al respecto manifestó:

26. Que, por otro lado, el derecho de gentes se encuentra sujeto a una evolución que condujo a un doble proceso de reconocimiento expreso y de determinación de diversos derechos inherentes a la dignidad humana que deben ser tutelados de acuerdo con el progreso de las relaciones entre los estados, 27. Que, por consiguiente, la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía -al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa- un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente -dentro de este proceso evolutivo- como "ius cogens". Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del *ius cogens* se basan en la común concepción -desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX- en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas. 28 Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [ver informe 62/02, caso 12.285 Michael Domínguez v. Estados Unidos del 22 de octubre de 2002] ha definido el concepto de *ius cogens* en el sentido de que deriva de conceptos jurídicos antiguos de "[...] un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir" y "[...] como normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como para proteger la moral pública en ellas reconocidas." Su principal característica distintiva es su "relativa indelebilidad", por constituir normas del derecho consuetudinario internacional que no pueden ser dejadas de lado por tratados o aquiescencia, sino por la formación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario. Se considera que la violación de esas normas conmueve la conciencia de la humanidad y obliga (a diferencia del derecho consuetudinario tradicional) a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia. ²⁴

Siguiendo este camino, en la causa Simón, el Procurador General de la Nación dictaminó que ya en el momento en que los crímenes ocurrieron, el Estado argentino tenía la obligación de investigar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos y así lo ha establecido la Corte Interamericana en sus decisiones²⁵. Por ello, queda descartada cualquier objeción referente a la aplicación retroactiva de los instrumentos mencionados²⁶. Es, en efecto, un principio entendido por la doctrina y la jurisprudencia internacionales que las obligaciones que derivan de los tratados multilaterales sobre derechos humanos para los Estados parte no se agotan en el deber de no violar los derechos y libertades proclamados en ellos (deber de respeto), sino que comprenden también la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su

²² Considerando 9 del fallo Espósito con cita expresa del fallo del Tribunal Interamericano.

²³ Copia consid.27 Petracchi

²⁴ Párrafo 49, con cita de CIDH, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Informe Anual de la CIDH 1987, párrafo 55.

²⁵ Conf., en cuanto al pleno valor vinculante de la Declaración Americana, CIDH., opinión consultiva OC.-10/89, del 4/7/1989.

²⁶ Conf. "Informe de la Comisión 28/92", casos 10147, 10181, 10240, 10262, 10309 y 10311, párr. 50º

jurisdicción (deber de garantía). En el ámbito regional, ambas obligaciones se hallan establecidas en el art. 1.1 de la Convención.

Concordante, con esta postura, el voto de la mayoría establece que la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de "irretroactividad" de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos²⁷.

El juez Boggiano estima que:

[...] no se presenta en el caso una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario ahora también el convencional, codificador del consuetudinario [...] las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial [...] la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no puede encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo. [...] Además, la imperatividad de tales normas las torna aplicables aun retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional²⁸.

Es de resaltar el voto del Juez Lorenzetti, del que surge un concepto no positivista de derecho. Siguiendo a Alexy (1987, p.13) plantea que "[...] el problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. A pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista." Conceptualiza la corriente positivista, como la que reconoce sólo una fuente social de la cual deriva el derecho que es aquel creado como tal por la sociedad o la autoridad; y la no positivista, como aquella que reconoce que hay alguna juridicidad indisponible que se puede conocer y que está presente a la hora de juzgar sobre la validez de lo creado o puesto como derecho, de lo cual deriva que es posible racionalmente justificar y aplicar el principio que frente a la injusticia extrema no hay derecho.

Esos disensos se expresan también a la hora de la denominación propuesta para esa juridicidad indisponible, y así podemos traer a colación el aristotélico "dikaion phisikon", el romano "ius naturale", el escolástico "derecho o ley natural", "principios jurídicos" o "principales" (Dworkin), "moral riges" o "derechos humanos" (Nino), "extremes Unrecht ist Kevin Recht" (Alexy), "basic values" (Finnis), "coto vedado" (Garzón Valdés), "le juste" (Villey)...lo relevante es preguntarnos si cualquier contenido puede ser derecho con tal que así haya sido puesto en virtud de ciertos hechos sociales determinados, o si hay exigencias intrínsecas al derecho que de violarse gravemente comprometen su configuración plena y lo que resulte de ese esfuerzo carecerá de validez y obligatoriedad.²⁹

Dice el juez Lorenzetti que la vida y la dignidad de la persona constituyen bienes o derechos fundamentales, que son fundantes y anteriores al Estado de derecho, por eso son humanos antes que estatales y la violación a esos derechos afectan a la persona como integrante de la humanidad, por ello no pueden ser suprimidos por el Estado Nacional y si no son respetados, tienen tutela transnacional. Este aspecto vincula a esta figura con el Derecho Internacional Humanitario, puesto que ningún Estado de Derecho puede asentarse aceptando la posibilidad de la violación de las reglas básicas de la convivencia y admitiendo comportamientos que tornan a las

²⁷ Considerando 31

²⁸ Considerandos 42, 43 y 45.

²⁹ R.L.Vigo (2005), Consideraciones iusfilosóficas sobre la sentencia en la causa "Simon" en La Ley 2005-

personas irreconocibles como tales.

Lo que nos lleva a Radbruch (1959, p.75) "[...] frente a una ley positiva que contradiga de manera insoportable o extrema a la justicia, corresponde privilegiar a esta invalidando a dicha ley, la cual deja de obligar al ciudadano y a la autoridad." Radbruch opta por la libertad y su proyección política que se traduce en democracia. Después de 1945 explicita un nuevo "concepto jurídico"- el de "humanidad"-, que si bien se remonta a la *paideia* de los griegos o a la *humanitas* de Cicerón, considera Radbruch (1965, p.154) que

[...] fue sobre todo Kant quién mas contribuyó a desarrollar el concepto de humanidad en el sentido de la dignidad humana, la idea de que todo hombre debe ser considerado como un fin en sí, de que no es lícito utilizar a nadie simplemente como un medio al servicio de fines ajenos.

Esa idea de humanidad que reivindica amar al hombre y rechazar la crueldad o la humillación del hombre como aniquilación inhumana de la cultura, se proyecta a su vez en tres puntos al orden jurídico: 1.en los derechos del hombre salvaguardando la dignidad humana; 2.en el capítulo de los delitos contra la humanidad y 3.en el derecho penal imponiendo que el hombre sea tratado como un fin en sí y no como medio (VIGO, 2004).

Recuerda el fallo que la reacción alemana frente a las atrocidades del nazismo provocó un poderoso movimiento teórico de resurgimiento del iusnaturalismo, del que se hicieron eco varias sentencias emanadas del Tribunal Constitucional Alemán como hoy se hace eco nuestro supremo Tribunal. La apelación a un derecho supralegal se llevó a cabo especialmente por la vía de la "naturaleza de las cosas"³⁰.

Este criterio fue aplicado recientemente por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (caso "Guardianes del Muro" -"Mauerschützen"-, del 24/10/1996) en una decisión ratificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso "Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania", Estrasburgo, 22/3/2001), en la que ambos tribunales negaron legitimidad a la excusa que invocaron los guardianes del Muro de Berlín para asesinar en cumplimiento de la ley. Se afirmó en dichos fallos que existían principios básicos de derechos humanos claramente reconocidos y reconocibles en el origen mismo de la acción, por lo que no puede invocarse la aplicación retroactiva de la ley ni violación alguna al principio de legalidad.

Es de resaltar la cita que hace el fallo al derecho romano en el considerando 24 del voto del juez Lorenzetti , al decir que en éste "[...] se limitó la obediencia debida a los hechos que carezcan de la atrocidad del delito grave (*quae non habent atrocitatem facinoris*)." (*Digesto*, L. 43, libro 24, título III), regla que fue mantenida en el medioevo a través de los glosadores y postglosadores (Baldo, Bártolo) y en el derecho de inspiración cristiana que siempre consideró que no se podían justificar las conductas que se amparaban en órdenes contrarias a la ley divina. Esta tradición jurídica no fue ignorada por los fundadores de la patria al declarar que "[...] quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes." (art. 18 CN). Existe, entonces, una regla de comportamiento ético constitucionalizada que es una frontera que debe ser respetada tanto por quienes reciben este tipo de órdenes como para el legislador que pretenda legitimarlas.

D,1245.

³⁰ Sobre ello, Alessandro Baratta (1968), Luis Recasens Siches (1971), Ernesto Garzón Valdés (1970).

Temas em Administração Pública, Araraquara, v.2, n.2, 2008.

Reflexiones finales

Las causas reseñadas tienen el común denominador de tratarse de graves violaciones a derechos humanos, a las cuales, luego de discutirse el límite y aplicación del concepto tradicional del principio de legalidad, la aplicación del *ius cogens* y de estos derechos humanos positivizados hoy en los tratados internacionales ha sido receptada por nuestra jurisprudencia, introduciendo un cambio de paradigmas en nuestro ordenamiento positivo.

Es indudable que todos debemos ser responsables de los nuevos desafíos a fin de lograr una efectiva protección de los derechos en el ámbito interno, y al decir de Bobbio (1982), que cada institución nacional asuma su compromiso de velar por la vigencia absoluta de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. No debemos descansar en la existencia de los sistemas de protección internacionales, sino asumir su carácter subsidiario y "tomarnos los derechos humanos en serio", conscientes del legado del Prof. Luigi Labruna – que por *tradio* hemos recibido- y mantener la técnica jurídica en el nivel de las *ars*, en la que la historia favorece la comprensión del presente y la justicia constituye un fin social y no un medio para garantizar privilegios.

GARCÍA NETTO, Irma Adriana. General principles of the right, the roman sources and their reception in the argentina jurisprudence. **Temas em Administração Pública**, Araraquara, v.2, n.2, 2008.

ABSTRACT: *The article deals with the change of paradigm in the performance of the Supreme Court of Justice of Argentina, in recent years, related with the application of general principles of right of romanistas roots and in what it refers to the right human and the application of the penalties.*

KEYWORDS: *Human rights. Principle of the legality. Right of the people. The principle of retroactivity in criminal law. Imprescriptibility.*

RÉSUMÉ: *L'article traite du changement de paradigme dans la performance de la Cour Supérieure de Justice de l'Argentine, ces dernières années, rapportée avec l'application de principes généraux de droit de racines romanistes et dans lesquelles il concerne au droit humains et à l'application des peines.*

MOTS-CLÉS: *Droits humains. Principe de la légalité. Droit des gens. Irrétroactivité de la loi pénale. Imprescriptibilité.*

RESUMO: *O artigo trata da mudança de paradigma na atuação da Corte Suprema de Justiça da Argentina, nos últimos anos, relacionada com a aplicação de princípios gerais de direito de raízes romanistas e no que tange aos direito humanos e à aplicação das penalidades.*

PALAVRAS-CHAVE: *Direitos humanos. Princípio da legalidade. Direito das gentes. Princípio da irretroatividade da Lei Penal. Imprescritibilidade.*

REFERENCIAS

ALEXY, R. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1987.

Temas em Administração Pública, Araraquara, v.2, n.2, 2008.

ARGENTINA. **Constitución de la nación Argentina**: convención nacional constituyente, ciudad de Santa Fe, 22 de agosto de 1994. Santa Fe, 1994. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/consnac/consnac.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2005.

BARATTA, A. **La teoría della natura del fatto alla luce della "nuova retorica"**. Milano: Giuffré, 1968.

BLACKSTONE, W. **Commentaries on the laws of England**: a facsimile of the first edition of 1765-1769. London: University of Chicago Press, 2002.

BOBBIO, N. **El problema de la guerra y las vías de la paz**. Barcelona: Gedisa, 1982.

CARRIÓ, A. El principio de legalidad y crímenes aberrantes: una justificación alternativa a su imprescriptibilidad. **Revista Jurídica Argentina LA LEY**, Buenos Aires, p.1, 2004.

DIGESTO. **El digesto de Justiniano**. Versión castellana por A. D'ors et al. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1968-1972. 3.v

DOMÍNGUEZ, A. G. El art. 75 inc. 22 de la C. N Argentina y la convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. **Revista Jurídica Argentina LA LEY**, Buenos Aires, 2004.

GARZÓN VALDÉS, E. **Derecho y "naturaleza de las cosas"**: análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1970.

GHIRARDI, J. C. **Derecho Romano**: temas doctrinarios, casos de la estirpe de los publico venator. Buenos Aires: La ley, 2005.

LABRUNA, L. Entre Europa y America Latina: principios juridicos, tradición romanística y 'humanitas' del derecho. **Revista Jurídica Argentina LA LEY**, Buenos Aires, 2004.

RADBRUCH, G. Humanidad como concepto jurídico. In: _____. **Introducción a la filosofía del derecho**. Traducción de Wenceslao Roces. 3.ed. México, D. F.: FCE, 1965. (Breviarios del Fondo de Cultura Económica; 42).

_____. **Filosofía del derecho**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

RECASENS SICHES, L. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"**. México: Fondo de Cultura Económica: Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

VIOLA, F. ; ZACCARIA, G. **Diritto e interpretazione**: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Roma-Bari: Laterza, 1999.

SUÁREZ, F. **De legibus**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967.

VIGO, R. L. Consideraciones iusfilosóficas sobre la sentencia en la causa "Simon" . **Revista Jurídica Argentina LA LEY**, Buenos Aires, 2005.

_____. **La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

TALAMANCA, M. **Il 'Corpus Iuris' giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente**. In: STUDI in onore di M. Mazzioti di Celso. Padova: Cedam, 1995. p. 771-807.

MANNINO, V. **Strutture e forme di tutela contrattuali**. Padova: Cedam, 2004.