

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DEBIDO PROCESO Y LAS
GARANTÍAS JUDICIALES EN LOS JUICIOS POR VIOLACIONES GRAVES DE
LOS DERECHOS HUMANOS**

¿Justicia transicional?*

Zlata Drnas de Clément¹

Introducción

Observamos una significativa evolutividad del derecho nacional e internacional en materia de debido proceso y garantías judiciales, sostenida, básicamente por un activismo judicial, designado por algunos doctrinarios como *justicia transicional* (concepción de justicia asociada a períodos de cambio político, caracterizada por respuestas legales que tienen el objetivo de sancionar los crímenes cometidos por regímenes represores previos)².

Se ha señalado que el origen de esa justicia politizada a nivel universal se observa tras la Primera Guerra Mundial en el Tratado de Versalles, encontrando nuevos hitos evolutivos en el fallo del Tribunal de Nuremberg, tras la Segunda Guerra Mundial, y en los pronunciamientos de los Tribunales de Derechos humanos y Derecho humanitario tras el Fin de la Guerra Fría³, coincidentemente con el advenimiento de gobiernos “democráticos”

1

* Trabajo incluido en la obra Homenaje al Prof. Dr. L. GUALBERTO SOSA.

Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

2

TEITEL, R.G. “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, pp. 69-94; TEITEL, R.G. “Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation”, *Yale L.J* (1997), 106-7.

³ La justicia transicional quedó congelada durante la Guerra Fría por falta de consenso en torno a los nuevos valores políticos de justicia a hacer prevalecer.

en la mayor parte del Globo, aspecto que consideraremos en el Punto I de este trabajo. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) en más de cien pronunciamientos ha respondido a la construcción de un nuevo paradigma de estado de derecho. Efectuaremos una breves consideraciones sobre esta situación en la Parte II.

I-Evolución histórica de los conceptos de debido proceso y garantías judiciales a la luz de los hitos de una *justicia transicional*

El Tratado de Versalles fue el primer instrumento internacional que se enfrentó con el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Hizo gala de justicia transicional en su Art. 227, al disponer el juzgamiento de las personas que hubiesen cometido delitos graves pero sólo cuando se tratara de los vencidos. Estableció que el Tribunal internacional que los juzgara⁴ debía guiarse “*por los más elevados principios de política internacional*”⁵ con miras a defender las obligaciones solemnes de los compromisos internacionales y la moral internacional. Dejó libertad al tribunal -que nunca llegó a constituirse⁶- para determinar según su criterio la pena a imponer al ex Emperador del Reich y a los 894 imputados, según la lista confeccionada por el *Comité de Responsabilidades*. Contempló los siguientes “delitos”: “ofensas a la moralidad internacional” (“crímenes contra la humanidad”); “ofensas a la sacrosanta inviolabilidad de los tratados” (“crímenes contra la paz”) y “acciones contrarias a los derechos y a las costumbres de guerra” (futuros “crímenes de guerra”).

⁴ Jueces nombrados por EE.UU., Reino Unido de Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón.

⁵ Obsérvese la referencia a principios de “política” y no a principios de derecho.

⁶

Ello, atento a que el Presidente de EE.UU., Wilson, tras la suscripción del Tratado de Versalles se pronunció en contra de la creación del tribunal y a que el principal imputado el ex-Emperador del Reich Guillermo II Hohenzollern obtuvo asilo perpetuo en Holanda (9 de septiembre de 1918), habiendo rechazado ese país el pedido de extradición formulado por los Aliados. El ex Emperador falleció en libertad en la ciudad de Doorn a la edad de 81 años en plena Segunda Guerra Mundial (5 de junio de 1941).

Tras la Segunda Guerra Mundial, el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg)*, contempló los siguientes crímenes: “crímenes contra la paz”, “crímenes de guerra”, “crímenes contra la humanidad”, aun cuando no constituyeran una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. No se admitía la excepción de obediencia debida, ni se aceptaba la inmunidad de los Jefes de Estado.

Estos enjuiciamientos no sólo se enfrentaron a la existencia de ley previa sino también a la situación de tribunal de excepción y parcialidad de incriminación *ratione personae*. Tanto tras la Primera como tras la Segunda Guerra Mundial se buscó juzgar sólo a los vencidos y bajo ningún concepto a los vencedores.

Esta percepción de justicia unidireccional en líneas generales, no se observa en los Tribunales Penales Internacionales tras las Guerras de la ex-Yugoslavia⁷ y Ruanda⁸⁻⁹, los que incriminan y juzgan sin consideración a quien pudo ser agresor o agredido, vencedor o vencido en las contiendas que dieron lugar a los graves delitos. Es de observar que los juzgados no son nacionales de Estados poderosos en el concierto mundial.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998) ha universalizado los principios de su funcionamiento al igual que su competencia *ratione materiae*, las garantías de *lex previa*, irretroactividad, tribunal preestablecido.

En el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir del año 1995 se han sucedido en cada uno de esos

⁷ El Art. 1 del Estatuto del Tribunal penal para la Ex Yugoslavia dispone: “El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la ex-Yugoslavia (...)”.

⁸

De conformidad al Art. 1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Tribunal “está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994 (...)”.

⁹

Similar situación guardan los denominados tribunales híbridos como los de Sierra Leona, Timor-Leste, Kosovo, Bosnia y Camboya.

tribunales más de cincuenta casos relativos a violaciones englobadas bajo la idea de terrorismo de Estado.

Es de observar que, en el plano interno de los Estados, Argentina ha sido el primer país del mundo que buscó instaurar una justicia transicional, conocida como “modelo restaurativo”, que buscó construir una historia alternativa a la consolidada en el período militar¹⁰. Así, se constituyó, en 1983, la primera comisión oficial de búsqueda de la verdad: *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), Nunca Más*. La comisión buscó investigar, documentar, hacer público un período de la historia determinado y los excesos cometidos por un grupo específico: “represores estatales o terrorismo de Estado”.

El modelo argentino, al igual que el de los sudafricanos de búsqueda de la verdad, trascendieron la responsabilidad individual y cultivaron una percepción comunitaria (justicia social a gran escala y docencia popular doctrinal)¹¹.

Buergenthal hace presente que el modelo argentino no se satisfizo con la *Comisión de la verdad*, sino que avanzó sobre las normas penales y la conformación de una política judicial penal que ha dado lugar a una serie de procesamientos con radio de acción cada vez más amplio¹². Surge el “derecho a la verdad”, el “deber del Estado de investigar y revelar la verdad”, el “deber del Estado de juzgar”, el “deber del Estado de desconocer las amnistías concedidas bajo aparente legitimidad de régimen ilegítimo”, la “imprescriptibilidad de ciertos delitos o crímenes”, la “neutralización del principio *non bis in idem* en caso de terrorismo de Estado y otros crímenes”¹³.

¹⁰ V. TEITEL, R.G. “Transitional (...)”, *Op. cit.* p. 80.

¹¹ V. HOM, Sh.K. –YAMAMOTO, E.K. “Race and the Law at the turn of the Century. Collective Memory, History, and Social Justice”, *UCLA Law Review*, Vol. 47 (2000), p. 1747 y ss.

¹²

BUERGENTHAL, Th. “The United Nations Truth’s Commission for El Salvador”, *Vand. J. Transnat’l L.*, V. 27 (1994), p. 497.

¹³

V. LLEWELLIN J.J.- HOWSE, R. “Institutions for Restorative Justice: The South Africa Truth and Reconciliation Commission”, *U. Toronto L.J.*, V. 49 (1999), pp.355-357.

II Debido Proceso y Garantías Judiciales en el ámbito judicial argentino

La posibilidad de juzgar crímenes cometidos décadas atrás en Argentina vino de la mano del reconocimiento de la existencia de normas de *ius cogens*, imperativas, inderogables insusceptibles de ser dejadas de lado por la voluntad de los Estados, como parte del derecho interno del Estado¹⁴. Se ha entendido que tales violaciones deben ser juzgadas a la luz del principio de actualidad del orden público internacional por lo que su imperatividad exige la contemplación de un derecho intemporal, aplicable retroactivamente en tanto en el momento en que las violaciones se produjeron ya lesionaban el derecho consuetudinario internacional y tenían carácter de imprescriptibles¹⁵.

¹⁴ En el Caso Ekmekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros, la CSJN (fallo de 7 de julio de 1992), ha señalado la primacía del tratado ante un eventual conflicto con *cualquier norma interna* contraria o con la omisión de dictar disposiciones que en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Considerandos 18 y 19 de la sentencia). La misma Convención en sus Arts. 53 y 64 dispone la nulidad de todo tratado en violación de una norma de *ius cogens*. Es de observar que este fallo es anterior a la reforma constitucional argentina de 1994.

¹⁵ La CSJN dio distintas fundamentaciones para la aplicación de las normas consuetudinarias internacionales. En el Caso Arancibia (CSJN, 24/08/2004 - Arancibia Clavel, Enrique L. - JA 2004-IV-426), el fallo de la CSJN expresó: “28) Que esta Convención (Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (‘*ius cogens*’) en función del Derecho Internacional Público de origen consuetudinario. De esta manera no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos”. El Juez Boggiano, en el mismo caso, realizó una compleja interpretación del Art. 118 de la Constitución Nacional para considerar parte del derecho argentino a la costumbre internacional y otorgarle supremacía normativa: “40. Que, por lo demás, no es posible afirmar que el Art. 18 CN., que establece el principio de legalidad y de irretroactividad, consagre una solución distinta en el Art. 118 respecto de la aplicación de las normas del ‘*ius cogens*’ relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del Derecho Internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio supone pero obviamente no establece los principios del derecho de gentes”.

Se ha reconocido que configuran ese tipo de violaciones el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas de personas, el terrorismo de Estado (eliminación de opositores bajo metodología programada)¹⁶.

Las principales consecuencias procesales de tal tipo de delitos es que no es oponible la prescripción¹⁷; le es aplicable la inexorabilidad de su juzgamiento¹⁸; cabe la extradición solicitada sin necesidad de dar cumplimiento a requisitos de forma¹⁹;

16

Se suele incluir a la agresión y a la dominación colonial por la fuerza entre las violaciones graves o crímenes de derecho internacional, en tanto tienden a la destrucción, eliminación de grupos sociales organizados con identidad colectiva (pueblo organizado), si bien, hasta la fecha no se ha alcanzado consenso para su tipificación en los estatutos penales internacionales en aplicación (V. *supra*, Nota 10, Art. 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

17

En el Caso Priebke (CSJN, 02/11/1995 - Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa n° 16063/94 -JA 1996-I-328.Fallos 318:2148), el Juez Bossert, en voto separado, señaló la imprescriptibilidad de ciertos crímenes y violaciones graves (Considerando 80 del pronunciamiento) y expresó: “ (...) en la medida en que la comisión de esos hechos afecta(ba) a la humanidad en su conjunto y a las normas del Derecho de Gentes, con lo cual quedaba involucrado en autos el principio de inexorabilidad de su juzgamiento, del que se deriva como corolario lógico el de su imprescriptibilidad” (Consid.10). En el Caso Massera (CSJN, 15/04/2004 – Massera, Emilio E – Fallos 327:924), el Procurador General de la Nación dictaminó: “6. (...) Comprendido entonces que ya para la época en que fueron ejecutados los hechos investigados eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos, vinculante para el Estado argentino, de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, como fuera expresado ya por esta procuración general y la mayoría de la Corte Sup. en el precedente publicado en Fallos 318:2148 (...)”.

18

V. nota precedente. V. asimismo, el pronunciamiento del Juez Boggiano en el Caso Arancibia Clavel (CSJN, 24/08/2004 - Arancibia Clavel, Enrique L. - JA 2004-IV-426), el que señaló la “conexidad lógica entre inexorabilidad de juzgamiento” e “imprescriptibilidad” (Consid. 30).

19

En el Caso Priebke (v. *supra*, Nota 18) la Corte Suprema de la Nación Argentina expresó: “4. Que 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. 5. Que, en tales condiciones, no hay prescripción de los delitos de esa laya y corresponde hacer lugar sin más a

cubrir el requerimiento de la valoración en concreto de la doble subsunción (bastando aplicar el criterio *in abstracto* a partir de la sustancia criminal del hecho, con prescindencia del apego estricto al *nomen juris* del tipo legal)²⁰⁻²¹; basta la prueba indiciaria atento a la imposibilidad de obtener prueba fehaciente (transcurso del tiempo, ocultamiento de lo sucedido).interpretación

Además se considera -para ese tipo de graves delitos- que es posible aplicar una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

No se consideran limitaciones para este tipo de crímenes las dispuestas en el Art. 18 de la Constitución Nacional en tanto la norma imperativa, consuetudinaria por su inderogabilidad no encuentra encasillamiento en el derecho interno de los Estados.

Se ha señalado que evolutividad del Derecho internacional ha llevado a la neutralización de ciertos principios constitucionales, como el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* en virtud de la coactividad y atemporalidad –en su contenido sustancial- de la extradición solicitada”.

²⁰ El Magistrado Bossert en voto individual en el Caso Priebke (*v. supra*, Nota 18) expresó: “20. Que en la medida en que la "doble subsunción" también requiere que el hecho en que se funda la requisitoria sea punible para el ordenamiento jurídico del país requerido corresponde destacar que a los efectos de establecer ese recaudo la práctica de los Estados en la materia tiende a abandonar el criterio de valoración de ese extremo in concreto, que lo hace reposar exclusivamente en la denominación del delito y en una estricta interpretación de los elementos típicos que lo configuran -como parece haber sido el adoptado por el tribunal apelado-, para enrolarse en el criterio ‘in abstracto’ a partir de la sustancia criminal del hecho con prescindencia del apego estricto al ‘nomen iuris’ del tipo legal, que evita que la eficacia del instituto de la extradición se vea frustrada u obstaculizada con motivo de las diferencias propias que reconocen las calificaciones legales de los Estados Parte con apoyo en los distintos sistemas penales de los países que asumen este tipo de cooperación internacional (conf. Gilbert, Geoff, *Aspects of International Law*, ps. 47/52, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, The Netherlands)”.

²¹ En el caso Simon (CSJN, 14/06/2005 - Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad -SJA 2/11/2005), el Procurador General de la Nación dictaminó: “IX. B. 1) B.1. (...) Es que la expresión ‘desaparición forzada de personas’ no es más que el *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional (...)”.

las normas imperativas o de *ius cogens*. Similar situación se ha dado con relación al principio de cosa juzgada.

En el Caso Videla²², el fallo de la CSJN (2003), ha expresado: “12. Que a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Barrios Altos’ del 14/3/2001, han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como las que se le atribuyen a Jorge R. Videla. Por lo tanto, y de acuerdo con lo resuelto por el tribunal internacional referido, corresponde rechazar en el caso toda interpretación extensiva del alcance de la cosa juzgada que impidiera la persecución penal del imputado por hechos que constituyen violaciones graves a los derechos humanos (conf. párrs. 41 a 44 fallo cit.) (...)”. Es de observar que, en el Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. El Perú) Interpretación de la Sentencia de Fondo (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 14 de marzo de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió por unanimidad: “4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”. “5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables”. En la sentencia de 3 de Septiembre de 2001, también por unanimidad, decidió: “2. Que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo [de 14 de marzo de 2001] en el caso Barrios Altos tiene efectos generales”. La decisión de que las leyes de amnistía “carecen de efectos jurídicos” y de que la sentencia de la Corte “tiene efectos generales” viene a modificar normas establecidas de Derecho internacional y constituir un nuevo principio de la jurisprudencia de los tribunales de Derechos humanos: la ejecutoriedad directa de los pronunciamientos de ese tipo de tribunales en el derecho interno de los Estados y el rol normativo de la jurisprudencia. La cita frecuente que los tribunales de derecho interno han efectuado de este fallo (omitiendo toda crítica a las nuevas bases

22

CSJN, 21/08/2003 - Videla, Jorge R. - Fallos 326:2805.

principales) contribuye a la consolidación de los cambios preceptuales que pone de manifiesto.

III. Algunas consideraciones en torno a la justicia transicional

Por ley de la naturaleza toda creación de una perspectiva histórica va acompañada de una contra-historia, que torna vulnerables los logros alcanzados en el cambio de la identidad política de una comunidad dada, al mismo tiempo que sirve de contrapeso a sus eventuales excesos.

Además, el cambio en la concepción de “estado de derecho”²³ (imprescriptibilidad, *non bis in idem*, cosa juzgada, *testis unus testis nullus*, etc.) necesita de la construcción de un “nuevo estado de derecho”, con vocación generalizante, cargada de *opinio juris*, ajena a la idea de oportunismo histórico, convenciencia o parcialidad política.

El que un paradigma jurídico desaparezca, hace surgir de inmediato la necesidad de su reemplazo por otro paradigma también jurídico, basado en estándares mínimos de naturaleza general. Ello, en tanto las condiciones extraordinarias que dieron lugar a la justicia transicional, necesariamente se han de ir agotando material y psicológicamente.

Se ha percibido en el plano internacional el paso de la justicia transicional de los tribunales penales internacionales *ad hoc* a una Corte Penal Internacional de carácter permanente, general, como manifestación del fin de una etapa transicional para dar lugar a una justicia universal no politizada, estabilizada en base a principios consolidados consuetudinariamente, aceptados por la mayoría de los integrantes de la comunidad internacional, abarcativa ésta de todas las posiciones ideológicas, políticas, económicas, sociales y culturales.

²³

Se ha señalado que el “debido proceso” es una construcción liberal. Sin embargo, toda sociedad (incluso la socialista-comunista) ha construido principios legales estables, más allá de que la acción penal haya sido declarada monopolio del Estado.

Las irregularidades en la observancia del debido proceso y las garantías judiciales conforme sus estándares tradicionales y la movilidad de su perfil se aceptan en las etapas de transición de un tipo de sociedad a otra. Sin embargo, la estabilización y la perfilación de un nuevo estado de derecho (con principios comunes a toda la sociedad, incluidos los adversarios del régimen anterior) necesitan concretarse como condición ineludible para conjurar una nueva etapa transicional en perspectiva contra-histórica²⁴. Es decir, se torna necesario en una sociedad post- conflicto construir un lenguaje común de justicia con el cual afrontar una era de estabilidad y paz social perdurable²⁵.

²⁴ V. DUBOIS, F. – CZARNOTA, A. “The Transitional Rule of Law. An analysis of the nexus between law, politics and quasi-legal institutions. Is there a message for Australia?”, *Alternative Law Journal*, 1999, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AltLJ/1999/2.html>

²⁵United Nations, Security Council, S/2004/616, Report of Secretary-General, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, 23 August 2004.
