



# Punitivismo y Derechos Humanos

## *El caso de Argentina*

**Prof. Javier Augusto De Luca**  
Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales  
<http://www.cienciaspenales.net>



[ [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net) ]

## Punitivismo y derechos humanos.

Javier Augusto De Luca<sup>1</sup>

Desde hace un tiempo se oyen algunas voces deslegitimadoras de los juicios seguidos a personas acusadas de delitos de lesa humanidad y gravísimas violaciones a los derechos humanos (en adelante DDHH) cometidos durante la última dictadura en la Argentina. Se afirma que los organismo y activistas de DDHH están desprestigiados debido a su “deriva neopunitivista”<sup>2</sup>. Después aparecieron otros trabajos que apoyaban y ampliaban estas ideas y otros que las refutaron<sup>3</sup>.

En lo que sigue trataré de sintetizar aquella posición y luego explicar por qué la considero equivocada.

Esa tesis parte de que en la actualidad el derecho penal ha sido elevado a una categoría preponderante y se expande por diversas áreas con base en una creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones, con marcada deshumanización y recrudescimiento sancionador. Sostiene que este “neopunitivismo” está inspirando al llamado “derecho penal de los derechos humanos”, ya que organismos internacionales de protección

---

<sup>1</sup> Prof. Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Pastor, Daniel R. “*La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*”. Nueva Doctrina Penal, Edit. del Puerto, T° 2005/A, Buenos Aires, mayo 2005, p. 73 y ss.

<sup>3</sup> Ziffer, Patricia. “*El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad*”, en Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al profesor Julio B.J. Maier, Edit. del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 745 y ss.. Filippini, Leonardo. “*El prestigio de los Derechos Humanos. Respuesta a Daniel Pastor*”. Nueva Doctrina Penal, T° 2005/B, Edit. del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 727 y ss.; AA.VV. *Neopunitivismo y Neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Dirig. por Daniel R. Pastor y coordinada por Nicolás Guzman, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008. Malamud Goti, Jaime, “*A propósito de una sentencia bien intencionada*”, Nueva Doctrina Penal, Edit. del Puerto, Buenos Aires, T° 2000/B, p. 493 y ss.; Yacobucci, Guillermo J. “*Hacia una Nueva Legalidad Penal*”, Suplem. de Dcho. Constitucional, La Ley, 21/4/05, p. 11 y ss.

y organizaciones de activistas consideran que la reparación de la violación de los DDHH se logra, primordialmente, por medio del castigo penal y que ello es un valor positivo que debe ser conseguido sin controles y en forma ilimitada, aun con desprecio por los derechos fundamentales de los acusados enfrentados al poder penal público.

Esa creencia en un poder penal absoluto –según esta postura– invierte la función penal de los DDHH que, de protección del imputado, pasa a la promoción de la víctima mediante la condena a ultranza de los sospechosos. Concluye que ello transformó negativamente el movimiento de los derechos humanos y es la causa de su desprestigio.

Sigue con el argumento de que el desarrollo histórico de los derechos humanos los concibió como límites y controles al poder penal estatal, en defensa exclusiva de los intereses individuales. Para muestra, se citan los casos “Barrios Altos”<sup>4</sup> y “Bulacio”<sup>5</sup>.

Si bien la posición se muestra partidaria de aplicar poder punitivo a los autores de los hechos del primer caso, enseguida aclara que un sistema internacional de los derechos humanos no puede caer en la desidia de considerar que siempre, ilimitadamente, con relajamiento de los derechos de los acusados y sin alternativas, debe aplicarse a estos casos el castigo punitivo (que llaman poder penal absoluto).

Se critica la sentencia en el caso “Barrios Altos” por haber formulado una ideología extrema por la cual en materia de graves violaciones a derechos humanos son ilegítimas todas las opciones a la condenación penal. Una especie de derecho penal como única *ratio*, que no puede dejar de ser aplicado por ningún motivo, sin tolerancia por soluciones sustitutivas de lo punitivo, lo que equivale a refundar un derecho penal medieval y contrailustrado.

En cuanto al caso “Bulacio”, sostiene que en él no se juzgaban graves violaciones a los DDHH (se refiere a que la muerte de Bulacio en una comisaría de la Policía Federal no lo constituía) y que la sentencia prescindió de las violaciones a los DDHH del acusado (el comisario), sometido a proceso por más de una década. Este caso demuestra, a su entender que, de ahora en adelante, todos los imputados no serán más las personas protegidas por los derechos fundamentales sino aquellos que deberán ser siempre condenados a

---

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 14/3/01.

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 18/9/03.

ultranza, sin reconocimiento de derechos superiores. Que el fin primordial del derecho frente a lo penal no es más el imputado, sino la víctima, y a la víctima sólo se la protege castigando y haciéndolo como sea.

Protesta porque diversas organizaciones se han constituido en querellantes en esos procesos y participan “alegremente del festín de violaciones de los derechos de los acusados”, en lugar de ocuparse de lo que debería ser su única función, esto es, velar por el respeto de los derechos humanos de los acusados. Critica a estos organismos por ser demandantes permanentes de más derecho penal y condenas. Para ello se vale de algunos ejemplos que considera aplicables, como el de castigar a cualquier costo, aun al torturado.

La violación de los derechos de las víctimas, prosigue, por falta de adecuada justicia, sólo puede recibir una respuesta civil.

Se pregunta ¿por qué el movimiento de defensa de los derechos humanos se puso a la vanguardia de la violencia punitiva a ultranza?, a lo que responde que esas actitudes las privan de toda autoridad moral y credibilidad. Sostiene que han cambiado su paradigma pues, de ser garantes de un derecho penal limitado y controlado, han pasado a ser demandantes de un poder penal absoluto. Todo, sea lo que fuere, se resuelve siempre en contra del imputado porque esas organizaciones han seguido la “deriva neopunitivista”. Considera que esto es una catástrofe cultural porque el Derecho Penal no puede servir a dos objetivos al mismo tiempo, es decir, atender a la vez los intereses punitivos de la víctima y los de los derechos fundamentales del imputado.

No se ahorra calificativos para este ambiente penalista, al señalar que se trata de una forma militante de guerra a favor del castigo punitivo, que no está a la altura de las exigencias de la cultura penalista actual, que se hacen mediante formulaciones sonoras acerca de las ventajas de la pena, una suerte de fetichismo penal cuya consecuencia es pensar que ese fin puede ser alcanzado de cualquier forma (derecho penal del enemigo, razón de estado, etcétera).

Agrega que esta visión de “cruzada contra el mal” desatiende la naturaleza pasada y presente del poder punitivo y los fundamentos axiológicos de una cultura jurídica construida en base a la pena como un mal (necesario) y de la lucha por contener la tendencial inclinación al ejercicio arbitrario de todo poder punitivo. También se refiere<sup>6</sup> a la

---

<sup>6</sup> Pastor, ob. cit., nota N° 71.

opinión de Zaffaroni que a su entender ha tratado de justificar un poder penal excepcional, diferencial y en cierto modo legítimo para las graves violaciones de derechos humanos, y que sostendría la idea de dos sistemas penales simultáneos, el irracional o ilegítimo y el no tanto. Zaffaroni sostendría que los autores de esos hechos, por haber sido otrora detentadores de un poder punitivo irracional, no podrían ahora oponerse a que se les aplique a ellos o tratar de contar con garantías jurídicas estrictas, y que reconocería expresamente que su argumento aparece paradójico<sup>7</sup>.

Sostiene que esto es una aporía sobre la cual no se puede construir la solución al problema, sino por el contrario, la grandeza del Estado de Derecho consiste en no tratar tampoco a los sospechosos y autores de crímenes gravísimos como ellos supuesta o realmente trataron a los demás. Va más allá y sostiene que este poder penal represor de las violaciones de los DDHH es absoluto y resistente a reconocer límites, como ocurría durante la Inquisición.

Afirma que con la excusa de asegurar los DDHH de unas personas tiende a la necesidad de violarlos respecto de otras, cuando un sistema jurídico-penal con verdadera autoridad y entereza morales no debe contribuir a la violación de los derechos fundamentales de nadie, sino limitarse al control del ejercicio del poder penal. Los DDHH en materia punitiva deben mantenerse siempre del lado del imputado, sea quien fuera el imputado y el crimen atribuido, aunque genere una indeseable impunidad.

Concluye en que se requiere una abstinencia acusatoria. Que los organismos de protección podrían condenar a un Estado que coaccione para obtener confesiones en los procesos penales, por ejemplo, y podrán condenar a ese Estado por no haber conseguido que el autor de la coacción fuera condenado, pero no podrán exigirle que efectivamente lo condene.

## 2) Refutación.

A continuación he de analizar y criticar estas ideas de una manera que pretende ser constructiva.

Como se verá seguidamente, muchos de sus argumentos confunden dos momentos de la ley penal. Uno, el de la criminalización primaria y, el otro, el de su aplicación concreta

---

<sup>7</sup> Se refiere a “*Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad*”, Nueva Doctrina Penal, Edit. del Puerto, Buenos Aires, T° 2000/B, p. 437 y ss.

mediante el juicio previo (art. 18 CN). En el primero ya se decidió que se castigarán estas violaciones a los DDHH. En el segundo, cómo se procederá a ello. Desde este punto de vista no hay ningún “neo” punitivismo o exacerbación de la aplicación de castigo a estos hechos, porque eso ya está previsto desde siempre.

En este segundo terreno, también omiten la debida distinción entre víctimas de violaciones a los DDHH y personas que revisten la calidad de imputadas en causas penales, que son dos categorías diferentes. Existen víctimas de violaciones a DDHH que también tienen esa misma categoría en los procesos penales que se desarrollan en los países signatarios de una Convención de DDHH. A estos últimos generalmente se les concede un derecho a intervenir en el proceso penal dirigido contra la o las personas imputadas de cometer el delito que los damnifica. Por ejemplo, entre nosotros, la figura del querellante.

Además, con el remanido argumento de la venganza privada, omite computar que la intervención de las víctimas en el proceso penal no asegura por sí misma la imposición de una pena, ni que el proceso penal deba seguir su curso. Esas circunstancias son decididas por el Estado a través de sus jueces, no por las partes (arts. 116 y 117 CN).

El castigo de los hechos que los damnifican tiene su causa en la ley previa a los hechos. Por ello, el término “fundamentalismo penal” no es técnicamente correcto (es meramente coloquial) cuando se hace referencia a una situación en la que la pena ya estaba prevista en una ley (homicidios, privaciones ilegales de la libertad, tormentos, etc.) y donde, lo único que se discute, es si a su aplicación se le interponen circunstancias que constituyen violaciones a los DDHH en sí mismas.

Las premisas que se derivan lógicamente del sistema son: (1) el Estado se comprometió internacionalmente a respetar los DDHH; (2) entre esas obligaciones se encuentra la de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana en los casos contenciosos en que la Argentina es condenada; (3) con anterioridad a todo ello, el Estado incluyó en sus leyes penales una serie de delitos por los cuales se penan esos hechos; (4) también se comprometió internacionalmente a no hacer valer ningún obstáculo para que esos hechos sean investigados y los culpables castigados; (5) si existió un obstáculo y después del correspondiente proceso éste fue removido por el tribunal competente para hacerlo (por ejemplo, la Corte IDH y la CSJN), el resultado es la continuación del desarrollo del proceso y la

aplicación de la pena ya prevista en la ley a quienes resulten responsables y de la absolución a los inocentes.

No es por virtud de un tribunal de DDHH que se castiga, sino por la ley penal previa al hecho. Ese tribunal sólo ha declarado, porque le hemos dado competencia para hacerlo, que el obstáculo que se había intercalado en el camino hacia la investigación y la aplicación de la pena, no era válido<sup>8</sup>.

Pero además, “ley previa”, no es sólo la ley penal sino un conjunto de leyes de diferente jerarquía. Por ejemplo, cuando se dictaron las leyes de obediencia debida y punto final y los indultos, ya estaban vigentes un sinfín de Pactos Internacionales de DDHH, que integran el derecho interno (art. 118 CN), que prohibían interponer obstáculos del derecho local para juzgamiento completo, serio y exhaustivo de esta clase de hechos. Otro ejemplo lo proporciona la prohibición del art. 29 CN.

### 3) Desbrozando razonamientos.

En lo que sigue trataré de descifrar algunas claves de estos razonamientos que conducen a sus sostenedores a una posición, a mi criterio, refutable.

Como ya se sostuvo, “derechos humanos” no son sinónimo de “garantías” y “derechos” de los imputados de causas penales. Se trata de dos categorías distintas, de dos niveles de análisis que explican fenómenos diferentes. Esto explica por qué quienes las identifican no pueden aceptar que en un proceso penal convivan los derechos de los imputados y los DDHH de las víctimas.

Dentro de una lógica que acepta la imposición de penas, debería aceptarse que si durante el proceso no existe ninguna violación a los derechos del imputado, le corresponde la aplicación de la pena prevista en la ley. Porque ésa es la consecuencia jurídica asignada a su jurídica en el momento de la criminalización primaria.

De modo que parece que la posición que aquí se critica o no está de acuerdo con el castigo de este grupo de hechos de la historia

---

<sup>8</sup> De Luca, Javier A. “Las transformaciones a la Administración de Justicia y el rol de la víctima en el proceso penal”, **nota al pie N° 28**, publicado con variantes en: “Las transformaciones a la Administración de Justicia y el rol de la víctima en el proceso penal”, en “elDial”, periódico jurídico por Internet: [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar), del 17 de junio de 2008. También en “La Víctima en el Proceso Penal, modelo 2007” en la obra colectiva “Las facultades del querellante en el proceso penal (de “Santillán” a “Storchi””, compiladora Sabrina Namer, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, agosto 2008, pág. 27.

argentina o no lo está con las razones por las cuales los tribunales han declarado que los obstáculos a la persecución penal no son válidos.

Si el problema fuese lo primero, evidentemente se discrepa con la política criminal establecida por el Estado argentino, que desde siempre reprimió los homicidios, las torturas, las privaciones ilegítimas de la libertad, las sustacciones de menores, etcétera.

Si el problema radica en las doctrinas y jurisprudencia que han declarado que estos acusados (en estos casos) no pueden invocar amnistías, indultos, leyes de prescripción de la acción, este punto no es tratado con la complementación del Derecho Internacional vigente al momento de los hechos y de las decisiones ya mencionadas (amnistías, indultos, prescripciones de las acciones, etc.). Sólo es abordado desde una mirada autista, penal y procesal penal local.

Así, se llega a sostener, en un tono un poco fuerte, que estas declaraciones son nuevas violaciones a los DDHH de las personas sometidas a proceso, o que al remediar las primeras violaciones se incurre en nuevas, que una violación tapa la otra.

Los ejemplos del tipo de que por este camino podría llegarse a castigar aun al torturado, devienen de mal gusto, especialmente porque incurren en una falla lógica. Porque removido el obstáculo que esas decisiones de la Corte IDH y de la CSJN, queda liberado el camino para la aplicación de la ley penal local preexistente.

En cuanto al tema de si estos hechos deben ser punibles, no hay conflicto alguno porque ya lo decidió el soberano y porque al momento de los hechos integraban la ley. No es principio absoluto que todo delito pueda ser pasible de indulto, amnistía o prescripción. Ej. las acciones penales no prescriben de manera pareja ni proporcional a la gravedad de los delitos. El mínimo de dos años y el máximo de 12, para las penas de prisión, no guardan ninguna relación con las penas mínimas o máximas previstas en para muchos delitos y es aceptado pacíficamente que ésto no viola el principio de igualdad ante la ley. Ej. nuestro art. 29 CN prohíbe ese tipo de actos infraconstitucionales. No son válidos los obstáculos de esa jerarquía y los autores deben ser sometidos a las leyes locales. Desde la década del '60 tampoco son válidas las prescripciones para determinados delitos, y así existen varios ejemplos. Se trata de que la Constitución declara nulos, inválidos, los obstáculos que se puedan interponer a la aplicación de las leyes locales. Esas leyes que habilitan castigo, además y por otras razones, deben ser preexistentes a los hechos (art. 18 CN).

Por eso no es válido el recurso a la analogía mediante el ejemplo de la tortura, porque acá deben hacerse jugar como integrantes del concepto de ley previa, la invalidez de leyes de amnistía, indultos y prescripciones.

Si los hechos no fueran punibles en la legislación interna con anterioridad, no se podría punir. Pero si el hecho ya lo era al momento de su comisión, el asunto deja de ser el de los derechos de las víctimas, sino la de la potestad punitiva del Estado que le confiscó el conflicto hace mucho tiempo.

En todo este andamiaje argumental, existe una confusión de las violaciones a los DDHH por acción y por omisión (arts. 1 y 2 de la CADH). La víctima de un delito no se transforma, por esa sola razón, en víctima de la violación a un derecho humano, precisamente, porque esa categoría conceptual no la comprende. Los DDHH se invocan ante las acciones y omisiones de los Estados (o personas que han actuado “desde” el Estado) y no ante los delincuentes particulares.

Pero debe tenerse mucho cuidado en la extensión de este razonamiento: por omisión, el Estado puede incurrir en una violación a un derecho humano de la víctima de un hecho (que en sí mismo no lo es, porque es un delito común), cuando no investiga, no individualiza al autor, y no repara a la víctima, lo cual, se ha declarado, incluye la sanción.

Esto se relaciona con el argumento de que el Derecho Penal no puede servir a dos objetivos al mismo tiempo: atender los intereses punitivos de la víctima y los de los derechos fundamentales del imputado, pues creemos que se confunden dos premisas o que al razonamiento le falta una. La ley penal, no el Derecho Penal, sirve a ambos intereses: al del imputado porque le asegura que no será castigado por algo que no esté previsto en una ley penal y a la víctima, en tanto miembro de una sociedad que declara que no es bueno que los conflictos graves se traten por mano propia. Está claro que la aplicación de la ley penal no resuelve mucho a la víctima y, además, que constituye una limitación a su venganza privada y a la del público en general.

Pero la ley está indicando que la sociedad jurídicamente organizada hace algo con la persona que ha lesionado los derechos de la víctima. Es un postulado de mínima, porque no se ha podido inventar otra cosa. No es de ese razonamiento de donde se extrae que no existe obligación de castigar todas las violaciones de derechos (de

víctimas). Lo que ocurre es que el discurso que se comenta confunde el análisis sobre la existencia de la ley previa con el que se hace al momento posterior, el de su aplicación posterior a un caso concreto. Si existe ley previa, al producirse el hecho que la ley prevé, deberá aplicársela (deber ser). La consecuencia jurídica de esta clase de leyes es una pena. Que se logre o no, es otra cuestión, ocurre en el mundo del ser.

Por ello, no es correcto hablar de punitivismo o neopunitivismo cuando lo que está detrás no es una crítica a la tipificación de determinadas conductas, sino con que respecto de determinados casos la ley haya previsto su imprescriptibilidad e inamnistabilidad.

Lo único que hace el sistema internacional de DDHH es detectar y eliminar o remover una violación a los DDHH, en este caso, la omisión del Estado de investigar, averiguar y sancionar a los responsables de delitos de determinadas características. Ése es el objeto de su competencia. Los titulares de esos derechos violados son las víctimas de delitos de determinadas características, y la imputación recae sobre el Estado, por su omisión de investigar, sancionar, reparar, etc. (lo cual incluye a las trabas que haya podido poner el legislador nacional). La Corte IDH se limita a remover esa violación, violación que radica en las disposiciones internas sobre extinción de la acción penal, perdón, etcétera (por los fundamentos conocidos). Y, cuando detecta una violación, la consecuencia es una obligación, una orden, un mandato de acción dirigido al Estado.

Para que el sistema jurídico de DDHH tenga eficacia, debe ser de observancia obligatoria, lo cual no implica adoptar una postura ingenua y desconocer que operará selectivamente.

Ésa es también la razón de una Corte Penal Internacional y de varios Tribunales que vienen juzgando a personas individuales por hechos cometidos “desde” sus Estados y donde las víctimas no necesitan esperar que las violaciones de sus derechos sean atendidas por los Estados cuyos representantes se los violaron, porque la historia ha demostrado que esto no se concretaba.

#### 4) Algunas notas sobre el fondo de asunto.

Como hemos advertido, esta calificación de “punitivismo de los DDHH” elude el tratamiento del fondo de la cuestión<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Ver también sobre estos temas: Abregú, Martín y Dulitzky, Ariel, “Las leyes ‘ex post facto’ y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno”. Lecciones y Ensayos, N° 60/1, año

Todos los discursos atrapan las diferencias. Esto ocurre también con los discursos del saber penal y el procesal penal. El “discurso” que explica el delito de hurto no es igual para todos los casos. En los casos de sustracciones levísimas, se debió erigir una teoría de la insignificancia (otro discurso) para atrapar a este grupo de casos que se salían de los moldes originales de la dogmática penal.

El asunto está emparentado con el concepto del principio constitucional de igualdad: se es igual ante la ley, pero frente a iguales circunstancias. Y las circunstancias de los delitos de lesa humanidad o de las graves violaciones a los DDHH en la Argentina de 1976/83, no son iguales a las de otros delitos sobre los que se ha erigido el discurso penal. Aquéllos fueron cometidos mediante un terrorismo impuesto desde el Estado, a partir de un plan de exterminio sistemático, organizado y ejecutado contra habitantes que pensaban distinto a ellos (está probado desde 1985, sentencia de la CCCFed en Causa 13/84, publicada en Fallos: 300). Se trata de conductas que no tienen ni un ápice de comparación con las de delitos graves por más aberrantes que sean, como las de los ladrones con armas, los miembros de alguna banda más o menos organizada, asesinos a sueldo, secuestradores, funcionarios corruptos, etc., porque éstos siempre han obrado con un fin o motivación estrictamente particular.

Tampoco se trata de la perenne emergencia, ni de los estados de excepción que recurrentemente se invocan, sino de atrapar un fenómeno distinto con todo el ordenamiento jurídico previo disponible.

En todos estos artículos sobre el llamado “neopunitivismo de los DDHH” existe cierta tendencia en ascenso a la deslegitimación de los juicios a los militares y civiles acusados de varios delitos graves con el argumento de que para juzgarlos se han violado sus derechos humanos.

Me animo a sostener que el problema central radica en la falta de actitud para reconocer que nuestras concepciones de años sobre algunas cosas no estaban perfectas o completas o, bien, que ellas han evolucionado. Ante esta negación, terminamos haciendo prevalecer una teoría que no funciona igual en los casos que comienzan a

---

1994, Buenos Aires, p. 113 y ss; Gil Domínguez, Andrés. “El artículo 75, inc. 22 de la Constitución Argentina y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de lesa Humanidad”. Suplemento de Derecho Constitucional, de La Ley, Buenos Aires, 10/11/03, p. 75 y ss.

presentarse. Y este modo de proceder es metodológicamente incorrecto. Debemos abrirnos a las enseñanzas de otras ramas del Derecho y los aportes de otras ciencias y de la experiencia.

Ocurre todo el tiempo con distintos conceptos. Por ejemplo, de la denuncia anónima se ha predicado dogmáticamente su nulidad. Esa concepción impide tratar con los casos en que el pariente o amigo del autor hace una denuncia anónima *ex profeso*, para lograr la nulidad de un procedimiento iniciado de ese modo en contra de éste.

Ha ocurrido y sigue el desarrollo con la libertad de expresión. Sus teorías pusieron en crisis toda la dogmática de los delitos de expresión (calumnias, injurias, reproducción de calumnias o injurias, amenazas, apología, instigación pública, menosprecio a los símbolos patrios, etc.).

Entre los temas que son motivo de análisis aparece el de la “cosa juzgada”, a partir de la sentencia de la Corte Suprema en “Mazzeo”. Pero ¿qué es o en qué consiste la “cosa” que tiene que estar “juzgada” para que un proceso no pueda reabrirse o una persecución penal reiniciarse?. Los autores vienen desarrollando una teoría sobre esa “cosa” con una lista de decisiones judiciales que se encuentran en determinados códigos o sistemas procesales, pero no en otros. Por ejemplo, una desestimación de la una denuncia, un sobreseimiento. Ha debido aparecer la expresión de “cosa juzgada írrita” para poder revocar o anular con tranquilidad de conciencia decisiones tomadas por jueces sobornados o engañados.

Con sólo agregar un adjetivo al sustantivo la “cosa” cambia o muta su naturaleza. Si a “sobreseimiento” le agregamos “provisional”, la “cosa” ya no es “juzgada”. Se puede reabrir el proceso y todos quedamos tranquilos de conciencia de no haber violado ningún principio constitucional. Tómese nota de semejante dislate. Se interpreta la Constitución desde la letra de la ley infraconstitucional, en lugar de determinar el sentido o naturaleza del acto procesal de que se trata. Además, se emplean conceptos extranjeros sobre las garantías cuando, por ejemplo, el instituto del sobreseimiento, no existe en muchos sistemas jurídicos procesales, de modo que allí no puede hablarse de cosa juzgada.

Si en cambio consideramos que la “cosa” a juzgar debe ser la referida al fondo del caso, es decir, a la dilucidación de la materialidad del hecho y a la responsabilidad jurídica del imputado en él, todas las demás decisiones no hará “cosa juzgada”. Cosa juzgada habrá cuando haya habido un debate o discusión (oral o

escrito) sobre el fondo del asunto y los jueces se hayan pronunciado sobre él<sup>10</sup>.

La importancia de estas observaciones es que las decisiones sobre las que versaban los casos tratados en “Simón”, “Mazzeo” o “Espósito-Bulacio” no serían “cosa juzgada”, y no habría una nueva persecución penal por el mismo hecho.

Mucho menos aparece aplicable la doctrina de fallos dictados en causas civiles (p.ej. el registrado en Fallos: 315:2406), a casos de los delitos cometidos por los usurpadores del poder argentinos en el periodo histórico y en ejecución del Plan mencionado.

Esto no tiene nada que ver con la teoría de los derechos absolutos o relativos. Ni con una supuesta opción axiológica entre uno de dos derechos de igual jerarquía. El problema no está en la relatividad de un derecho, sino en que el jurista que lo invoca tenía un concepto equivocado o no acabado de ese derecho que deberá revisar.

Parece no tomarse en serio las expresiones de cientos de juristas de todo el mundo, del Estatuto de Roma, de la Corte Interamericana, de un sinnúmero de tribunales internacionales y de nuestra propia Corte cuando señalan que la cosa juzgada no existe cuando no ha habido un auténtico y verdadero proceso judicial o que el anterior fue sólo un remedo de juicio. No se trata de una excepción al principio, sino de que el principio se da en esos casos.

No pueden muchos autores explicar la siguiente paradoja. Sostienen críticamente que ha aparecido un derecho de las víctimas al castigo por violaciones a los DDHH y que éste es el derecho que se hace prevalecer por sobre la cosa juzgada. De ahí que, si ese derecho no existiera, no habría colisión posible con la garantía del *non bis in idem*. Este razonamiento encierra un problema. Si el derecho de las víctimas no existe, es porque se lo confiscó el Estado que monopoliza la *potestas puniendi* (no el derecho). Si aquel derecho no existiera, porque se reputa que no debería existir, igualmente subsistiría el poder del Estado a castigar. Esto no tiene nada que ver con la venganza. El que castiga es el Estado, no las víctimas. Es decir, el conflicto entre cosa juzgada vs. persecución penal, subsistirá con o sin reclamo de las víctimas.

---

<sup>10</sup> Sigo aquí algunas ideas discutidas con Juan Patricio Murray, en “La nulidad por cosa juzgada írrita y la no aplicación del principio non bis in idem a casos que no fueron elevados a juicio como garantía contra la impunidad”, en Aportes Jurídicos para el Análisis y Juzgamiento del Genocidio en la Argentina, Eduardo Rezsés, compilador, Secretaría de Derechos Humanos, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 2007, p 227 y ss.

Finalmente, advierto que se usan palabras muy fuertes de una manera un tanto banal. La palabra “enemigo” ha costado muchas vidas en este país. Creo que se las usa sin saber de qué se tratan los hechos de estas causas. Se suele argumentar que no dar valor a la cosa juzgada en estos casos (p.ej. “Mazzeo”) es una suerte de aplicación del derecho de los vencedores contra “enemigos” o del llamado derecho penal del enemigo, ya que el principio sobre el que se asienta la inmutabilidad de la cosa juzgada es el de tratar de prevenir la revisión de decisiones judiciales cuando el poder cambia de signo.

Pero esta explicación implica parificar el poder del Estado Terrorista con el poder punitivo ejercido por un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, respetuoso del Derecho Internacional. Para que “cambie de signo” y se revise “la cosa juzgada” en contra de quienes ahora la revisan, debería haber un nuevo golpe de Estado y sus jefes disponer que nos “juzguen” a todos nosotros.

Seguramente lo harían siguiendo, nuevamente, la doctrina que sobre el “enemigo” en la guerra moderna desarrollaron Carl Schmitt<sup>11</sup> y el coronel Roger Trinquier<sup>12</sup> que al pie de la letra siguieran los militares franceses en Indochina y Argelia, perfectamente conocida y seguida tiempo después por quienes ahora están siendo juzgados en nuestro país<sup>13</sup>. Este enemigo no es aquel del que hablan autores como Jakobs, Cancio Meliá y Zaffaroni en conocidas obras para referir un Derecho Penal del Enemigo o el Enemigo en Derecho Penal.

Estos conceptos son difíciles de digerir porque implican un cambio de actitud o de conducta en el jurista o especialista en derecho penal y procesal penal. Es un cambio doloroso. Implican recibir el Derecho Internacional como formando parte del nuestro, algo que se viene predicando desde siempre (art. 118 CN; ley 27 de 1863) pero que nunca se aplicaba de verdad en la *praxis*. Así, las discusiones sobre las diferencias entre cuestiones programáticas y operativas, o sobre el monismo y el dualismo. El problema es que nos vemos obligados a incorporar a nuestros conocimientos, una serie de conceptos e instituciones que corresponden a otro universo, el internacional y, luego de su incorporación, debemos hacerlos jugar

---

<sup>11</sup> “El Concepto de lo Político”, Struhart & Cia, Buenos Aires, 2006.

<sup>12</sup> “La Guerra Moderna”. Editorial Rioplatense. Buenos Aires. S/f. (circa 1963). Traducido del francés por Cap. (RE) L.P. Perez Roldán.

<sup>13</sup> Ver Robin, Marie Monique. “Escuadrones de la Muerte: La Escuela Francesa”, Sudamericana, Buenos Aires, 2005.

armónicamente. Hasta hace poco, nuestro conocimiento no era del Derecho Internacional, sino del derecho de otros países, lo cual es muy distinto. Aplicar todos fallos de la Corte de EEUU sobre garantías procesales penales a nuestro sistema, es algo corriente entre nosotros (viene desde 1863, basta con leer las citas de Joaquín V. González).

Los puntos de inicio y encuentro de caminos para la armonización de ambas áreas del saber están dados por el reconocimiento por parte del estado argentino de la costumbre internacional y la aceptación sin condiciones de tratados internacionales que nos obligan. Estas fuentes de derecho, no pueden ser soslayadas por quienes hacemos derecho local, penal o procesal penal. El problema es que hay que hacerse cargo.

**Javier Augusto De Luca**

Buenos Aires, abril de 2009