

**PONTIFICA UNIVERSIDAD CATOLICA ARGENTINA**  
**“SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”**



**FACULTAD DE DERECHO**

**DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**Tesis Doctoral**

**Título:**

*La reparación de daños en los delitos de lesa humanidad.*

**Subtítulo:**

*La prescripción en la acción civil por daños causados  
por delitos de lesa humanidad.*

**Doctorando**

Guillermo Andrés Díaz Martínez

**Director de Tesis**

Dr. Claudio Jesús Santagati  
BUENOS AIRES-ARGENTINA

2023

**“Sólo una cosa no hay. Es el olvido.”<sup>1</sup>**

Jorge Luis Borges.

---

<sup>1</sup> Borges, Jorge L., “Everness”, en *Obra poética*, Buenos Aires, Sudamericana, 2011, p. 236.

# INDICE GENERAL

<b>Introducción</b> .....	8
I. Definición del objeto científico.....	8
II. Descripción del problema científico.....	8
III. Justificación de la investigación.....	9
IV. El estado de la cuestión.....	9
V. Enunciado de la hipótesis.....	10
VI. Propuesta metodológica de la vía de justificación de la hipótesis.....	10
VII. Objetivos de la presente investigación.....	11
a. Objetivo principal.....	11
b. Objetivos secundarios.....	11
VIII. Proyecciones o transferencia científica.....	12
IX. Cuerpo o esquema de tesis.....	12

## **Parte Primera Nociones generales**

### **Capítulo 1 Los Derechos Humanos**

1. El concepto de los derechos humanos.....	13
1.1. Origen y desarrollo histórico .....	13
1.2. Definición actual.....	21
2. Fundamentación de los derechos humanos.....	27
3. Principios generales y caracteres de los derechos humanos.....	53
3.1. Operatividad.....	54
3.2. Progresividad.....	55
3.3. Irreversibilidad.....	55
3.4. Efectos verticales.....	55
3.5. Interdependientes, integrales e indivisibles.....	56
3.6. Carácter histórico.....	57
3.7. Emergentes.....	58
3.8. Las cinco características definitorias según Alexy.....	58
4. Conclusiones previas.....	60

**Capítulo 2**  
**El Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

5. Nacimiento y desarrollo.....	61
6. La Responsabilidad Internacional en materia de derechos humanos.....	78
7. Conclusiones previas.....	79

**Capítulo 3**  
**Los Delitos de Lesa Humanidad**

8. Historia y definición de los delitos de lesa humanidad.....	81
8.1. El Derecho Natural.....	81
8.1.1. El Derecho Natural Escolástico Español.....	84
8.1.2. El Derecho Indiano y la Doctrina Española de los Derechos Humanos.....	86
8.1.3. El proceso de la defensa de la Dignidad Humana.....	86
8.1.4. La concepción actual del Derecho Natural.....	88
8.2. El Derecho de Gentes o <i>Ius Gentium</i> .....	90
8.2.1. Los primeros antecedentes históricos.....	90
8.2.2. El comienzo de la normativa del Derecho de Gentes.....	95
8.2.3. El Derecho de Gentes en la legislación y la doctrina argentina.....	100
8.3. El <i>Ius Cogens</i> .....	102
8.4. Los Delitos de Lesa Humanidad.....	107
9. Conclusiones previas.....	115

**Parte Segunda**  
**El Mal**

**Capítulo 4**  
**Definiciones sobre el Mal**

10. Prelusión.....	117
11. El 'Mal'.....	117
11.1. Las explicaciones del 'Mal' antes del siglo XX.....	118
11.1.1. Santo Tomás de Aquino.....	118
11.1.2. Immanuel Kant.....	119
11.2. Las explicaciones del 'Mal' a partir del siglo XX.....	123
11.2.1. Primo Levi.....	124
11.2.2. Jean Améry.....	128
11.2.3. Las modalidades del 'Mal'.....	130

11.2.3.1. Algunos análisis destacados.....	131
11.2.3.1.1. Hannah Arendt.....	131
11.2.3.1.2. Norberto Bobbio.....	134
11.2.3.1.3. Carlos Santiago Nino.....	135
12. Conclusiones previas.....	137

**Parte Tercera**  
**La prescripción en la acción civil resarcitoria**  
**por daños causados por delitos de lesa humanidad**

**Capítulo 5**

**El debate en la Argentina sobre la prescripción de la acción civil**

13. Introducción.....	139
14. Acción civil resarcitoria.....	139
15. Prescripción de la acción civil.....	142
15.1. Una primera mirada.....	142
15.2. Una segunda mirada.....	143
15.3. Una tercera mirada.....	146
16. La jurisprudencia de la CSJN sobre la prescripción de la acción civil.....	150
16.1. “Olivares” (1988).....	150
16.2. “Tarnopolsky” (1999).....	153
16.3. “Larrabeiti Yañez” (2007).....	155
16.4. “Villamil” (2017).....	157
16.5. “Ingenieros” (2019).....	161
16.6. “Yoma” (2020).....	165
16.7. “Crosatto” (2020).....	166
17. La doctrina argentina sobre la prescripción de la acción civil.....	168
17.1. Tesis negatoria.....	169
17.2. Tesis positiva.....	172
18. Análisis sobre las sentencias de la CSJN.....	181
18.1. El fin de la unanimidad cortesana.....	181
18.2. Los sesgos cognitivos.....	181
18.3. Reconocimiento de la gravedad de los delitos de lesa humanidad.....	183
18.4. Prescripción vs. Imprescriptibilidad de la acción civil.....	183
18.5. Perspectivas iusfilosóficas.....	185
18.5.1. “Villamil” (2017).....	188
18.5.2. “Ingenieros” (2019).....	189
18.5.3. “Crosatto” (2020).....	189
18.5.4. Visiones iusfilosóficas detectadas.....	190
19. Reforma al Código Civil y Comercial (Ley 27.586).....	196
19.1. Imprescriptibilidad de las acciones por daños derivados de delitos de lesa humanidad.....	196
19.2. Los fundamentos de la reforma.....	197
19.3. Análisis de la reforma.....	199
19.4. La jurisprudencia frente a la reforma.....	205
20. Conclusiones previas.....	207

## **Capítulo 6**

### **Derecho comparado**

21. Sobre la acción reparatoria y prescripción.....	210
21.1. Chile.....	210
21.1.1. La doctrina chilena.....	210
21.1.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema chilena.....	213
21.1.2.1. El fallo “Ortega c. Fisco de Chile”.....	214
21.1.2.2. El fallo “González Galeno c. Fisco de Chile”.....	218
21.2. EE.UU.....	224
21.3. Francia.....	226
21.4. Alemania.....	227
21.5. Italia.....	228
21.6. Brasil.....	229
22. Conclusiones previas.....	231

## **Capítulo 7**

### **Prescripción y reparación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

23. Repaso histórico sobre la prescripción civil en el ámbito internacional.....	233
24. Sistema Universal de protección de Derechos Humanos.....	236
24.1. El rol de la justicia transicional. De la justicia retributiva a la conmutativa.....	236
24.2. Informes de van Boven/Joinet/Bassiouni sobre prescripción en materia de reparaciones....	241
24.3. El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) de Naciones Unidas (ONU).....	246
24.4. La Corte Penal Internacional (CPI).....	249
24.4.1. Reparación a las víctimas.....	250
24.4.1.1. Forma de las reparaciones.....	252
24.4.1.2. El caso “Fiscalía vs. Lubanga Dyilo”.....	253
24.4.2. Mirada crítica.....	255
25. Sistemas Regionales de protección de Derechos Humanos.....	256
25.1. América.....	256
25.1.1. La jurisprudencia de la CIDH en materia de reparaciones.....	256
25.1.2. Los casos argentinos ante el SIDH.....	258
25.1.2.1. “Birt”: la primera solución amistosa del SIDH.....	258
25.1.2.2. Informe N° 56/19 de la CIDH sobre la acción civil reparatoria.....	262
25.1.3. Los casos chilenos: “García Lucero” (2013), “Maldonado Vargas” (2015) y “Órdenes Guerra” (2018).....	264
25.2. Europa.....	269
25.2.1. Relación entre prescripción y acceso a la jurisdicción.....	270
25.2.1.1. La jurisprudencia de la Corte EDH.....	270
25.3. África.....	275
25.3.1. El derecho a la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos.....	276

25.3.1.1. Indemnización compensatoria.....	278
25.3.1.2. El fallo “Los pueblos indígenas ogiek c. Kenia”.....	280
25.3.2. Mirada crítica al Sistema Africano.....	282
25.4. Árabe.....	284
25.4.1. Mirada crítica al Sistema Árabe.....	287
26. Prescripción y derecho de acceso a la jurisdicción no penal.....	288
27. Conclusiones previas.....	289
<b>Conclusión.....</b>	<b>293</b>
<b>Bibliografía consultada.....</b>	<b>298</b>
<b>Jurisprudencia consultada.....</b>	<b>306</b>
<b>Sitios en internet consultados.....</b>	<b>307</b>
<b>Documentos consultados.....</b>	<b>308</b>

## Introducción

En este acápite nos referiremos a la definición del objeto científico, a la descripción del problema científico, a la justificación de la investigación y al estado de la cuestión.

También enunciaremos la hipótesis y su metodológica de justificación, asimismo, mencionaremos los objetivos primarios y secundarios.

El desarrollo y análisis será desde el Derecho Internacional Público, específicamente desde una de sus ramas, es decir desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que abordará también temas del Derecho Internacional Penal, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho Procesal, Historia del Derecho y Filosofía del Derecho.

Asimismo, dicho análisis se apoyará en otras ciencias, como la Psicología, Política, Sociología, Filosofía e Historia, lo que demuestra la introducción del carácter interdisciplinario, o sea, de las proyecciones o transferencias científicas obrantes en la presente investigación.

Finalmente, aludiremos al cuerpo o esquema de la presente tesis por cuanto nos permitirá comprender la vinculación de sus partes.

### **I. Definición del objeto científico.**

El objeto científico de esta investigación es la reparación de daños en los delitos de lesa humanidad frente al instituto de la prescripción en las acciones civiles por perjuicios provocados por los delitos mencionados.

### **II. Descripción del problema científico.**

Respecto a la descripción del problema científico, podemos afirmar que atento estar universalmente reconocida la “imprescriptibilidad” de la acción penal de los delitos de lesa humanidad, no pasa lo mismo con las acciones civiles por los daños causados por dichos delitos.

Ante ello, surge el siguiente interrogante o problema de la presente investigación: *¿Son prescriptibles las acciones civiles por daños derivados de delitos de lesa humanidad?*

### **III. Justificación de la investigación.**

Para la justificación de la presente investigación, podemos decir que sobre la prescripción de las acciones civiles de daños derivados de los delitos de lesa humanidad, encontramos posturas tan diversas y contrapuestas desde las distintas ramas del derecho que provocan no solo incertidumbre o confusión, sino además una verdadera afectación a la seguridad jurídica que debe imperar en todo Estado de Derecho.

Ello sucede, por cuanto no existe en la Ciencia Jurídica local e internacional una “Teoría” jurídica que trate de manera exclusiva, sistémica e integral la problemática sobre la prescripción en la acción civil aludida, que permita poner certeza donde hay incertidumbre.

En definitiva, la presente tesis doctoral se justifica por cuanto pretende dar una respuesta original al problema científico descrito a través de la creación de una “Teoría” del derecho, tomando en cuenta no solo las experiencias jurídicas locales, sino también las que se encuentran en el derecho comparado, con la finalidad de brindar una “aportación” teórica a las Ciencias Jurídicas.

### **IV. El estado de la cuestión.**

Los antecedentes en el derecho comparado y local muestran que la cuestión de la prescripción de la acción civil analizada es una problemática universal en plena discusión y confrontación sin haber sido saldada a la fecha.

Como ejemplo de ello, podemos referirnos a lo que sucede en Argentina, atento a que la prescripción liberatoria en las acciones civiles por daños derivados de los delitos de lesa humanidad, muestra que diferentes tribunales inferiores han tratado la prescripción aludida de distintas maneras, más allá de que la Corte Suprema haya fijado su posición en ocho (8) casos, y ellos son “Olivares” y “Di Cola” de 1988, “Tarnopolsky” de 1999, “Larrabeiti Yañez” de 2007, “Villamil” de 2017, “Ingegnieros” de 2019, “Yoma” 2020 y “Crosatto” de 2020.

Vale tener presente, que a partir del fallo “Villamil”, se termina con la unanimidad, por cuanto ahora se imponen las votaciones por mayoría, atento que los jueces Maqueda y Rosatti -2 de los 5- votaron en contra de la prescripción de la acción por daños derivados de delitos de lesa humanidad.

Esto último, devela claramente que la discusión sobre la cuestión aludida lejos está de haber quedado resuelta, por lo tanto, la unanimidad cortesana quedo en el pasado y puesta en crisis.

Es dable remarcar, que en todos los precedentes mencionados anteriormente se “encuentra fuera de toda discusión que la acción penal para investigar y exigir la responsabilidad penal de delitos de lesa humanidad resulta imprescriptible. El conflicto se centra, entonces, en la posibilidad de que la acción civil emergente del daño causado prescriba o no conforme las normas civiles.”.<sup>2</sup>

Otro ejemplo, es el caso de Chile, en donde la problemática aludida también llegó al máximo tribunal, es decir, a la Corte Suprema, en donde igualmente existen dos concepciones marcadamente opuestas, que dependen de la integración de sus Salas, ya que unas señalan que la acción derivada de los delitos de lesa humanidad prescriben conforme las normas del Código Civil, y las otras sostienen la imprescriptibilidad de las acciones mencionadas, por lo que la cuestión también sigue en debate.

Asimismo, las posiciones antagónicas se reflejan de la misma manera en la doctrina nacional como internacional -derecho comparado-, que a lo largo de la presente investigación con su bibliografía consultada y recopilada podremos conocer.

Luego de la recopilación y consulta normativa sobre la temática en el derecho local como en el derecho comparado, también se observa que las diversas posiciones se reflejan en las legislaciones.

Por lo tanto, y como dice la jurista chilena Feddersen “en el caso de la prescripción civil este debate aún se encuentra inconcluso y como se verá... genera importantes problemas.”<sup>3</sup>.

## **V. Enunciado de la hipótesis.**

Conforme nos enseña Dei, la hipótesis “es una afirmación probable enunciada con ese carácter como respuesta al problema.”.<sup>4</sup>

En ese sentido, la hipótesis de la presente tesis doctoral, que podrá o no ser confirmada en la presente investigación, es la siguiente, a saber:

*Las acciones civiles por daños causados por delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.*

## **VI. Propuesta metodológica de la vía de justificación de la hipótesis.**

Para lograr la justificación de la hipótesis propuesta, utilizaremos como vía metodológica el método dialéctico.

---

<sup>2</sup> Montilla Zavalía, Félix A., “La acción de responsabilidad derivada del delito de lesa humanidad a la luz del Código Civil y Comercial y el régimen de responsabilidad del Estado”, en *El Derecho*, Buenos Aires, N° 13.944, 2017, p. 2.

<sup>3</sup> Feddersen, Mayra, “Prescripción de acciones civiles en Chile”, manuscrito, en *Centro Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Chile, 2010, p. 2.

<sup>4</sup> Dei, H. Daniel, *La tesis: Cómo orientarse en su elaboración*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2011, p. 75.

Por lo tanto, usaremos este método para conocer las distintas normas, posturas doctrinarias y jurisprudenciales (tesis-antítesis), para luego confrontarlas -diálogo-, y de esa manera, obtener una nueva posición (síntesis) sobre la problemática abordada, y que la misma logre dar respuesta al problema científico, con una verdadera “aportación” teórica original y relevante para la Ciencia Jurídica.

## **VII. Objetivos de la presente investigación.**

### **a. Objetivo principal:**

Nos proponemos a dar una respuesta “original” al problema científico descrito en el punto II., a través de la elaboración de una “Teoría” jurídica, brindando una concreta “aportación” teórica a la Ciencia del Derecho.

### **b. Objetivos secundarios:**

i. Analizar el concepto de los *Derechos Humanos* desde diversas perspectivas iusfilosóficas, para así comprender y demostrar la importancia de la fundamentación de dicho concepto frente a la comisión de los Delitos de Lesa Humanidad y sus consecuencias.

ii. Analizar el concepto y surgimiento de los *Delitos de Lesa Humanidad*, indagando sus antecedentes, lo que nos permitirá evidenciar su bien tutelado. Por lo tanto, para poder comprender la esencia y la existencia de los delitos aludidos, es imprescindible recuperar su historia, en consecuencia, examinaremos sus orígenes y desarrollo, o sea, remontarnos al Derecho Natural, al Derecho de Gentes y al *Ius Cogens*.

iii. Analizar el concepto del *Mal* desde distintas visiones para así comprender y demostrar la dimensión, gravedad y excepcionalidad de los daños producidos por los Delitos de Lesa Humanidad.

iv. También nos proponemos demostrar la interconexión y dependencia del concepto de *Seguridad Jurídica* frente al concepto de los Derechos Humanos y al valor *Justicia*.

v. Demostrar que las *reparaciones administrativas* pueden ser distintas o complementarias a una indemnización judicial, y no pueden constituirse en un impedimento para acceder a la consideración del caso por ante un organismo judicial, por cuanto las reparaciones de los daños sufridos por la perpetración de delitos de lesa humanidad son un principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

vi. Finalmente, demostrar en que caso concreto se configuraría la responsabilidad internacional de los *Estados* u *organizaciones internacionales* o de los

*individuos* en materia de derechos humanos frente a la demanda del acceso a la justicia reparatoria.

### **VIII. Proyecciones o transferencia científica.**

Como lo anunciamos en el acápite 1., el análisis del objeto científico señalado también será secundado por otras ciencias, específicamente, por la Psicología, Sociología, Política, Historia y Filosofía, lo que demostrará el carácter interdisciplinario de la presente tesis.

### **IX. Cuerpo o esquema de tesis.**

La estructura del trabajo de tesis consta de índice, introducción, corpus contenido en siete (7) capítulos, conclusión y la respectiva mención a la bibliografía consultada.

Asimismo, la tesis se divide en tres partes.

La Parte Primera refiere a las “Nociones generales”, compuesta por su capítulo 1 que habla de “Los Derechos Humanos”, luego en su capítulo 2 analiza “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, y en su capítulo 3, trata sobre “Los Delitos de Lesa Humanidad”.

Su Parte Segunda, aborda “El Mal”, compuesta por su capítulo 4, que refiere a las “Definiciones del Mal”.

Finalmente, la Parte Tercera analiza “La prescripción en la acción civil resarcitoria por daños causados por delitos de lesa humanidad”, integrada por el capítulo 5, que afronta “El debate en la Argentina sobre de la prescripción de la acción civil”, y luego el capítulo 6, que aborda “El Derecho comparado” sobre la temática referida, finalizando con su capítulo 7, que trata sobre “La prescripción y reparación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

# Parte Primera

## Nociones generales

### Capítulo 1

#### Los Derechos Humanos

#### 1. El concepto de los derechos humanos.

En este apartado abordaremos el concepto o definición de los derechos humanos a lo largo de la historia de la humanidad, es decir, analizaremos su origen y desarrollo histórico.

Dicho análisis, será elaborado desde la mirada crítica y fundada de diversos especialistas reconocidos en la materia, que nos permitirá conocer y acceder a distintos enfoques, necesarios para la presente investigación.

#### 1.1. Origen y desarrollo histórico.

Comenzando con el análisis, iniciamos con la visión del profesor mexicano Dienheim Barriguete, quien nos dice que “El concepto de derechos humanos es complejo y multívoco pues comprende múltiples dimensiones y diversos contextos como son el filosófico, el político, el ético y, por supuesto, también el jurídico. Incluso el término de “derechos humanos” se ha venido utilizando sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, pues antes sólo se hacía referencia a tales derechos con el término de “derechos del hombre”.<sup>5</sup>

Asimismo, Dienheim Barriguete relata que “se dice que la primera vez que se utilizó el término de “derechos humanos” como tal fue en 1941, cuando el Papa Pío XII se refirió a ellos en su mensaje de navidad de ese año.”<sup>6</sup>

Por lo tanto, para “comprender debidamente los valores, pretensiones y postulados éticos-políticos que son la esencia de los derechos humanos, éstos deben ser analizados y debidamente evaluados desde el punto de vista histórico, ya que la dimensión

---

<sup>5</sup> De Dienheim Barriguete, Cuanhtémoc M., *Constitucionalismo universal: la internalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 19.

<sup>6</sup> *Ibídem*.

histórica de los derechos humanos es uno de los requisitos necesarios para entender tanto el sentido actual que tienen, como las claves principales de su evolución jurídica.”<sup>7</sup>.

Hay quienes afirman que el proceso histórico de los derechos humanos puede entenderse como el crecimiento de la conciencia moral humana.

Raffin propone un interrogante a fin de dar su respuesta, a partir de la siguiente pregunta, a saber “¿Podría aún sostenerse, no obstante, una idea de los derechos humanos antes de la modernidad? Las manifestaciones y las formas previas no constituyen realmente derechos humanos sino ideas y prácticas que servirán de fermento, proveerán el terreno y jugarán como antecedentes de una realidad que se volverá tal durante los siglos XVII y XVIII.”<sup>8</sup>.

En este sentido el autor referido tiene presente el famoso dialogo entre Antígona y Creonte en la obra de Sófocles.<sup>9</sup>

Al indagar los precedentes de los derechos humanos, Raffin argumenta que “Otras ideas que se citan generalmente con relación a los antecedentes de los derechos humanos son el *logos* universal particularmente en los estoicos, que rige la naturaleza como una ley de la armonía cósmica, el ecumenismo del cristianismo y el iusnaturalismo de origen divino de los escolásticos. Más allá de estos antecedentes, es cierto que la idea de lo que hoy en día se denomina como derechos humanos aparece por primera vez bajo la forma de los derechos naturales del iusnaturalismo moderno. Por ende, es necesario distinguir claramente el iusnaturalismo moderno “racionalista” de los iusnaturalismos previos independientemente de su fundamento (la ley o la razón divinas del cristianismo, el *logos* universal, las leyes de los dioses, etc). Estas diferentes versiones descansan en un fundamento trascendente: “Los griegos –al menos Platón, Aristóteles y los estoicos- se referían a un *cosmos* ordenado, accesible a la razón, que servía de criterio y con cuya ayuda debía ser posible convalidar o invalidar las normas positivas, es decir, convencionales (“puestas” por una autoridad humana); los cristianos (pero también los judíos y los musulmanes) fundaban el derecho natural en un orden sobrenatural, accesible –según “dosajes” muy variables a lo largo de la historia- a la razón “ayudada” por la fe. El orden fundamental del mundo, encarnación del *cosmos* griego o expresión del Dios personal y de su Providencia, regían, por lo tanto, el derecho natural: este último era por definición de naturaleza “holística”, es decir, expresaba un Todo respecto del cual las

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*, pp. 22-23.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, pp. 8-9.

<sup>9</sup> El dialogo referido es tratado con mayor amplitud en el Capítulo 3, apartado 8.1. de la presente tesis.

voluntades humanas de los individuos (y, hasta cierto punto, de los gobernantes) se encontraban subordinadas.”<sup>10</sup>.

Como se puede observar, es indudable la importancia de la Historia para conocer las diversas perspectivas sobre las posibles definiciones de los derechos humanos.

El profesor Juan Antonio **Travieso** abona dicha importancia, y nos dice que “El concepto de los derechos humanos es muy amplio y tiene contactos con la historia. No recurrir a ésta implica abordar estudios parciales, limitados a lo jurídico, lo político, lo social, etc. No recurrir a la historia también es acudir a los antiguos esquemas de la ideología del derecho natural actualizado con nueva terminología.”<sup>11</sup>.

Prosigue diciendo el autor antes mencionado que “La historia de los derechos humanos plantea, pues, dos relaciones: la primera con la historia en sí misma, que no significa retroceder hacia el pasado; la segunda, con el mismo concepto de los derechos humanos. La segunda relación, la de los derechos humanos, requiere otras precisiones que son complementarias de las anteriores. Los derechos humanos han adquirido un carácter dinámico, que se ha extendido especialmente en la última mitad del siglo XX, dentro de grandes contradicciones.”<sup>12</sup>.

Travieso hace una observación sobre el concepto de los derechos humanos en la historia alegando que “Sin embargo, ese concepto no se presenta tan linealmente al hallarse entremezclado en la cultura antigua, medieval, moderna y contemporánea. En cada una de esas etapas, los derechos humanos se fueron incorporando primero en las ideas políticas, luego se trasladaron al ámbito jurídico y, por tanto, al sistema normativo del derecho positivo interno, extendiéndose con posterioridad al sistema internacional.”<sup>13</sup>.

Sobre los pasos dados en la historia, Travieso nos refiere que “El proceso del desarrollo de los derechos humanos, pues, se ha dirigido desde los derechos de la libertad, que en los hechos fueron los límites al poder del Estado, por una parte, y la creación de una esfera de poder con respecto a ese mismo Estado, por la otra parte, a través de los derechos civiles y políticos con la participación de la soberanía popular, elemento legitimador del poder. La etapa siguiente fue la de los derechos económicos, sociales y

---

<sup>10</sup> Raffin, Marcelo, *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, pp. 9-10.

<sup>11</sup> Travieso, Juan A., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Clásico y futuro 3.0.”, en *La Ley*, Buenos Aires, 08/10/2013, cita online: AR/DOC/3172/2013.

<sup>12</sup> *Ibídem*.

<sup>13</sup> *Ibídem*.

culturales que han tenido el objetivo de compatibilizar la libertad con la igualdad en una integración posible.”<sup>14</sup>.

Afirma Travieso que “El tránsito de una a otra etapa no fue solo fruto de una evolución, de un proceso automático ya determinado o de una herencia, pues los derechos humanos se conquistan dentro de un proceso múltiple de cambios. Es así que los cambios del sistema económico produjeron el capitalismo y el auge de la burguesía que impulsó el desarrollo, la generalización e internacionalización de los derechos humanos. Los cambios en el poder político generaron el Estado caracterizado como un poder racional, centralizado y burocrático, sin el cual no hay derechos humanos. También hubo cambios en el pensamiento, impulsados por los humanistas, por la reforma religiosa, el individualismo, el racionalismo y la secularización. Estos cambios en el pensamiento operaron también hacia un nuevo paradigma en el desarrollo científico que consolidó nuevas ideas sobre la persona, su dignidad sin discriminación, la libertad, la relación en la sociedad, y un paso hacia otra concepción del derecho superador de las fronteras de los Estados.”<sup>15</sup>.

En relación con lo anterior, Travieso piensa que “los derechos humanos no son el producto de la naturaleza sino de la civilización humana, que implica ampliación, transformación y cambio. Por ello, un Estado con medios eficaces de defensa para los derechos humanos, asegura la vida de todas las personas. Estas reflexiones sirven para asignar a los derechos humanos un sentido estratégico dentro de la sociedad, instrumentado tácticamente a través de los derechos civiles, económicos, sociales o culturales.”<sup>16</sup>.

Siendo concreto desde su visión, Travieso concluye manifestando que “Desde el punto de vista jurídico, la historia de los derechos humanos se encuentra dirigida especialmente a los hechos y a su consolidación normativa, o sea, la positivización.”<sup>17</sup>, y, que “el criterio clasificador es el dinámico y continuo desde el mundo antiguo hasta el siglo XV; sus escalones, los tiempos modernos, son base para la aceleración de los derechos humanos en los procesos revolucionarios de los siglos XVIII y XIX. El proceso siguiente es el de la desaceleración de los derechos humanos, que finalmente conduce a su retroceso y la consecuencia inevitable de la Segunda Guerra Mundial y cuyo punto final dio paso a la

---

<sup>14</sup> *Ibídem.*

<sup>15</sup> *Ibídem.*

<sup>16</sup> *Ibídem.*

<sup>17</sup> *Ibídem.*

internacionalización de hoy. Ése ha sido el criterio clasificador, acentuando los paradigmas de cada época y sus resultados.”<sup>18</sup>.

Por su parte, el jurista y ex Secretario de Derechos Humanos de la Nación Eduardo Luis **Duhalde**, en consonancia con lo que venimos relatando, dice que “Cuando hablamos de DDHH, no estamos haciendo uso de un concepto unívoco. Podemos hablar de DDHH en un sentido de desarrollo de la historia, incluso buscar las referencias a derechos fundamentales del hombre, que de eso se tratan los DDHH en un concepto lato, desde los textos religiosos y primeros códigos de la humanidad; podemos buscar ya en una etapa más cercana de la historia los antecedentes más expresivos, como la Carta Magna inglesa de 1215, arrancada por los barones y parte del pueblo a Juan Sin Tierra; podemos también hacer referencia al Acta de Hábeas Corpus en Inglaterra de 1679, o al Acta de la Independencia de los EUA de 1776, la Constitución de los EUA y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Revolución Francesa.”<sup>19</sup>.

Aludiendo a la historicidad que venimos desarrollando, Duhalde entiende que además de poder tener un concepto histórico de los derechos humanos, “También podemos hablar de una cultura de los DDHH, que sin duda esa cultura, por lo menos en sectores decisorios de la marcha del mundo, impulsó la normativa de los DDHH; no ya en el moderno Derecho Internacional de los DDHH sino con mucha anterioridad en que un antecedente de los DDHH modernos es la Convención sobre Usos de Guerra de Ginebra de 1864 o todas las posteriores que tuvieron como ámbito la Sociedad de las Naciones, el antecedente previo a las Naciones Unidas.”<sup>20</sup>.

Nos recuerda Duhalde que “En nuestra Constitución de 1853 también podemos encontrar expresiones claras y explícitas de parte de los derechos fundamentales del hombre. Están en preámbulo, cuando se reconoce no sólo la titularidad de derechos a los ciudadanos argentinos sino a todos los hombres de buena voluntad que quieran habitar el suelo argentino y tenemos explícitamente artículos como los 14, 15, 16 y 18 de la Constitución Nacional; el viejo artículo 102 de la Constitución del 53 que hoy es artículo 118 (después de la Reforma de 1994) que hace referencia a la justicia universal, cuando habla de la competencia de los tribunales en el juzgamiento de delitos ocurridos fuera del territorio nacional. Entonces, desde ese concepto, podemos analizar históricamente los DDHH, podemos hablar también de una cultura de los DDHH, y de los DDHH como una

---

<sup>18</sup> *Ibídem*.

<sup>19</sup> Duhalde, Eduardo L., *Aportes para la construcción de una Democracia Avanzada*, Buenos Aires, Ediciones Punto Crítico, 2012, p. 148.

<sup>20</sup> *Ibídem*.

responsabilidad social de todos los ciudadanos. Yo siempre digo que los DDHH son los derechos del otro y que nosotros también somos titulares de esos derechos como otros del otro; que si aprendemos a respetar los derechos de los terceros, del prójimo, es una forma de hacer valer nuestros derechos y no esperar a que se llegue a la violación de nuestros propios derechos para acordarnos que esos derechos existen.”<sup>21</sup>.

Reeditando planteos anteriores, la dupla **Chávez** y **Magoja** afirma que “Existen diferentes interpretaciones respecto de la existencia misma de los Derechos Humanos. Algunos dicen que éstos son naturales, nacemos con ellos, y por lo tanto son anteriores y superiores a cualquier poder estatal: éste sólo se limita a reconocerlos y hacerlos positivos. Otros, en cambio, sostienen que los Derechos Humanos están relacionados con la aparición de estructuras jurídico-políticas determinadas, como por ejemplo, el Estado Moderno.”<sup>22</sup>.

Lo anterior permite señalar a la dupla citada que “Más allá de las divergencias que existen entre ambas posturas, lo cierto es que a lo largo de la historia, el hombre ha intentado generar límites frente a los abusos del poder de diferentes estructuras políticas, y ello llevó al reconocimiento paulatino de “derechos” que progresivamente fueron ocupando la escena política y se volvieron indiscutibles. Es decir, la historia de la aparición creciente de estos derechos está inefablemente ligada a la propia historia del hombre.”<sup>23</sup>.

Además, Chávez y Moja reafirmando y coincidiendo en líneas generales con los autores citados en los párrafos anteriores, ponen el ojo en “las conocidas atrocidades que tuvieron lugar durante las dos guerras mundiales [que] impusieron la necesidad de orquestar organismos a nivel internacional que garantizaran una mayor protección de los derechos del hombre. Al término de la Primera Guerra Mundial se creó la Sociedad de Naciones que, luego, en 1945, se transformó en la Organización de Naciones Unidas (ONU). En su texto constitutivo, la ONU estableció como uno de sus objetivos principales “el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales” y el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó finalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos.”<sup>24</sup>.

En este estadio del apartado, es oportuno reflexionar si el proceso histórico narrado significó una evolución o no para la humanidad.

---

<sup>21</sup> *Ibídem*.

<sup>22</sup> Chávez, Claudio y Magoja, Eduardo, “Los Derechos Humanos como contrapoder inmanente de las minorías”, en *Revista Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Ediciones Infojus, Año II, N° 3, 2013, p. 14.

<sup>23</sup> *Ibídem*, pp. 14-15.

<sup>24</sup> *Ibídem*, p. 16.

Por su parte, Chávez y Magoja responden que “En virtud del desarrollo histórico de los Derechos Humanos que a grandes rasgos hemos narrado, podemos decir que en su historia existió y existe una “evolución”. Esto es, a través de los años los derechos del hombre se han ampliado con el fin de asegurar, garantizar y permitir a los individuos una mejor vida.”<sup>25</sup>.

En esta línea de pensamiento “Bobbio (1991: 68) sostiene que en la historia de los Derechos Humanos tenemos un progreso de toda la humanidad: “La Declaración Universal (...) comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales, pasa por la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales, y termina con la universalidad no ya abstracta, sino concreta de los derechos positivos universales.”<sup>26</sup>.

El profesor “Bobbio defiende la idea de que existe un movimiento dialéctico en la historia de los Derechos Humanos que va desde la abstracción de los derechos naturales, pasa por la concreción regional estatal, y culmina con la Declaración Universal de éstos.”<sup>27</sup>.

Para Chávez y Magoja, “Queda claro, pues, de qué forma Bobbio afirma la existencia de una evolución en cuanto al despliegue de los Derechos Humanos, que coincide con el desarrollo histórico que explicamos más arriba. Sin embargo, cabe preguntarse si verdaderamente es posible hablar de un progreso moral y político de los Derechos Humanos.”<sup>28</sup>

De forma contraria “existen otras posturas que impiden pensar la historia de los Derechos Humanos en términos evolutivos. Por ejemplo, Raffin (2006: 2) afirma que los derechos del hombre nacieron como fundamento del mundo moderno-burgués: “Las bases y el substratum de los derechos humanos se apoyan entonces en una cierta construcción del sujeto en tanto del eje del mundo moderno”. Y más adelante, sostiene: “En el universo del sistema jurídico moderno —como parte del sistema general de legitimación de la sociedad burguesa—, el individuo y la propiedad ocupan el lugar central y estructurante en el marco de la sociedad civil y el Estado” (Raffin, 2006: 7).”<sup>29</sup>.

En definitiva, estos dos autores alegan que “todas estas categorías metafísicas [como por ejemplo: la propiedad], que podemos desprender del concepto de

---

<sup>25</sup> *Ibidem.*

<sup>26</sup> *Ibidem.*

<sup>27</sup> *Ibidem.*

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>29</sup> *Ibidem.*

intercambio, nos llevan a pensar que los Derechos Humanos nacieron y se nutren de ellas: ni más ni menos que los pilares fundamentales de la burguesía.”<sup>30</sup>.

Según ellos dos, “la cuestión de la metafísica del sujeto moderno está presente en la praxis de los Derechos Humanos. Por eso, todo intento de unidad de los Derechos Humanos (como el progreso moral de la humanidad que sostiene Bobbio) resulta desacertado en la medida de que no contribuye a la praxis de los derechos: su punto de partida es erróneo, pues tiene su origen en los principios liberales. Esto es, fundamentos abstractos que no coinciden con la realidad.”<sup>31</sup> .

En consecuencia, Chávez y Magoja coinciden con Raffin cuando terminan diciendo que “afirmamos que la historia de los Derechos Humanos, que formalmente empieza con la Carta Magna de Inglaterra y culmina con la Declaración Universal de Derechos Humanos, no supone una evolución. Es decir, no compartimos un “progreso moral de la humanidad” que propugna Bobbio, ya que —como hemos visto— las categorías defendidas por tales derechos fueron serviciales al despliegue socio-económico de la burguesía.”<sup>32</sup>.

Para finalizar, traemos las palabras atinadas de una mujer argentina especialista en la materia, que nos permite concluir el proceso histórico analizado y descripto. En consecuencia, Alicia **Pierini** nos dice con toda claridad que “En ninguna de las etapas del siglo XX, existieron en el vocabulario nacional las palabras “Derechos Humanos”. Tampoco se estudiaba en la Universidad dicha materia. Revisando programas de estudio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, hasta los años 80, solo encontramos las palabras “Derechos Humanos” en textos de Derecho Internacional Público, respecto de la Declaración de los Derechos del Hombre -de 1948- o Declaración Universal, proclama nacida post finalización de la Segunda Guerra Mundial. Durante los años 1955 a 1976, tampoco existió ninguna puerta abierta para que ingresaran los derechos humanos. Durante esos lustros, se sucedieron golpes militares con brevísimos intervalos de gobiernos civiles siempre amenazados desde los cuarteles. La última dictadura -iniciada en 1976- dejó ensangrentada la Nación y destrozó a familias enteras que clamaban por sus hijos secuestrados. Recién entonces sí aparecieron las palabras DD.HH. asumidas por la sociedad como herramienta virtual para proteger y contener a las víctimas encarceladas, desaparecidas o asesinadas y sus familiares. Esas dos palabras:

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 20.

“derechos” y “humanos” abarcaban todo el dolor, el coraje y la angustia de las organizaciones civiles que se conformaron bajo la bandera de los Derechos Humanos, albergando en su seno a todas las víctimas y sus familias. El salto cualitativo y positivo se dio a partir de 1983 a 1994 y se consolidó durante los siguientes años, que transformaron el sistema institucional y jurídico. 1984 fue el punto de partida que inauguró la incorporación plena de Argentina al Sistema Interamericano de DD.HH. y al de las Naciones Unidas. 1994 fue el otro punto de partida: el de la constitucionalización de los DD.HH.”<sup>33</sup>.

## 1.2. Definición actual.

Ahora bien. Y luego del repaso histórico desarrollado, es momento de abordar la problemática sobre la definición actual o contemporánea de los derechos humanos.

El jurista Rodolfo **Mattarollo**, al referirse al concepto de los derechos humanos, nos dice que parte “de la tesis que afirma que lo moral es lo que se somete a un valor y lo inmoral lo que se opone o es indiferente a un valor. Asimismo, me propongo como noción de los derechos humanos la siguiente: atributos inherentes a la dignidad humana, jurídicamente protegidos. La dignidad humana es el concepto clave que entiendo corresponde tanto a los valores morales como a los derechos humanos. La fuente común de los valores morales y de los derechos humanos es precisamente el enunciado de que la vida humana es valiosa y como tal debe ser respetada.”<sup>34</sup>.

Reafirma Mattarollo, que “Los derechos humanos no han sido creados por el derecho escrito: éste los reconoce y los confirma. En este sentido los derechos humanos no son una concesión del Estado, que debe reconocerlos, protegerlos y garantizarlos.”<sup>35</sup>.

Por tanto, “Si esto es así, los derechos humanos tienen una fundamentación ética y constituyen la protección jurídica e institucional de una serie de condiciones para poder vivir una vida digna, vale decir una vida conforme a la idea de que la vida humana es valiosa y como tal debe ser respetada y protegida.”<sup>36</sup>.

Entonces, “Los derechos humanos en este sentido son algo que el ser humano tiene por su misma condición de tal. No es otra la concepción de la Declaración

---

<sup>33</sup> Pierini, Alicia, “Derechos Humanos. Antes y después de 1994”, en *Revista de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2018, Número 11, [https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=3ec8f55d736fcd43293dcca075a1a938&hash\\_t=d4b0883592e4d5288219eb1dfe978195](https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=3ec8f55d736fcd43293dcca075a1a938&hash_t=d4b0883592e4d5288219eb1dfe978195) [Fecha de captura: 20-06-2020]

<sup>34</sup> Mattarollo, Rodolfo, “Ética y derechos humanos”, en *“Noche y niebla” y otros escritos sobre derechos humanos*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2010, p. 257.

<sup>35</sup> *Ibídem*, p. 258.

<sup>36</sup> *Ibídem*.

Universal de Derechos Humanos, cuando en su primer párrafo afirma: *la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.*<sup>37</sup>.

Va concluyendo Mattarollo y dice que “Al mismo tiempo vinculo la idea de los derechos humanos y el sistema político al afirmar que la legitimidad de un sistema político se mide por su capacidad de garantizar la vigencia real de los derechos humanos sin incurrir en discriminaciones negativas. Esto supone que el sistema político debe garantizar junto al derecho a la vida y la integridad de la persona, su libertad e igualdad.”<sup>38</sup>.

Dicho lo anterior, finaliza el profesor Mattarollo expresando que “El derecho a la vida y a la integridad de la persona se ha considerado como garantía del valor seguridad; el valor libertad funda los derechos civiles y políticos, y el valor igualdad funda los derechos económicos, sociales y culturales.”<sup>39</sup>.

El gran constitucionalista argentino Germán **Bidart Campos** en su Teoría General de los derechos humanos, afirma que de “Todas las disquisiciones filosóficas que hemos hecho en torno de la persona humana, de su inserción en el Estado, de su libertad, de sus derechos, y del cúmulo de cuestiones anexas y afines, admiten conducirnos a tentativas de definir los derechos humanos. Tal vez sea la tarea más difícil y comprometida, prueba de lo cual son las numerosas propuestas definitorias de los autores que se ocupan del tema.”<sup>40</sup>.

En la obra antes citada, Bidart Campos trae a consideración analizando la propuesta de “Eusebio Fernández que [dice] “los derechos humanos son algo (ideales, exigencias, derechos) que consideramos deseable, importante y bueno para el desarrollo de la vida humana”. Si nos detenemos aquí, rescatamos un doble plano: uno, el de lo que la filosofía de los derechos humanos define en la suprapositividad como lo que “debe ser” reconocido en la positividad; y otro, el de lo que en la positividad ya “es”, tal como el plano anterior prescribe o exige que “debe ser”. Al primer plano se le puede convencionalmente dar un nombre: derechos humanos, por ejemplo; o para otros, derechos morales o derechos naturales; al segundo plano es dable atribuirle otro nombre: derechos fundamentales, o para otros, derechos subjetivos jurídicos. En una forma u otra, y cualquiera sea la naturaleza del primer plano (natural, jurídica, puramente ética, histórica, etc.), en él se definen exigencias acordes con la dignidad de la persona y se arraigan

---

<sup>37</sup> *Ibídem.*

<sup>38</sup> Mattarollo, Rodolfo, “Ética... *Op. Cit.*”, p. 259.

<sup>39</sup> *Ibídem.*

<sup>40</sup> Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2020, p. 227.

valores; allí radica un deber ser, un criterio o un canon indisponible para la positividad. En el segundo plano tenemos la positivización de ese deber ser, pero con distinto sentido, porque para algunos ya sabemos que la positivización se satisface con la sola recepción del deber ser del primer plano en el orden normativo del mundo jurídico, mientras que para otros -entre quienes nos contamos- la positivización sólo es tal cuando hay vigencia sociológica, es decir, cuando el deber ser ideal del valor se realiza con signo positivo en la dimensión sociológica del mundo jurídico.”<sup>41</sup>.

Nos advierte Bidart Campos que de allí “en más surgen las complicaciones, porque si usamos la misma palabra “derechos” para las definiciones del primer plano y para las del segundo, hay que aclarar que la duplicidad de una voz común a ambos tiene en alguno de ellos el sentido de un analogado. Tal vez, el esclarecimiento viene de inmediato cuando empleando idéntico sustantivo -“derechos”- hacemos diferencia en los adjetivos: a los “derechos” del primer plano los calificamos, por ejemplo, como derechos “naturales”, o “humanos”, o “morales”; y a los “derechos” del segundo plano, como derechos “positivizados”, “fundamentales”, “constitucionales”, o “jurídicos”. La analogía se salva y justifica una vez que para apodar “derechos” a los calificados mediante distintos adjetivos en el segundo plano (o sea en el de la positividad), damos por necesario que concuerden con los que previamente, y también mediante adjetivos diferentes, hemos llamado “derechos” en el primer plano. Es así como interpretamos el aserto de Peces-Barba cuando nos dice que los derechos fundamentales no son derechos si no se incorporan a un sistema normativo, pero que éste no puede crear a su voluntad su propio sistema de derechos fundamentales, porque para que sean tales, dicho sistema ha de guardar congruencia con los valores propios de los llamados derechos humanos; o sea, el poder, o el gobernante, o el derecho positivo, no pueden bautizar lingüísticamente como “derechos” en el segundo plano a las normas que son contradictorias con lo que el primer plano señala como “derechos” debidos al hombre en razón de su calidad de persona. No falta alguna línea de doctrina que en sus definiciones solamente incorpore la categoría del “derecho subjetivo” en el segundo plano de la positividad, y todavía más, que exija en él la disponibilidad de una vía coactiva de protección. Cuando el positivismo voluntarista niega toda instancia suprapositiva que sirva de fundamento a los derechos (es decir, cuando rechaza todo lo que venimos situando en el llamado primer plano), se queda atrapado únicamente en la positividad, en el derecho positivo (segundo plano), y como éste no está

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 228.

ligado a ningún deber (ni moral ni jurídico) que le venga impuesto desde afuera o desde más arriba (porque no hay suprapositividad o primer plano), los derechos serán lo que el derecho positivo diga que son, y toda definición de ellos no podrá ser -acaso- más que ésta que personalmente se nos ocurre: los derechos humanos (¿merecen este nombre?) son los que cada derecho positivo asigna voluntariamente al hombre según su criterio discrecional, y denomina a su gusto.”<sup>42</sup>.

Para el iusfilósofo argentino Carlos Santiago **Nino** “los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización. ... en cierto sentido, “artificiales”, o sea que son, ... producto del ingenio humano... que, al contrario de lo que generalmente se piensa, la circunstancia de que los derechos humanos consistan en instrumentos creados por el hombre no es incompatible con su trascendencia para la vida social. Esta importancia de los derechos humanos está dada, como es evidente, por el hecho de que ellos constituyen una herramienta imprescindible para evitar un tipo de catástrofe que con frecuencia amenaza a la vida humana.”<sup>43</sup>.

Por tanto, el remedio “que han inventado los hombres para neutralizar esta fuente de desgracias es precisamente la idea de los derechos humanos. No obstante antecedentes tan remotos como los fueros españoles, las cartas inglesas, las declaraciones norteamericanas, etc., es con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que se hace completamente explícito que la mera voluntad de los fuertes no es una justificación última de acciones que comprometen intereses vitales de los individuos, y que la sola cualidad de ser un hombre constituye un título suficiente para gozar de ciertos bienes que son indispensables para que cada uno elija su propio destino con independencia del arbitrio de otros. Todavía resulta impresionante la sentencia del prólogo de la Declaración de la Asamblea francesa que dice que “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos.”<sup>44</sup>.

En consecuencia, nos dice Nino que desde “allí el reconocimiento de los derechos humanos se fue expandiendo a través de las constituciones de prácticamente todos los Estados nacionales y de normas internacionales como la Declaración universal de derechos humanos, sancionada por las Naciones Unidas en 1948. y los pactos

---

<sup>42</sup> *Ibídem*, pp. 229-230.

<sup>43</sup> Nino, Carlos S., *Ética y de derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 1.

<sup>44</sup> *Ibídem*, p. 2.

subsiguientes, propiciados por el mismo organismo, sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales.”<sup>45</sup>.

Si bien, dicha “expansión del reconocimiento jurídico de los derechos humanos no ha impedido, sin embargo, que este siglo presenciara genocidios sin precedentes, purgas siniestras, masacres y persecuciones crueles, intervenciones sangrientas de grandes potencias en la vida de otros pueblos, hambrunas, enfermedades evitables y analfabetismo en las regiones postergadas del mundo, la amenaza permanente de un estallido nuclear.”<sup>46</sup>.

Esas situaciones horribles aludidas “no deben oscurecer los lentos e inseguros avances que se han hecho en esta materia, principalmente después de la segunda guerra mundial: la esclavitud prácticamente ha desaparecido en el mundo; el proceso de descolonización, aun cuando no es completo, ha progresado sustancialmente; cada vez hay más países en los que rige, a veces con retrocesos temporarios, el estado de derecho; se han establecido tribunales internacionales para juzgar denuncias por violaciones de derechos humanos; la conciencia de la gente está más alerta acerca de las aberraciones que se producen aún más allá de las fronteras de sus respectivos países. Sin embargo, no es posible eludir la pregunta de por qué estos avances no son más rápidos, firmes y generales.”<sup>47</sup>.

Nos advierte Nino, que “Uno de los factores que tal vez contribuyen a que no se progrese tanto como es deseable en la promoción de los derechos del hombre es la creencia de que ella está asegurada cuando se alcanza un reconocimiento jurídico de los derechos en cuestión. La forma más perversa y brutal de ese desconocimiento es la que o bien involucra al núcleo mismo de la maquinaria que concentra el monopolio de la coacción o supone la injerencia de potencias extranjeras. Frente a este tipo de lesiones a los derechos es prácticamente vana su homologación por el derecho positivo, ya que las normas respectivas pierden vigencia con la misma violación generalizada e impune y son generalmente reemplazadas por otras que amparan jurídicamente tales lesiones.”<sup>48</sup>.

A pesar de ello, dice Nino que “la necesaria incorporación de los derechos humanos al orden jurídico internacional tiene dos limitaciones. Una está dada por el hecho de que las divergencias ideológicas entre los poderes gobernantes en diferentes naciones hace que esa incorporación se concrete en el nivel del mínimo común denominador,

---

<sup>45</sup> *Ibídem*.

<sup>46</sup> *Ibídem*, pp. 2-3.

<sup>47</sup> *Ibídem*, p. 3.

<sup>48</sup> *Ibídem*.

dejando de lado los derechos que son motivo de divergencia. La otra, más grave, es que la concepción todavía vigente de la soberanía de los Estados impone restricciones severas a la obligatoriedad de los compromisos asumidos y a la injerencia de órganos externos para investigar y castigar violaciones de derechos.”<sup>49</sup>.

Estos obstáculos al “reconocimiento de los derechos del hombre a través del orden jurídico nacional y del internacional hace que, además de ese imprescindible e imperioso reconocimiento, deba apuntarse a un plano todavía más profundo: la formación de una conciencia moral de la humanidad acerca del valor de estos derechos y de la aberración inherente a toda acción dirigida a desconocerlos. Es esta conciencia, una vez que arraigue firmemente y se generalice, lo que puede constituir el freno más perdurable y eficaz contra la acción de los enemigos de la dignidad humana.”<sup>50</sup>.

Tratando de cerrar el presente apartado con la interesante y oportuna mirada del jurista Guido Leonardo **Croxatto**, sobre la posible definición o concepto de los derechos humanos, nos dice que “De la moral mínima y la ética rudimentaria a la esfera de lo indecible (“coto vedado”, “injusticia extrema”) son todos nombres y categorías de distintos autores (Adorno, Alexy, Radbruch, Ferrajoli, Valdez) que se refieren a lo mismo (comparten, pese a sus distintas doctrinas, una misma preocupación), lo que Arendt denomina (“coto vedado”) el primer derecho: el derecho a tener derechos. El derecho a la personalidad. A ser reconocido como persona. Como ser humano. Este es el primer derecho que el nazismo dejó pisoteado: el derecho a ser persona. El derecho a la otredad. A la palabra. El derecho a ser “otro” sin ser asimilado, negado, eliminado. Desaparecido.”<sup>51</sup>.

En el mismo sentido que Eduardo Luis Duhalde, y prosiguiendo con lo anterior, Croxatto concluye recordándonos que “De allí que Lyotard proponga red denominar los derechos humanos como los “derechos del otro”, siendo esta segunda categorización una conceptualización mucho más precisa y menos antropocéntrica y eurocéntrica. Porque incluso el nazismo podía alegar que trabajaba en defensa de los “derechos humanos” de los que el régimen consideraba “humanos” (“personas”, “ciudadanos”), pero Hitler no podía decir que defendía los “derechos del otro”, pues todo su proyecto político se asentaba en la eliminación y negación de esa otredad y de todo “otro” (del régimen ario con su raza). No

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Croxatto, Guido L., “Buscando un nuevo “piso” para el derecho. El Giro de Gustav Radbruch en la filosofía alemana: de los campos de exterminio alemanes al abandono del positivismo jurídico. Constitucionalismo y democracia. De la tensión al falso dilema.”, en *Argumentación, derechos humanos y justicia*, Buenos Aires, Astrea, 2017, pp. 118-119.

es menor haber encontrado algo, desde la teoría jurídica, la filosofía legal, una categoría – un término- que Hitler no hubiera podido decir. Hitler podía alegar que operaba en defensa de los “humanos”, y sus derechos, de los derechos “humanos” de los que eran considerados como tales, como “humanos”, pero no podía alegar que defendía la “otredad” y sus derechos. De allí que el intento de Lyotard por recategorizar estos derechos tenga un sentido epistemológico, semántico, histórico muy preciso.”<sup>52</sup>.

## 2. Fundamentación de los derechos humanos.

El iusfilósofo y profesor de la Universidad alemana de Kiel, Robert **Alexy**, nos alerta sobre la importancia de fundamentar los derechos humanos y escribe que “la forma básica de la crítica a la metafísica es la negación de la existencia (*negative Existenzbehauptung*): no hay ningún Dios. No hay ningún principio supremo unificador, del cual todo se deriva. No hay espíritu junto a la materia. No existen entes abstractos como los pensamientos, los conceptos y los números. No hay ninguna verdad. No hay ninguna libertad. Tampoco los derechos humanos quedan a salvo de ser incluidos en frases de este tipo. Su más famosa degradación hacia la ilusión proviene de Alasdair MACINTYRE. La misma reza: “«there are no such rights, and belief in them is one with belief in witches and in unicorns»”<sup>53</sup>.<sup>54</sup>.

Atendiendo a la prevención formulada por Alexy ante un posible avance de negación o rechazo a la existencia de los derechos humanos, surge indudable su necesaria fundamentación.

En este sentido, el profesor de Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Doctor Jorge Guillermo **Portela**, advierte que “la cuestión referida al fundamento de los Derechos Humanos, en el plano internacional, parte de que no puede existir una razón que permita reconocer la importancia de los Derechos Humanos a nivel nacional, y otra distinta para lograr su plena vigencia en el terreno internacional. El fundamento, pues, debe tener un alcance universal. Por ello, no podríamos decir que su origen es un tratado internacional, por la sencilla razón de que el Estado que no lo hubiera suscripto estaría en condiciones de sostener que sus cláusulas

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, p.119.

<sup>53</sup> “*No existen tales derechos, y creer en ellos es creer en brujas y unicornios*”, traducción realizada por el autor de la presente tesis.

<sup>54</sup> Alexy, Robert, “¿Derechos Humanos sin Metafísica?”, en *Doxa*, Alicante, 2007, número 30, p. 238.

no le son aplicables.”<sup>55</sup>; y concluye diciendo que “el fundamento de los Derechos Humanos debemos encontrarlo centralmente en la dignidad de la persona humana.”<sup>56</sup>.

Luego de comprender la necesaria fundamentación de los derechos humanos, es oportuno ahondar en la cuestión alertada.

Para ello, el profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, Antonio Enrique **Pérez Luño**, nos recuerda que en las discusiones “del Coloquio del Instituto Internacional de Filosofía, que tuvieron lugar en L´Aquila en 1964, Chaïn Perelman planteó abiertamente la cuestión de la posibilidad de fundar los derechos humanos. Su conclusión admitía un fundamento suficiente para nuestra época, basado en la argumentación racional, pero sin garantizar, de una vez por todas, la eliminación de todas las incertidumbres y de las futuras controversias. En sentido análogo, y en el seno de ese mismo Coloquio, Norberto Bobbio proponía sustituir la búsqueda del fundamento absoluto de los derechos humanos, tarea –en su opinión- desesperada, por el estudio de las diversas fundamentaciones posibles avaladas por las ciencias históricas y sociales.”<sup>57</sup>.

Sobre el debate referido y respecto a la fundamentación de los derechos humanos, Pérez Luño nos dice que “mantiene todavía hoy plena vigencia, porque los argumentos debatidos tienen puntual repercusión en la práctica.”<sup>58</sup>.

Pérez Luño, a fin de ilustrar la polémica mencionada, nos muestra tres posiciones de fundamentación que englobarían el mayor conjunto de visiones a su entender, como “por ejemplo, la fundamentación objetivista<sup>59</sup> de los derechos humanos ha contribuido decisivamente a la conformación doctrinal y jurisprudencial de la teoría del orden de valores (*Wertordnung*), que concibe los derechos humanos positivizados por vía constitucional como derechos fundamentales (*Grundrechte*), es decir, como un sistema de valores objetivos dotados de una unidad material y que son la suprema expresión del orden axiológico de la comunidad. La interpretación de la Constitución, así como el sentido de los distintos derechos fundamentales en ella consagrados, debería reconducirse, a tenor de esta tesis, a los principios axiológicos objetivos que determinan el respectivo alcance de las distintas situaciones individuales. Esta teoría, que ha alcanzado una notable

---

<sup>55</sup> Portela, Jorge G., “El fundamento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el problema de la soberanía”, en *Estado de derecho y derechos humanos*, Buenos Aires, Educa, 2018, p. 189.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>57</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, p. 180.

<sup>58</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Op. Cit.*, p. 176.

<sup>59</sup> Pérez Luño ubica en esta fundamentación a dos sectores, uno referido a la ética material de los valores, donde encontramos autores como Max Scheler, Hartmann, Helmut Coing, Hans Reiner y Rodríguez Paniagua; y el otro denominado objetivismo ontológico cristiano, donde se mencionan autores como Cotta, Finnis, Kriele, Lachance y Fernández – Galiano.

importancia en la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgerichtshof* de la República Federal de Alemania, en la inmediata posguerra, ha sido posteriormente objeto de crítica al haberse denunciado que entraña el peligro de traducirse en una pura intuición de los valores, arbitraria y decisionista, que puede degenerar en una auténtica tiranía de los valores (*Tyrannei der Werte*).<sup>60</sup>

Los argumentos de fundamentación de los derechos humanos de carácter subjetivista<sup>61</sup> “han tenido una importancia indiscutible para la garantía de las libertades públicas de signo individual. Su principal mérito reside en haber configurado un sistema de derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de la autonomía personal frente a las injerencias del poder. Sin embargo, esta fundamentación se ha mostrado incapaz, en la práctica, para incorporar a la teoría de los derechos fundamentales la garantía jurídica de las condiciones materiales y culturales de existencia, que se hallan en la base de la reivindicación de los derechos sociales.”<sup>62</sup>

El catedrático de Sevilla nos acerca la tercera visión, y nos explica que “las fundamentaciones intersubjetivistas<sup>63</sup> de los derechos humanos han contribuido a potenciar la orientación teórica y jurisprudencial tendente a afirmar la multifuncionalidad de los derechos fundamentales (*Multifunktionalität der Grundrechte*), atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista. Tesis que si tiene el valor de propiciar una estructura abierta y dinámica de los derechos fundamentales, corre el riesgo de relativizar en exceso su contenido.”<sup>64</sup>

Analizadas críticamente las distintas posiciones existentes posibles de los derechos humanos, Pérez Luño dice que no le parece “legítimo refugiarme en una cómoda *epojé* y abstenerme de todo juicio o pronunciamiento sobre el “fundamento mejor”. La constancia de que existen diversos fundamentos posibles de los derechos humanos no tiene por qué llevar a inferir que todos ellos poseen idéntico valor teórico, o relevancia práctica. Del mismo modo que el avanzar una conjetura o propuesta sobre el “fundamento

---

<sup>60</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Op. Cit.*, p. 176.

<sup>61</sup> Leyendo el texto de Pérez Luño, entendemos que la posición sostenida por el neoliberalismo, la que podemos dividir en dos grupos, uno que reivindica el primado de la libertad individual, donde ubicamos a F. Von Hayek, Karl Popper, Isaiah Berlin, Lord Robbins, Ralf Dahrendorf, Milton y Rose Friedman, James Buchanan – Gordon Tullock, Kenneth Arrow y Richard Posner; y el otro referido a la corriente que va desde el individualismo al anarquismo, donde encontramos (liberales progresistas) Rawls, Dworkin y (liberal individual conservador) Nozick.

<sup>62</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Op. Cit.*, p. 176.

<sup>63</sup> Leyendo el texto de Pérez Luño, nos surge la idea que dentro de ella, encontramos la teoría consensual de la verdad de Habermas, y por otro lado, al sector que habla de las necesidades a los valores, como por ejemplo Markus, Agnes Heller, Ferenc Feher, Giussepe Marchello, Macpherson y Liborio Hierro.

<sup>64</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Op. Cit.*, pp. 176-177.

mejor” no implica la creencia en un fundamento absoluto de validez definitiva. Se parte aquí, por el contrario, del presupuesto de que toda justificación racional de los derechos humanos debe considerarse como contrastable, como “falsable” en el sentido popperiano, en cuanto debe hallarse abierta a ulteriores procesos de revisión. Lo cual, lejos de ser un demérito, constituye su principal virtualidad en cuanto prueba su aptitud para tomarse en cuenta en futuras argumentaciones discursivas que la perfeccionen, o, eventualmente, que la convaliden.”<sup>65</sup>.

Al respecto, Pérez Luño se declara “en favor de una fundamentación intersubjetivista de los derechos humanos. Entiendo, en efecto, que los valores, que informan el contenido de los derechos humanos, no pueden concebirse como un sistema cerrado y estático de principios absolutos situados en la esfera ideal anterior e independiente de la experiencia, como pretende el objetivismo; ni pueden reducirse tampoco al plano de los deseos o intereses de los individuos, como propugna el subjetivismo. La fundamentación intersubjetivista, por la que me inclino, parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones de las que la actividad discursiva de la razón práctica permite llegar a un cierto consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de los derechos humanos. Un consenso que, de otro lado, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituye su soporte antropológico.”<sup>66</sup>.

Dice Pérez Luño que pensando “con Norberto Bobbio, que “el fundamento de los valores debe buscarse en las necesidades del hombre”. Toda necesidad supone una carencia: el hombre tiene necesidades en cuanto carece de determinados bienes y siente la exigencia de satisfacer esas carencias. Lo que satisface una necesidad humana tiene valor, lo que la contradice es un disvalor. Por ello, “el valor es una abstracción mental realizada a partir de una experiencia humana concreta”. Por ser abstracciones mentales los valores son un producto del hombre, que se configuran a partir del discurso racional intersubjetivo basado en las necesidades humanas. El valor es la proyección de la consciencia del hombre hacia el mundo externo, representa “un modo de preferencia consciente” –en palabras de Heller-, que arranca de determinadas condiciones sociales e históricas y que, por tanto, tiene un fundamento empírico y no metafísico.”<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 180-181.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 181.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pp. 181-182.

Con toda honestidad nos dice Pérez Luño que es “consciente de que esta propuesta de fundamentación de los derechos humanos se le puede objetar que implica una forma de *naturalistic fallacy*, al derivar del dato empírico de las necesidades el valor de los derechos humanos.”<sup>68</sup>.

Desde la Universidad italiana de Génova, el iusfilósofo y profesor Paolo **Comanducci**, nos da su postura y manifiesta que “con relación a la fuente de producción, el debate se da principalmente entre dos posiciones: aquella que sostiene que los derechos humanos son derechos morales (es decir que su fuente de producción es una forma de ley, o más bien de principio, moral) y aquella que sostiene que los derechos humanos son jurídicos (es decir que su fuente de producción es la ley o algún otro mecanismo generador de normas -costumbres, decisiones judiciales, principios constitucionales, etc.- que obra en el ámbito jurídico).”<sup>69</sup>.

Según Comanducci, idéntica problemática también se da “desde un punto de vista más general, puede configurarse como un problema de fundamentación: ¿los derechos humanos tienen un fundamento moral, y por lo tanto, valen (en el sentido de “deben ser respetados por los individuos y por los órganos del Estado”) independientemente de su contingente reconocimiento jurídico, o por el contrario tienen un fundamento jurídico y valen entonces sólo si obtienen alguna forma de reconocimiento jurídico? Se trataría por lo demás, como ha sido observado recientemente, de una contraposición tradicional, entre dos acercamientos (jusnaturalista uno y juspositivista el otro) que, aunque tenía una razón de ser histórica y todavía tiene una teórica, ya no tiene mucha importancia práctica. En efecto gran parte de los derechos humanos “morales” hoy son derechos humanos “jurídicos”, ya que han sido incorporados en muchas cartas constitucionales y en algunos documentos normativos de los organismos internacionales (como la ONU, la OEA o el Consejo de Europa). Como afirma Bobbio: “El problema de fondo relativo a los derechos del hombre no es hoy en día el de *justificarlos*, sino el de *protegerlos*. No es un problema filosófico, sino político.”<sup>70</sup>.

A pesar de las afirmaciones anteriores, Comanducci coincide con Alexy y Pérez Luño sobre la importancia de la fundamentación, ya que piensa que “La vaguedad y

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>69</sup> Comanducci, Paolo, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Núm. 3, octubre, 1995, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 25.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 25-26.

la eventual contradicción interna de las declaraciones de los derechos vuelve en la práctica todavía relevante hoy el debate sobre la fundamentación de los derechos humanos.”<sup>71</sup>.

También contamos con la mirada del profesor y especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Sebastián Alejandro **Rey**, quien nos recuerda que el maestro German “Bidart Campos, al enumerar los posibles fundamentos objetivos que han dado a lo largo de la historia para justificar la existencia de los derechos humanos se ha detenido en seis: el derecho natural, la naturaleza humana, la ética o la moral, el consenso social generalizado, la tradición histórica de cada sociedad y las valoraciones sociales compartidas que componen el conjunto cultural de la sociedad. Resulta claro que algunos de éstos han sido utilizados explícitamente por una de las más difundidas corrientes de pensamiento iusfilosófico, el iusnaturalismo.”<sup>72</sup>.

Criticando al iuspositivismo, Gerwirth “considera que “si la existencia de los derechos humanos depende del reconocimiento o de la obligación de hacerlos respetar, se seguiría que no habría derechos humanos anteriores o independientes de esta promulgación positiva.”<sup>73</sup>.

Análoga perspectiva “parece adoptar Nino, quien no niega que el reconocimiento jurídico de los derechos humanos los hace más ciertos y menos controvertibles, pero sostiene que su ausencia no modifica la ilegitimidad de las normas y las decisiones que los desconozcan, en tanto derivan de principios morales válidos.”<sup>74</sup>.

Alude Rey que “a lo largo de la historia pueden encontrarse justificaciones iusnaturalistas de los derechos desde los tiempos de la Grecia clásica y, fundamentalmente, en el derecho romano. Mientras Antígona se refería a “las leyes no escritas e inmutables de los dioses”, el derecho romano postulaba la existencia de una ley natural que enseña la naturaleza a todos los seres vivos. También en la Edad Media, autores como Santo Tomás de Aquino consideraban a la ley natural como una derivación de la razón. Una explicación metafísica de los derechos se puede extraer, a su vez, de la teoría kantiana y de las ideas de contractualistas como Locke, Hobbes y Rousseau.”<sup>75</sup>.

A pesar de ello, nos dice Rey que muchas críticas se han realizado a la justificación iusnaturalista de los derechos humanos.

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>72</sup> Rey, Sebastián A., *Juicio y castigo: las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, Del Puerto, 2012, p. 5.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 5-6.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

Por ejemplo, el iusfilósofo Eugenio “Bulygin sostiene que “los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión. Recién con su positivización por la legislación o la constitución se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aun cuando esa realidad sea jurídica. Cuando un orden positivo, sea éste nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos jurídicos y no ya meramente morales.”<sup>76</sup>.

Para Bulygin “si no existe un derecho natural, los derechos humanos se convierten en algo muy frágil, “pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para tranquilidad de los débiles, sino afrontar la situación con decisión y coraje: si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten la Constitución.”<sup>77</sup>.

Equivalente punto de vista tiene “Rabossi, quien entiende que “los objetos de los derechos humanos son bienes de gran importancia y son condiciones necesarias en la acción humana, pero de esto no puede deducirse que son derechos morales.”<sup>78</sup>.

Conforme al trabajo citado de Rey -que alude a Youri Rechetov-, se aprecia “Otra crítica a la teoría del derecho natural consiste en que destruye el nexo existente entre los derechos humanos y sus creadores, los estados y, en consecuencia, la base de su responsabilidad por sus violaciones...”<sup>79</sup>.

Manifiesta Rey que para él “una de las explicaciones más convincentes fue desarrollada por Bobbio, para quien “hay tres modos de fundar los valores: deduciéndolos en un dato objetivo constante, por ejemplo, la naturaleza humana; considerándolos como verdades evidentes por sí mismas; y, por último, descubriendo que en un determinado período histórico obtienen adhesión general (la prueba del consenso).”<sup>80</sup>.

Según Rey, “el tercer modo mencionado por Bobbio tiene la ventaja que puede probarse fácticamente, ya que se trata de un fundamento histórico y, como tal, no absoluto: para este autor, el 10 de diciembre de 1948, con la adopción de la DUDH, se constató que la humanidad comparte algunos valores comunes. En función de ello, entiende que “los derechos denominados humanos son el producto no de la naturaleza

---

<sup>76</sup> Rey, Sebastián A., *Manual de derecho internacional de los derechos humanos: Parte General*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, p. 17.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 17-18.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Rey, Sebastián A., *Juicio..., Op. Cit.*, p. 8.

sino de la civilización humana; en cuanto derechos históricos son cambiantes, o sea, susceptibles de transformación y expansión.”<sup>81</sup>.

Entonces, Rey sostiene “que todos los derechos –incluidos los derechos humanos- son el fruto de las reivindicaciones de carácter social y del reconocimiento histórico posterior por parte de las autoridades. Por lo tanto, el reconocimiento de los derechos humanos será desigual y diverso según las épocas y culturas, siendo los derechos humanos el resultado de largas y trágicas luchas entre los individuos y el poder, donde se tiende a universalizar valores y principios que son privilegio inicial de grupos que los han particularizado.”<sup>82</sup>.

Ello le permite decir al profesor Rey que “el reconocimiento del carácter universal de los derechos humanos recién se llevará a cabo luego de la Segunda Guerra Mundial, al configurarse un nuevo orden internacional como consecuencia de las masivas violaciones de derechos cometidas tanto por las potencias del Eje como por las fuerzas aliadas.”<sup>83</sup>.

De la mano del iusfilósofo y profesor de la Universidad española de Alicante, Manuel **Atienza**, nos interesa conocer el pensamiento de Carlos Marx sobre los derechos humanos, en consecuencia, Atienza nos dice que “Si se pretende usar la expresión “derechos humanos” con alguna precisión..., resulta necesario aceptar que tal concepto, y la realidad a la que alude, sólo puede resultar comprensible referido a un cierto tipo de relaciones: aquellas presididas por la libertad y la igualdad -al menos y, quizás, sólo- formal entre los hombres, que sólo se produce con la modernidad y la aparición del sistema social burgués. Es decir, muchos siglos después de la entrada en la escena de la historia del cristianismo. Por eso, lo que quizás sí cabría afirmar -y esto es fundamentalmente lo que quiso decir Marx- es que la ideología de los derechos humanos aparece en la historia asociada a un tipo determinado de cristianismo: al protestantismo y, más concretamente, a ciertas sectas protestantes.”<sup>84</sup>.

Sobre Marx, Atienza nos dice que “la cuestión de los derechos humanos en la obra de Marx... ha sido relativamente poco estudiada y por razones bastante comprensibles. La primera de ellas, y fundamental, es la actitud crítica (por emplear un

---

<sup>81</sup> *Ibídem*.

<sup>82</sup> *Ibídem*, pp. 8-9.

<sup>83</sup> *Ibídem*, p. 10.

<sup>84</sup> Atienza, Manuel, *Marx y los Derechos Humanos*, Lima, Palestra Editores, 2018, pp. 9-10.

calificativo suave) que Marx adoptó comúnmente contra el uso de expresiones como “justicia”, “deber”, “moral”, etc.”<sup>85</sup>.

Respecto a la segunda, “es preciso reconocer ... que en la obra de Marx no existe nada que se parezca a una teoría de los derechos humanos. ... porque tampoco parece existir una “teoría” de Marx acerca del Estado, del Derecho o de la ética que son los tres sectores en los que se sitúa (interdisciplinariamente) la problemática de los derechos humanos. ... lo que sí existe es una crítica de Marx a los mismos que hoy sigue teniendo un gran valor, aunque en mí opinión no pueda aceptarse en todos sus aspectos. Dicho de otra forma: la importancia de Marx en este campo ... es fundamentalmente crítica (*negativa*, por así decirlo), pero no propiamente constructiva.”<sup>86</sup>.

La tercera razón, es porque “el análisis del problema de los derechos humanos en Marx es especialmente difícil, en cuanto que su actitud frente a los mismos fue, en mí opinión, considerablemente ambigua, lo que no quiere decir exactamente que fuera inconsistente, aunque, desde luego, puede dar lugar a inconsistencias y, de hecho, ha permitido interpretaciones “marxistas” no sólo diferentes entre sí, sino también opuestas.”<sup>87</sup>.

Con suma claridad, Atienza explica que “La crítica de Marx no tiene nada que ver con la actitud reaccionaria y egoísta de quienes simplemente temían que el logro de los derechos humanos -el paso del antiguo al nuevo régimen- significara la pérdida de sus privilegios; ni tampoco mucho que ver con la actitud de quienes -como Bentham- sólo tenían reproches técnicos y metodológicos -pero no de fondo- que oponer a las Declaraciones de derechos. Y, por otro lado, se distingue también muy claramente de quienes como Nietzsche -o Bakunin- no dejaban realmente ningún lugar para los derechos humanos, entendidos como libertades ejercitables dentro del Estado y a través del Derecho. Frente a los primeros, Marx desarrolla un proyecto radicalmente nuevo de sociedad en el que, si no hay lugar para los derechos humanos, es precisamente por el carácter insuficiente, limitado, de estos. Y a diferencia de los segundos, la concepción *dialéctica* -tan distinta a la nietzscheana del “eterno retorno”- lleva a plantear los cambios sociales como un proceso de desarrollo y superación a partir de la propia realidad; los

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 13-14.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 14.

derechos humanos -como productos del sistema burgués- no pueden eliminarse sin más, sino que deberán *desarrollarse* hasta llegar acaso a su definitiva superación.”<sup>88</sup>.

Ahora bien, y según Atienza, “la propia concepción de Marx sobre los derechos humanos contiene una cierta dosis de ambigüedad. Al mostrar las conexiones existentes entre las ideas de libertad e igualdad de todos los hombres y las propias necesidades del sistema capitalista, Marx daba una explicación materialista -no idealista- a la ideología de los derechos humanos y ponía de manifiesto el carácter histórico -no metafísico- de dicho concepto. Por otro lado, Marx se dio cuenta de que los derechos humanos, las libertades burguesas, eran una de las principales contradicciones generadas por el capitalismo y de que su desarrollo y realización podían hacer de ellos una palanca fundamental para acabar con el propio sistema capitalista. Pero no los consideró nunca como fines en sí mismos; no les atribuyó un valor propiamente ético, sino puramente político, instrumental.”<sup>89</sup>.

Entonces, Atienza concluye afirmando que “la insuficiencia de la postura de Marx en relación con los derechos humanos se debe, en mi opinión, a que sólo se interesó por ellos y los defendió por razones políticas, no éticas. No vio en ellos cuestiones de principio, sino de oportunidad.”<sup>90</sup>.

El filósofo venezolano Manuel Eugenio **Gándara Carballido**, nos dice que “aun cuando los derechos humanos han llegado a establecerse en el mundo occidental como el ámbito normativo de mayor significación y legitimidad, ello no debe hacernos pensar en tales derechos como un hecho logrado, o una doctrina acabada u homogéneamente aceptada. El campo de los derechos humanos está atravesado por un debate que enfrenta distintos paradigmas, en el que la doctrina liberal, sin duda la más difundida y consolidada, defiende una visión estática y legalista de tales derechos. Es importante reconocer que los derechos humanos, surgidos de un momento histórico concreto, son un producto cultural desarrollado en el marco de la modernidad occidental capitalista, y en gran medida han cumplido un papel legitimador de la ideología dominante. Esta concepción hegemónica de los derechos, soportada bien en teorías jusnaturalistas o bien juspositivistas, subyace en el imaginario de buena parte de la población, haciéndose

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 223.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 223.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 226.

presente incluso entre colectivos que participan en las diversas luchas que están en curso buscando nuevas formas de organización social, política y económica.”<sup>91</sup>.

Gándara Carballido afirma que atento “que los derechos humanos son un producto cultural, sometido a los procesos históricos, su configuración, la definición sobre qué aspectos de la vida hemos de considerar como derechos, debe permanecer necesariamente abierta y en constante cambio. No se trata por tanto de entidades puras e inmutables, sino sometidas a los procesos de búsqueda de dignidad propios de la experiencia humana. Los derechos humanos, al igual que el resto de nuestras producciones culturales con capacidad de impactar y gestar realidades en el ámbito político y jurídico, son inventos, ficciones que formulamos desde nuestra propia experiencia en función de un ideal postulado, y desde las que intervenimos en el proceso de construcción de la realidad (Herrera Flores, 2000a: 20). El reconocerles su condición de invención no implica el que los mismos sean menos adecuados en el proceso de construcción social; por el contrario, afirmar los derechos como una invención, una producción, como un proyecto a ser llevado adelante, nos previene de falsas seguridades en las que se incurriría en caso de considerarlos como algo dado.”<sup>92</sup>.

Por su parte, el filósofo, sociólogo y abogado, Marcelo **Raffin**, en su tesis doctoral de filosofía presentada y aprobada en la Universidad de París 8, afirma que “Los derechos humanos son una de las invenciones más sorprendentes y paradójicas de la modernidad. Es inútil rastrear genealogías previas, pues legan con el mundo moderno, el de la burguesía, del dominio de la naturaleza, de la esperanza en el progreso y en la felicidad de una sociedad hecha a escala humana, del presente histórico, de la dominación y la circulación del capital. ...Todo ensayo anterior no fue más que un esfuerzo descentrado de una obra que todavía no había comenzado.”<sup>93</sup>.

Entonces, Raffin manifiesta que “los derechos humanos, en tanto invención de la modernidad, podrán ser, a fin de cuentas, mejor comprendidos si se les devuelve su valor histórico, si se les reasigna su lugar en las coordenadas de los relatos del pasado, si se los reubica, una vez más, como conquista de la modernidad. El problema histórico, la historia de los derechos humanos, remite necesariamente al problema del fundamento y nos hace caer, sin quererlo, como la espiral de un laberinto, en los límites del modelo y

---

<sup>91</sup> Gándara Carballido, Manuel E., *Los derechos humanos en el siglo XXI: una mirada desde el pensamiento crítico*, Buenos Aires, CLACSO, 2019, p. 98.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>93</sup> Raffin, Marcelo, *La experiencia... Op. Cit.*, p. 1.

más allá de él: el comienzo y el fin de la historia, las ideas sobre la vida humana, producción del sujeto.”<sup>94</sup>.

Para argumentar su postura, Raffin recurre a Bobbio diciendo que el maestro italiano “señala, en este sentido, en su ensayo *Sul fondamento dei diritti dell’uomo*, que habría que escapar a los encantamientos de la “ilusión del fundamento absoluto” de los derechos humanos. Esta ilusión pretende que a fuerza de acumular y evaluar razones y argumentos, se termine por encontrar el irresistible, al que nadie se podría rehusar a dar su adhesión. Pero BOBBIO se ocupa rápidamente de demostrar y de borrar esta ilusión pues nos explica que ella ya no es posible hoy en día: “Cada búsqueda del fundamento absoluto es, a su vez, infundada”. Y contra esa ilusión, presenta cuatro dificultades. La primera deriva del hecho de que “derechos humanos” es una expresión muy vaga. Los derechos humanos constituyen, además, una clase variable –como lo demuestra la historia de estos últimos siglos- y heterogénea. Finalmente, destaca la famosa antinomia central y crucial a la teoría y la práctica de los derechos humanos por la cual se separan los derechos invocados por los mismos sujetos en las categorías de civiles y políticos, por un lado, y económicos, sociales y culturales, por el otro. Pero, a fin de cuentas, la naturaleza del hombre –la generosa y complaciente naturaleza humana- demostró ser muy frágil como fundamento absoluto de los “derechos irresistibles.”<sup>95</sup>.

Ello le hace decir a Raffin, que “más que concebir a los derechos humanos como algo que ya está dado de una vez y para siempre, como un objeto fijo y del que se busca el fundamento último o absoluto, su quintaesencia, se los podría pensar acaso como algo que se hace, se construye y es construido a lo largo de la historia, en el corazón mismo de la trama de las relaciones sociales, en la complejidad de las relaciones humanas.”<sup>96</sup>.

Por lo tanto, para Raffin “podría decirse, en consecuencia, que los derechos humanos (así como el derecho en general) son el producto de las luchas, las conquistas, los olvidos y los azares de las relaciones de poder y dominación. En el espacio de la modernidad, esta chispa que se desprende del choque de las espadas, tiene lugar como parte de la lógica del mundo del capital. Pero en esta *Kampfplatz*, los derechos humanos

---

<sup>94</sup> *Ibidem*, pp. 7-8.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

son al mismo tiempo un ejercicio político, una toma de posición, una estrategia y un acto de resistencia.”<sup>97</sup>.

Sin embargo, Raffin aclara que “no hay que asumir tampoco que el fundamento a secas, la fundación o la matriz de una empresa política no existe. No hay que confundir el fundamento de un cierto orden con el fundamento absoluto.”<sup>98</sup>.

Concluye Raffin diciendo que “La búsqueda de los fundamentos posibles de los derechos humanos no tendrá ninguna importancia si no está acompañada de la evaluación de las condiciones, medios y situaciones en los cuales tal o cual derecho pueda realizarse efectivamente y la vida pueda desplegarse libremente. Es solo de esta manera, como ejercicio político explícito, que los derechos humanos no podrán nunca constituirse en una arma hipócrita de la dominación y la opresión, de la represión y la violencia, en suma, de la uniformización cultural universal.”<sup>99</sup>.

A propósito del análisis efectuado en los párrafos anteriores, autores como Claudio **Chávez** y Eduardo **Magoja**, manifiestan que “en la propuesta de Raffin se ve claramente que los Derechos Humanos son históricos a través de las generaciones de los derechos. En efecto, estas generaciones muestran cómo los derechos suponen Estados distintos, modelos políticos diferentes; es decir, Raffin insiste con la idea del fundamento cambiante de los Derechos Humanos. Pero, ¿para qué mostrar que los Derechos Humanos no poseen un fundamento último? ¿Cuáles son las ventajas de mostrar la historicidad de tales derechos? ¿Insertarnos en esa problemática no es sumergirnos en cierto anacronismo que no contribuye demasiado a la praxis del derecho?”<sup>100</sup>.

Realizados estos interrogantes, Chávez y Magoja dicen que “nos parece necesario partir desde otra visión de los Derechos Humanos, que muestre los beneficios que de ellos podríamos tener; no pensarlos dentro de una cosmovisión progresista (Bobbio) o “problemática” (Raffin), sino concebirlos como una práctica ético-política posible.”<sup>101</sup>.

En definitiva, la dupla citada, concluye que “los Derechos Humanos no tienen un principio último que los fundamenten; de hecho, tanto Bobbio como Raffin comparten esta creencia. Lo que no acepta este último es la existencia de una unidad de los Derechos Humanos. Menos aún la existencia de una progresividad. Por eso mismo, Raffin (2006: 65)

---

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>100</sup> Chávez, Claudio y Magoja, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 21.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 22.

afirma que hay que quitar cualquier fundamento último en esta materia y proponer un principio móvil: “En síntesis, proponer y defender continuamente un fundamento cambiante y móvil, tratando de posibilitar el movimiento y la multiplicidad de la vida misma. Repito, solo de esta manera los derechos humanos nunca podrán constituirse en un arma hipócrita de la dominación y la opresión, de la represión y la violencia, en suma, de la uniformización cultural universal.”<sup>102</sup>.

Con su aguda y certera mirada, Eduardo Luis **Duhalde**, nos dice que “Los aportes de Bobbio, Rawls, Ferrajoli, y otros estudiosos como Catherine Mackinnon, Lynn Hunt, o Richard Rorty, con todos sus matices y diferencias, en torno a una Filosofía de los derechos Humanos, no han tenido un reflejo incitador en nuestro país, salvo honrosas excepciones, conformándonos con una visión normativista que reduce filosóficamente, la existencia de los DD.HH., al Derecho internacional de los Derechos Humanos y su plexo normativo.”<sup>103</sup>.

Prosigue Duhalde y dice que “A esta visión meramente positivista de los DD.HH. cabe preguntarle, vía argüendi: ¿Si mañana, las grandes potencias, ya hecha la repartición del petróleo libio, se pusieran de acuerdo para derogar la Declaración Universal y los pactos internacionales, acaso no existirían más los derechos humanos como tales?”<sup>104</sup>

Con su último interrogante, Duhalde se pregunta “¿En qué quedarán los largos siglos de la humanidad en la lucha por arrancárselos a los poderes de turno? ¿En qué trastero de nuestro pensamiento, arrojamos el concepto del Derecho como conducta intersubjetiva y construcción colectica, o el papel de la memoria como combate hegemónico y acción social?”<sup>105</sup>.

Guido **Croxatto** nos dice que “Muchos autores modernos (como Rawls, Bobbio, Rorty o Raffin) piensan que los derechos humanos esenciales no se pueden fundamentar y que su genealogía “se pierde en la noche oscura de los tiempos”. A Duhalde esto le parecía peligroso. Podíamos caer en la noche de los tiempos que dice que los derechos “son sólo una hoja de papel”. Duhalde quería pensar el derecho. Quería avanzar. Quería recuperar el derecho. No hay derechos humanos sin memoria. La memoria es parte de este cambio de paradigma. La memoria viene a complementar y a

---

<sup>102</sup> *Ibídem*.

<sup>103</sup> Duhalde, Eduardo L., “La Democracia y los Derechos Humanos son indivisibles”, en *Aportes para la construcción de una Democracia Avanzada*, Buenos Aires, Ediciones Punto Crítico, 2012, p. 13.

<sup>104</sup> *Ibídem*.

<sup>105</sup> *Ibídem*.

enriquecer a la democracia. Por eso, siempre decía que los derechos humanos son el contenido ético de la democracia.”<sup>106</sup>.

El filósofo del derecho mendocino, Carlos Ignacio **Massini Correas**, nos dice que “Uno de los datos más notorios del pensamiento iusfilosófico actual radica en el cuestionamiento creciente acerca de la posibilidad y necesidad de establecer una fundamentación o justificación racional de los derechos humanos, también denominados naturales, fundamentales o morales. Esto se manifiesta principalmente en el pensamiento de los representantes del nihilismo posmoderno, uno de los cuales, Gianni Vattimo, ha escrito que “el pensamiento que se percata de la insuperable falta de fundamentación que marca últimamente al derecho, haciendo inútil todo esfuerzo por legitimarlo como 'justo', puede decidir que su tarea es la de develar esta situación desenmascarando la impostura de cualquier pretensión fundamentadora”. Y en un sentido similar, Richard Rorty afirma que “los proyectos fundacionalistas están pasados de moda (...); la máxima aspiración de la filosofía es compendiar nuestras intuiciones culturales sobre lo que debe hacerse en distintas situaciones”.<sup>107</sup>.

Prosigue con su mirada Massini Correas, manifiesta que “a pesar de esta generalizada y radical descalificación de cualquier intento de justificar racionalmente de modo consistente la existencia y exigibilidad de los derechos fundamentales, numerosos autores contemporáneos continúan intentando otorgar alguna fundamentación racional a esos derechos: Robert Alexy, John Finnis, Ronald Dworkin, Carlos Nino y varios más han emprendido la tarea de esta fundamentación con rigor y erudición. Este hecho pone en evidencia que resulta constitutivamente necesario, para los seres humanos, justificar racionalmente sus deberes, normas y derechos, y esto de modo tan demandante, que las críticas desfundadoras no detienen sus reiterados intentos de encontrar una explicación racional —de una cierta consistencia argumentativa— para las realidades ético-jurídicas. Además de los pensadores ya mencionados, ese es el caso del conocido jurista y filósofo del derecho italiano Luigi Ferrajoli, quien en su libro *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, se extiende prolijamente sobre ese tema...”<sup>108</sup>.

Afirma el jurista cuyano, que “en la cuestión del fundamento o la justificación racional de los derechos fundamentales-humanos, se arriba inexorablemente a una alternativa: o bien se remite ese fundamento a una instancia de apelación transpositiva, a

---

<sup>106</sup> Croxatto, Guido, “Poner las manos en el fuego”, en *Página 12*, Buenos Aires, 9/04/2012.

<sup>107</sup> Massini Correas, Carlos I., “Luigi Ferrajoli y el fundamento de los derechos humanos”, en *La Ley*, 01/08/2014, 1 - LA LEY2014-D, 1008, Cita Online: AR/DOC/1372/2014.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

un contenido esencial de los derechos, que debe inevitablemente revestir cierto carácter objetivo, o bien se limita esa fundamentación a la que pueden proveerles los textos —necesariamente contingentes y relativos— de las constituciones ocasionalmente vigentes, y se renuncia en consecuencia a cualquier dimensión crítica —crítica en sentido *fuerte*— del derecho establecido, cualquiera que sea su nivel —constitucional o legal— de positividad.”<sup>109</sup>.

Por lo tanto, según Massini Correas, “Esto no es sino una consecuencia directa de la tesis central del positivismo jurídico: *toda norma jurídica tiene sólo una fuente positiva*, que excluye necesariamente a su contradictoria o tesis iusnaturalista: *existe al menos un principio jurídico de fuente no positiva*. Ahora bien, si se acepta la primera de estas tesis, resulta lógicamente imposible aceptar algo, o en parte, o un poco, de su contradictoria tesis iusnaturalista, en razón de que, por su mismo carácter contradictorio, si una de estas tesis es verdadera, la otra es falsa y viceversa, sin que exista una posibilidad intermedia entre verdad y falsedad. En otras palabras, no se puede tomar un poco, o un contenido mínimo, de la tesis opuesta, para salvar los vacíos, antinomias o paradojas de la tesis positivista, sin asumir la contradictoria y refutar la primer tesis de modo completo y definitivo.”<sup>110</sup>.

Por tanto, este y no otro sería “el dilema -en rigor, se trata de una *aporía*, ya que carece de solución racional- a que se enfrenta el intento de Ferrajoli de fundamentar los derechos fundamentales a través de una remisión a valores, permaneciendo al mismo tiempo en el ámbito del más estricto positivismo. Más consecuente en este punto fue su maestro Norberto Bobbio, quien, en un artículo bien conocido, alentaba a abandonar la tarea de fundamentar los derechos humanos, ya que ella resultaba -al menos en el marco de su iuspositivismo- completamente imposible. Bobbio era consciente -más consciente que Ferrajoli- que desde un punto de partida relativista -aceptado necesariamente por cualquier positivismo consecuente- resulta inviable cualquier intento de fundamentación rigurosa de los derechos.”<sup>111</sup>.

Asimismo, Massini Correas nos recuerda que “la otra alternativa real es la presentada por Vattimo al comienzo de estas consideraciones: no se puede fundar absolutamente nada, pues nada tiene sentido; pero entonces será necesario dejar de

---

<sup>109</sup> *Ibidem*.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

hablar de derechos humanos y de racionalidad del derecho y hundirse en el piélago sin fondo del nihilismo ético y del sinsentido definitivo de todo lo jurídico.”<sup>112</sup>.

En consecuencia, nos dice Massini Correas que “Una vez más, la adhesión al iuspositivismo hace imposible la mediación y penetración de la racionalidad jurídica en el campo del derecho, y lo deja abandonado al rasero -siempre potencialmente arbitrario- de los meros hechos sociales. De todo esto se sigue claramente que el elaborado intento de Ferrajoli de otorgar un fundamento axiológico a los derechos fundamentales y superar el "paleo-positivismo" legalista, pero sin abandonar las tesis centrales de la filosofía iuspositivista, conduce directamente a aporías insuperables desde el punto de vista lógico y epistémico, que frustran de modo inevitable y decisivo su elaboración fundamentadora.”<sup>113</sup>.

Partiendo desde Santo Tomás de Aquino, pasando por Francisco de Vitoria, Bartolomé de las Casas, Alonso de la Vera Cruz y Jacques Maritain, el sacerdote y filósofo mexicano Mauricio **Beuchot**, nos dice que está convencido “que no sólo se puede hablar de derechos humanos en el tomismo, sino que además se les puede dar una buena fundamentación filosófica. Ese fundamento es el iusnaturalismo tomista, aunque renovado, pues debe mucho a planteamientos que se han hecho en la línea de la filosofía analítica reciente, como aquellos que han considerado a los derechos humanos como derechos morales.”<sup>114</sup>.

Al respecto, Beuchot afirma que “Ahora se dice -por parte de otras corrientes, como las postmodernas- que no hay fundamentación posible en la filosofía. Tal ausencia de fundamento nos parece que ha sido decretada arbitrariamente (o, en todo caso, sólo funciona si se aceptan las premisas nietszcheanas y heideggerianas de sus proponentes); por ello creemos que tiene que haber una fundamentación ontológica o metafísica de tales derechos, so pena de ser completamente ilusorios; pues, a pesar de su positivación, pueden des-positivarse y cancelarse, y no habrá quien pueda defenderlos contra eso.”<sup>115</sup>.

A Beuchot le “parece además que la idea de naturaleza humana es defendible en la actualidad, y que ella es el fundamento último de tales derechos. En efecto, algunos han eludido esa fundamentación en la naturaleza humana y han preferido fundamentarlos en las necesidades humanas básicas; pero, si hay tales necesidades, lo

---

<sup>112</sup> Massini Correas, Carlos I., “Garantismo y derechos humanos. En la propuesta positivista de Luigi Ferrajoli”, en *La Ley (DFyP)*, 2010 (agosto), 01/08/2010, 229, Cita Online: AR/DOC/4645/2010.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> Beuchot, Mauricio, *Derechos Humanos, Iuspositivismo y Iusnaturalismo*, México, UNAM, 1995, p. 163.

<sup>115</sup> *Ibidem*, pp. 163-164.

que ellas están denotando es que hay una naturaleza humana a la que responden, de la que brotan. (Es como decir que los derechos humanos se fundamentan en la dignidad humana, pero esa misma dignidad ¿en dónde se fundamenta sino en la naturaleza humana, en definitiva?) Dicha naturaleza humana tomista no es estática y absolutista, sino dinámica y viva, cual lo era la noción aristotélica de *physis*.<sup>116</sup>

Sin dudarlo, Beuchot cree “que sí se pueden fundamentar filosóficamente los derechos humanos y, además, que no basta la positivación para hacerlo, ya que dependerían del legislador o del gobernante, y estarían sujetos a su arbitrio para ser respetados o suspendidos. Si han de ser -como todos reconocen- unos derechos comunes a todos los hombres por el hecho de ser hombres, han de ser independientes de su positivación. En sostener esa independencia de los derechos humanos con respecto a la positivación, coinciden tanto los iusnaturalistas como los que ven a los derechos humanos como derechos morales. Ellos ven que no es posible excluir completamente lo moral de lo jurídico. Sólo que nosotros somos más radicales y explícitos que ellos.”<sup>117</sup>.

Comenta Beuchot que “Algunos han preferido fundamentar los derechos humanos en las necesidades más básicas del hombre. La necesidad engendra derecho. Así, hay necesidades humanas que engendran derechos humanos. Pero resulta que en definitiva las necesidades humanas se asientan o fundan en la naturaleza humana misma. Volvemos a encontrar que los derechos humanos son, en definitiva, derechos naturales. Y, como hemos tratado de hacer ver, desaparece el fantasma de la falacia naturalista, de la que se nos acusa al extraer derechos humanos tanto de las necesidades básicas del hombre como del conocimiento de su naturaleza.”<sup>118</sup>.

Entonces, Beuchot puede afirmar que “Así, hemos dado a los derechos humanos una fundamentación iusnaturalista, en el iusnaturalismo tomista, que avanza más allá del propio Santo Tomás, pues recoge la aportación de los tomistas de Salamanca del siglo XVI, principalmente Vitoria, Soto y Las Casas. Ellos recogen la noción de derechos subjetivos introducida por Ockham y su escuela nominalista (Gerson, Almain, Maior). Ya en Las Casas se ve el surgimiento teórico de los derechos del hombre, y sobre todo su praxis, en la exigencia de que se respetaran tanto en los españoles como en los indios. E igualmente integra el ideal de los teóricos de los derechos del hombre, velando por la universalidad de los mismos. Llegamos inclusive –con teóricos tomistas como Massini y

---

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>118</sup> *Ibidem*, pp. 166-167.

Hernández- a la postulación de derechos subjetivos en el tomismo, incorporables con plena justicia en el sistema de Santo Tomás, potenciando y extendiendo sus principios a esas consecuencias, dentro de las cuales está la de los derechos naturales subjetivos, que es donde vemos el lugar teórico de los derechos humanos.”<sup>119</sup>.

El iusfilósofo y profesor de la Universidad de Roma, Claudio **Sartea**, nos trae su modelo de fundamentación basado en la ontofenomenología para sostener el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, y piensa que “La cuestión del fundamento de los Derechos Humanos resulta una entre las que más coraje intelectual exige. Se trata de ir más allá de la barrera erigida por Bobbio (“el problema de fondo relativo a los Derechos Humanos no es hoy tanto el de justificarlos, como el de protegerlos: es un problema no filosófico, sino político”), y volver a las preguntas genuinas de la filosofía jurídica: qué es el Derecho..., en qué consiste un Derecho Subjetivo, por qué hablamos de Derechos Humanos y qué entendemos con esta expresión típicamente moderna, en cuál sentido el Estado de Derecho es hoy en día una institución justificada a partir de su compromiso con los derechos humanos, etc.”<sup>120</sup>.

Sartea se acuerda que “Hannah Arendt ha hablado con mucha fuerza del engaño que potencialmente se esconde en la doctrina de los Derechos Humanos: “En realidad, la experiencia de los campos de concentración muestra que los seres humanos pueden ser transformados en especímenes de animal humano y que la ‘naturaleza’ del hombre es solamente ‘humana’ en tanto que abre al hombre la posibilidad de convertirse en algo altamente innatural, es decir, en un hombre”. Humanizar, por lo tanto, no consiste simplemente en hacer algo parecido al hombre: humanizar no es un simple antropomorfismo. Más bien se trata de entender lo que es humano, preguntarse acerca de la distinción básica entre humano y no humano, y dirigir los esfuerzos jurídicos y políticos hacia el objetivo de proteger y promover lo que es humano: se trata de un utopismo necesario, que acepta desde el principio la imposibilidad de una realización plena pero a la vez cree firmemente en la posibilidad de realizaciones parciales.”<sup>121</sup>.

Entonces dice Sartea que “Para Hannah Arendt, la “abstracta desnudez de ser humano” era algo inconsistente, o al menos un concepto que a la prueba de la historia había revelado toda su debilidad e incertidumbre. En su perspectiva, que aquí comparto,

---

<sup>119</sup> *Ibidem*, pp. 171-172.

<sup>120</sup> Sartea, Claudio, “Desnuda humanidad. Fundamentar en la ontofenomenología el reconocimiento y la protección de los Derechos Humanos”, en *Estado de derecho y derechos humanos*, Buenos Aires, Educa, 2018, p. 37.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 40.

“sólo la pérdida de la comunidad misma le arroja de la Humanidad”: y esto en el doble sentido antropológico y jurídico...”<sup>122</sup>.

Otra vez traemos a consideración lo sucedido en la ciudad italiana de L’Aquila, pero en esta oportunidad lo hacemos de la mano de Saratea, quien nos dice que “Es conocido, y se cita cada vez que se hable del problema de la fundamentación de los Derechos Humanos, lo que Norberto Bobbio afirmó con la claridad que lo caracterizaba en 1964, en un congreso académico en la ciudad italiana de L’Aquila: “El problema de fondo relativo a los Derechos Humanos no es hoy tanto el de justificarlos, como el de protegerlos: es un problema no filosófico, sino político”. Al margen de la condena a muerte de la filosofía jurídica de los Derechos Humanos que dicha afirmación supone, bastaría considerar lo que pasa hoy en día con los Derechos Humanos en la perspectiva de su relevancia, como hemos venido comprobándola hasta ahora, para no quedar satisfechos con la postura escéptica del grande pensador italiano (que por lo demás refleja la misma actitud que permitió a Jacques Maritain y compañeros intelectuales llegar a la propuesta de un texto compartido entre pensadores representantes de tradiciones filosóficas y sensibilidades religiosas tan diferentes como las que trabajaban en el comité Unesco del que hemos hablado: es famosa la expresión del filósofo francés: “Sí, nos pusimos de acuerdo en los derechos, pero con la condición de que nadie nos pregunte el porqué”).”<sup>123</sup>.

Considera Saratea “que fundamentar los derechos equivale a justificarlos: es decir, a mostrar su conformidad a la justicia como finalidad del Derecho.”<sup>124</sup>.

Manifiesta Saratea que les queda “el cometido de fundamentar los derechos en algo que no sea el poder de un ordenamiento vigente, ya que hemos visto que estos derechos tienen fuerza incluso para oponerse a los ordenamientos. Se necesita otro anclaje que justifique y soporte la racionalidad de cada uno de dichos derechos y la obligatoriedad de su reconocimiento y protección.”<sup>125</sup>.

Al respecto, afirma Saratea que “En este asunto no se admite la lógica del “mala quia prohibita” [malo porque esta prohibido] (o del “bona quia promulgata” [bueno como lo anuncian]): este puede considerarse el límite teórico del constitucionalismo viejo y nuevo, ya que la simple declaración de un derecho en un texto constitucional no basta para fundamentarlo como Derechos Humanos, si al Derecho Humano se le reconocen las características propias que todo el mundo les reconoce. Más bien, las Constituciones

---

<sup>122</sup> *Ibidem*.

<sup>123</sup> *Ibidem*, pp. 47-48.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>125</sup> *Ibidem*, pp. 51-52.

acogen en su texto los Derechos Humanos, que de esa forma alcanzan una formalización local y vinculan expresamente los organismos nacionales que ejercen en el territorio los tres poderes. Como se ha dicho muy oportunamente, cuando hablamos de los Derechos Humanos no podemos contentarnos con su positivización: “La considerazione dei diritti umani come diritti positivi, nella prospettiva storicista, contrattuale ed individualistica, li rende fragili nel loro statuto epistemológico. Fondare i diritti umani sulla statuizione della comunità política apre al rischio del relativismo. Se i diritti umani sono diritti solo se codificati in documenti legislativi nazionali o internazionali, si fondano sulla contingente volontà del legislatore. La questione del fondamento dei diritti dell’uomo *necesita del riferimento alla struttura ontológica dell’ uomo*”.<sup>126</sup>.

En consecuencia, Sartea afirma desde su modelo de justificación que “no queda otra que dirigirse a la búsqueda de contenidos vinculados: lo que hacen las doctrinas iusnaturalistas, las perspectivas alimentadas por la antropología filosófica, y las teorías fenomenológicas. En mi opinión, el modelo que menos frágil se muestra a los ataques del relativismo ético –así como de sus sustitutos funcionales, como el utilitarismo– es un modelo mixto, como el modelo ontofenomenológico: ya que en esta perspectiva más que indicar contenidos éticos se tiende a descubrir caracteres estructurales del fenómeno jurídico, sacados, eso sí, de la estructura esencial del único ser que elabora el derecho, el ser humano.”<sup>127</sup>.

Cerrando Sartea, expresa que como se va “observando, es posible recuperar el significado y la fuerza proponente de la idea de Derechos Humanos solamente si reflexionamos filosóficamente acerca de la constitución ontológica del ser humano y en ella fundamentamos la norma que brinda un poder o impone un deber.”<sup>128</sup>.

El filósofo del derecho argentino Carlos Santiago **Nino** afirmaba que “el *dogmatismo ético*, según el cual hay verdades morales autoevidentes o que se adquieren por un acto de fe o por una intuición no corroborable intersubjetivamente, lo que hace, en cualquier caso, superfluo el ofrecer razones en apoyo de tales creencias; por el otro lado, el *escepticismo ético*, para el que es imposible dar razones en defensa de una concepción moral como la que legitima los derechos del hombre, puesto que la adopción de ese tipo de concepciones está determinada por decisiones o emociones que no están controladas por criterios de racionalidad. Creo que la difusión de estas posiciones metaéticas, que

---

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 53.

suelen alimentarse recíprocamente, en un proceso de acción y reacción, es uno de los obstáculos más profundos para la formación de una conciencia moral esclarecida que sirva de último baluarte contra los asaltos a la dignidad del hombre.”<sup>129</sup>.

Desde la visión de Nino, “el iusnaturalismo puede caracterizarse por la defensa de dos tesis fundamentales: a) que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos; b) que un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos en el punto anterior.”<sup>130</sup>.

Para Nino, “el *positivismo conceptual* (por contraste con otras posiciones como el positivismo ideológico), que está representado por autores como Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart, etc., no se opone, como tal, a la tesis *a*, sino a la tesis *b*. Con respecto a la primera tesis los positivistas mantienen posiciones diversas, independientemente de su positivismo. Bentham y Austin la aceptan al defender un sistema ético utilitarista, Hart mantiene hacia ella una actitud cautelosamente abierta, Kelsen y Ross la rechazan terminantemente. En lo que coinciden todos, y es ello por lo tanto lo que es distintivo de su posición común positivista, es en el rechazo de la tesis *b*, o sea en su afirmación de la tesis opuesta de que la identificación del contenido y existencia de un orden jurídico positivo debe basarse exclusivamente en circunstancias fácticas como la calificada de insuficiente por la formulación de la tesis *b*, sin recurrir a consideraciones valorativas. Como también he sostenido, esta controversia acerca de la tesis *b* es una mera disputa verbal y su significación desaparece no bien se abandona el prejuicio esencialista de que debe haber un *único* concepto de derecho.”<sup>131</sup>.

Destaca Nino que “Frente a la conclusión de que los derechos humanos son derechos de índole moral y no jurídica algunos podrían inferir que ellos son, en consecuencia, irrelevantes para la teoría y la práctica del derecho. Sin embargo, esto es un error, y lo es aun cuando presupongamos un concepto positivista, o sea puramente descriptivo y no valorativo, de derecho o sistema jurídico.”<sup>132</sup>.

Entonces, la hipótesis de Nino “es que cuando los jueces apoyan sus decisiones en normas jurídicas lo hacen a través de juicios que llamo "de adhesión

---

<sup>129</sup> Nino, Carlos S., *Ética...Op. Cit.*, p. 6.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 20.

normativa" y que consisten en juicios valorativos que se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden jurídico. Estas consideraciones muestran, según creo, la primordial importancia que tiene para la teoría y la práctica jurídicas la cuestión de ética normativa o sustantiva acerca de cuáles son los principios válidos de justicia y moralidad social y cuáles son sus implicaciones para diversas áreas jurídicas."<sup>133</sup>.

Sin embargo, señala Nino que "cuando se trata del reconocimiento de los derechos humanos, la cuestión es de tal importancia moral que difícilmente esté justificada una norma jurídica -y las decisiones judiciales y administrativas basadas en ella- que negara o retaceara ese reconocimiento, por más que su origen sea legítimo. Ello hace que la atención, aun de jueces y juristas, deba centrarse en determinar cuáles son los derechos humanos que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas positivas, ya que, si los derechos que derivan de estas normas no coinciden con aquéllos, se los deberá hacer coincidir por vía interpretativa o se deberá ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada."<sup>134</sup>.

El iusfilósofo Rodolfo Luis **Vigo**, posicionándose claramente en una perspectiva iusfilosófica, afirma que "El iusnaturalismo asumiendo en coherencia su tesis de fundar al derecho en la naturaleza o estructuras básicas e intrínsecas de lo humano, no puede dejar de asimilar la indisponibilidad de los derechos humanos en tanto ellos protegen "bienes humanos básicos" (Finnis). Por eso, algunos iusnaturalistas han concluido que nuevo nombre del derecho natural son los derechos humanos, y Javier Hervada ha explicado que los Tratados de Derechos Humanos están redactados en un lenguaje típicamente iusnaturalista al calificarlos de reconocidos (no creados), universales e inalienables. De ese modo la negación de los derechos humanos por parte del derecho vigente, compromete su validez y obligatoriedad, en tanto que su violación grave provocará la pérdida de justificación racional. Andrés Ollero, acudiendo a una metafísica no construida sino realista, escribe: "Los derechos humanos son tan 'jurídicos' como cualquier otro sector del ordenamiento, porque apuntan –como todo él- al logro de una convivencia humanamente ajustada, cuyos mínimos contribuyen a delimitar; si parecen más 'morales' que otros elementos jurídicos es por su más inmediata vinculación al modelo antropológico que permite considerar 'humano' a un determinado esquema práctico de convivencia", y "Los derechos humanos reposan sobre un fundamento rotundamente objetivo. El derecho

---

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 24.

sólo puede legitimarse en la medida en que defienda el contenido esencial de lo 'humano', plasmado en el imperativo kantiano de que el hombre no debe ser nunca instrumentalizado como simple medio al servicio de otros objetivos. Esta sería la exigencia básica de una realidad objetiva: la dignidad del hombre, que lo diferencia y eleva sobre su entorno..."<sup>135</sup>.

Ahora bien, y junto al profesor Vigo es oportuno preguntarnos sobre la posibilidad de justificación racional de los derechos humanos.

Al respecto, Vigo dice que el tema "que nos proponemos considerar, sintética y elementalmente, es la posibilidad de justificar o fundamentar racionalmente los derechos humanos; o sea si es posible aducir argumentos racionales que justifiquen o funden su existencia, más allá de su recepción en normas jurídicas positivas. ... Más en concreto, el punto decisivo en última instancia es si existe una razón práctica capaz de sostener que es verdadero un determinado juicio de valor pronunciado en torno -por ejemplo- a una conducta, norma o institución y, por ende, susceptible de ser comprendido como tal por cualquier otra razón humana. Proyectando y simplificando esa duda al campo de los derechos humanos, las respuestas teóricas centrales que encontramos son: las que responden positivamente y las que niegan esa posibilidad."<sup>136</sup>.

Por su parte, Vigo dice que "si no hay posibilidad de razón práctica nuestras discusiones sobre los derechos humanos no pueden dirimirse racionalmente, dado que en última instancia se trata de sólo asunciones morales primitivas, por ende, el camino que queda es el de la fuerza, el engaño o el azar. Resulta contraintuitivo -como hace ya mucho tiempo alertó Perelman- que a los que postulan la explotación, la discriminación o el rechazo del otro no se los pueda racionalmente denunciar o reclamarles otras valoraciones, y que todas las asunciones morales resulten igualmente legítimas."<sup>137</sup>.

Además, y "a los fines de poder saber de qué hablamos cuando hablamos en un problema concreto de un derecho humano, ello sólo se puede lograr si definimos y explicamos dicho concepto, y en esa explicación si pretende ser exhaustiva, se requerirá de la justificación. Definir estipulativamente un concepto y rechazar su justificación, implica privarnos de un concepto suficientemente explicativo, y una prueba de ello puede ser la misma teoría ferrajoliana cuando luego de postular un concepto de los derechos fundamentales acude a una fundamentación axiológica, pero simultáneamente clausura la

---

<sup>135</sup> Vigo, Rodolfo L., *Perspectivas lusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, pp. 358-359.

<sup>136</sup> Vigo Rodolfo L., "¿Es posible la justificación racional de los Derechos Humanos? (Alexy, Finnis, Nino vs. Bobbio, Ferrajoli, Bulygin)", en *La Ley*, 08/07/2013, 1 – D, 1334, cita online: AR/DOC/2502/2013.

<sup>137</sup> *Ibidem*.

posibilidad de una justificación de esos valores ,y así aquel concepto podría incluir un "derecho fundamental" a ser saludado por la calle (L. Ferrajoli "Derechos fundamentales" en "Los fundamentos de los derechos fundamentales", p. 21)."<sup>138</sup>.

Otro aspecto importante, también lo resalta Vigo cuando nos dice que “En orden a confeccionar una lista de los derechos humanos resulta imprescindible contar con un concepto que incluya la fundamentación respectiva, entonces sí será posible intentar elaborar una nómina de los mismos. ¿Cómo podría cumplir ese objetivo sacando a la luz los derechos humanos implícitos contenidos en el art. 33 de la Constitución Argentina, sin contar con un concepto explicativo exhaustivo? El único modo de elaborar una nómina en donde no haya fundamentación de los conceptos, será también apelando a propuestas que exigen ser aceptadas dogmáticamente sin preguntas racionalmente improcedentes.”<sup>139</sup>.

Asimismo, Vigo señala que “No sólo la jurisprudencia constitucional sino también la doctrina respectiva ha postulado órdenes prima facie de los derechos humanos, pues resulta contraintuitivo defender una igualdad absoluta de los mismos. Seguramente cada proyecto de vida se posibilita en la medida que se parta de una cierta jerarquización, pero, a su vez, sólo será posible reconocer el acierto o error de la misma -incluso en términos de coherencia- en la medida que los derechos humanos se asuman con fundamentos. No resulta una pregunta insólita o rebuscada si preguntamos por el mayor o menor valor de la propiedad frente al derecho a la vida, o la libertad frente al orden público, aunque un intento de respuesta necesariamente deberá partir de una fundamentación que a su vez remitirá a una determinada visión antropológica.”<sup>140</sup>.

Por lo tanto, el profesor Vigo nos manifiesta que “Apelar a un concepto que no sabemos cómo justificar, debilita ese propósito, dado que necesariamente al argumentar en su favor deberíamos ser más que escuetos o simplemente dogmáticos. Por el contrario, si el concepto se explica integralmente se podrá identificar su urgencia, relevancia y alcance, así como la necesidad de alentar su aplicación e incorporación al derecho positivo. Parafraseando a Bobbio, podríamos decir que los derechos humanos son un problema político pero también necesariamente filosófico. La jurisprudencia prevaleciente en materia de derechos humanos intenta resolver los conflictos o tensiones de derechos humanos por medio de ponderaciones o peso entre ellos. Por supuesto que en este trabajo de ponderaciones de los derechos humanos o de "principios" (recordemos

---

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

que para Alexy los derechos humanos son principios en tanto mandan lo mejor posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas), se requiere pesar en abstracto y concreto los derechos humanos y a esos fines se torna necesario tener presente la fundamentación de la que se parte.”<sup>141</sup>.

Entonces, surge como una obviedad decir con Vigo que “Una inevitable consecuencia de los planteos escépticos en materia ética o de derechos humanos en el terreno judicial y procesal, es que se disuelve la posibilidad de la justificación racional de las sentencias judiciales y los respectivos recursos contra las mismas. Es que si en última instancia se ponen en juego asunciones axiológicas no susceptibles de controlar racionalmente, estamos en el reino de la irracionalidad sustancial en donde triunfarán los puntos de vista de los que tienen más poder, y sólo por ese hecho. Especialmente aquella jurisprudencia en materia de derechos humanos, carece de fundamentación racional, y por ende, sólo cabe apoyarlas o rechazarlas dogmáticamente, o en el mejor de los casos, controlarlas procedimental o formalmente en términos de coherencia.”<sup>142</sup>.

Al profesor Vigo le “parece claro que a partir de la Segunda Guerra los derechos humanos quedan incorporados a la agenda jurídica, política y moral como un núcleo de juridicidad indisponible cuya violación compromete la validez de cualquier norma jurídica generando responsabilidad jurídica en aquellos que la han creado o aplicado. La condena a los jefes nazis se funda en que habían cumplido la “ley” pero habían violado el “derecho”, dado que este es incompatible con la injusticia extrema (una violación grave, extendida y manifiesta de los derechos humanos) en que incurría la legislación nazi. Ha sido Robert Alexy quien ha defendido esa fórmula de Radbruch de “la injusticia extrema no es derecho”, de tal manera que si ocurre el intento de hacer nacer esa calidad ética de derecho se abortará, por eso no estamos frente al supuesto de retroactividad de la nueva ley sino a la inexistencia de una invocada ley o derecho.”<sup>143</sup>.

A su vez, Vigo nos recuerda que “Los Tratados de Derechos Humanos están redactados con un lenguaje que remite a una matriz iusnaturalista, es que las notas invocadas expresamente en aquellos como las de “reconocimiento” de los derechos (no de creación), su universalidad e inalienabilidad solo pueden ser entendidos a partir de “algo” que es común a todo ser humano y que se proyecta al campo jurídico como derechos que valen al margen de que las autoridades los reconozcan o los violen. El fundamento o

---

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> *Ibidem*.

<sup>143</sup> Vigo, Rodolfo L., *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, Educa, 2015, p. 105.

justificación de esos “suyos” que tiene todo miembro de la especie humana consiste finalmente en la esencia o naturaleza humana que permite identificar a cualquiera de ellos, y que a su vez se constituye en un modo de operar –racional y volitivo- orientado al bien y a la consiguiente felicidad. El lenguaje de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es elocuente en el referido sentido: “La dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y es claro que todo hombre tiene una igual dignidad ontológica que se revela en su ser completo e incomunicable, y también una dignidad moral que alcanza en el ejercicio de sus actos racionales y libres. Es aquella dignidad inherente lo que constituye título suficiente para constatar con ciertos derechos humanos que son naturales dado que se fundan en la naturaleza humana, pero esa existencia no implica el automático e inexorable respeto, vigencia y conocimiento de los derechos naturales, de ahí que su violación genera responsabilidad jurídica, al margen de que la contemple o no el derecho nacional positivo.”<sup>144</sup>.

Para terminar su análisis, Vigo nos dice que “Para “tomarse en serio los derechos” -recurriendo a la feliz expresión de Dworkin- resulta imprescindible contar con cierta convicción cognitivista u objetivista ética. En sintonía con esa perspectiva, y a tenor que los derechos fundamentales son los derechos humanos positivizados, puede explícitamente concluir Alexy: “Si los derechos humanos no pueden fundamentarse, entonces, tampoco pueden fundamentarse los derechos constitucionales” (R. Alexy “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004, Fontamara, México, p. 52). De ese modo, al escéptico no le queda finalmente otra alternativa que suscribir la tesis hobbesiana: “*Auctoritas, non veritas, facit legem*” y rechazar la enseñanza de cuño iusnaturalista: “*Veritas, non auctoritas, facit legem*”. Es que sin fundamento o justificación racional sólo queda el camino de la proclamación de “mi” o “nuestra” verdad en materia de derechos humanos, para que los otros la acepten sin posibilidad de cuestionamiento sustancial o diálogo racional.”<sup>145</sup>.

### **3. Principios generales y caracteres de los derechos humanos.**

El jurista Juan Antonio Travieso, nos introduce en el capítulo de los principios y caracteres de los derechos humanos, y nos dice que “siempre que se trata de principios nos referimos a reglas que exigen poseer la llave que accionen los motores del DIDH. Lo mismo sucede con los caracteres que estructuran la base de la naturaleza jurídica y que

---

<sup>144</sup> *Ibidem*, pp. 105-106.

<sup>145</sup> Vigo Rodolfo L., “¿Es posible la justificación...”, *Op. Cit.*

los planteamos como los peldaños de la escalera del DIDH...”<sup>146</sup>.

A continuación, enunciaremos los principios y caracteres más relevantes y destacados de los derechos humanos, a saber:

### **3.1. Operatividad.**

La temática “se plantea con respecto a las normas del DIDH y su aplicación en el sistema jurídico interno automáticamente, o si requieren procesos de recepción, y si el juez puede aplicarlas en forma directa. Para aclarar esta cuestión hay que distinguir entre normas operativas y normas programáticas (plan o programa); entendiendo que las normas operativas son aquellas que se aplican directamente sin necesidad de norma auxiliar (self-executing).”<sup>147</sup>.

Dichas “normas operativas se hallan dentro de tratados internacionales y como ha considerado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y, en particular la Convención Americana no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (Opinión Consultiva, núm. 2 de octubre de 1982).”<sup>148</sup>.

Entonces, “la Convención no sólo vincula a los Estados partes, sino que otorga garantías a las personas. Por ese motivo, justificadamente, no puede interpretarse como cualquier otro tratado. La excusa de la presunta falta de operatividad no es suficiente para no aplicar normas vigentes de derechos humanos, tan supremas o más que las constitucionales. Hay que tener en cuenta que se hallan en juego principios de responsabilidad internacional del estado (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 27).”<sup>149</sup>.

Por lo tanto, “los Derechos humanos son operativos e incluso obligan a los estados a adoptar las disposiciones de derecho interno para garantizar el ejercicio de los

---

<sup>146</sup> Travieso, Juan A., “Derecho... *Op. Cit.*

<sup>147</sup> *Ibidem.*

<sup>148</sup> *Ibidem.*

<sup>149</sup> *Ibidem.*

derechos y libertades (art. 2º Convención Interamericana).”<sup>150</sup>.

### **3.2. Progresividad.**

Explica Travieso que “La historia de los derechos humanos acredita la progresividad, dentro de un proceso de crecimiento y expansión. El DIDH forma un conjunto progresivo y el mejor ejemplo de esta situación se halla en la pena de muerte que en caso de su abolición no podrá restablecerse (Convención Interamericana de Derechos Humanos art. 4º inc. 3). Este principio de progresividad trae como consecuencia la disposición más favorable a la persona o principio pro hominem, que se puede ampliar a pro cives o pro libertatis (Art. 29 inc. b, CIDH).”<sup>151</sup>.

En este sentido, es válida y oportuna la afirmación del maestro Bidart Campos que dice “Por fin, vuelve la vieja idea escolástica: el derecho natural crece por adición, pero no disminuye por sustracción. La historicidad de los derechos, o el derecho natural de contenido progresivo -y hasta variable- no convalidan retrocesos; superada la esclavitud, no podríamos regresar a ella; alcanzados los derechos sociales y económicos, no podríamos quedarnos únicamente con los viejos derechos clásicamente denominados civiles; reconocida ampliamente -hasta en la doctrina social de la Iglesia- la libertad religiosa, no podríamos restaurar la Inquisición.”<sup>152</sup>.

### **3.3. Irreversibilidad.**

Con toda claridad, Travieso manifiesta que “Una vez que los derechos humanos son reconocidos por el estado, no se puede retroceder o revertir tal reconocimiento. Pero ¿qué sucede en caso de denuncia del tratado considerando que si el derecho es inherente a la persona humana por su condición de tal, no es reversible?. En caso de conflicto entre normas priman los derechos humanos. La teoría de los derechos preferidos, ubica en primer lugar en relación jerárquica al DIDH.”<sup>153</sup>.

### **3.4. Efectos verticales.**

El profesor Travieso explicándonos, dice “Los efectos verticales expresan que las obligaciones correlativas recaen en los estados y no en los individuos. De allí, surge la protección judicial establecida en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.”<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> *Ibidem*.

<sup>152</sup> Bidart Campos, Germán, *Teoría... Op. Cit.*, p. 122.

<sup>153</sup> Travieso, Juan A., “Derecho... *Op. Cit.*”

<sup>154</sup> *Ibidem*.

Por ello, debemos “tener en cuenta que los organismos internacionales de derechos humanos no sustituyen a los Tribunales internos de los estados. Esta obligación se opera por los medios judiciales del derecho interno. Solo de manera complementaria y subsidiaria por los organismos internacionales, en caso de que esos medios no existan, no sean idóneos, efectivos o estén agotados. Recién después del cumplimiento de esos extremos, se puede acudir a los sistemas internacionales. Desde luego que es condición para el DIDH que existan estructuras subsidiarias, necesariamente de orden internacional, esto es, fuera del estado de que se trate.”<sup>155</sup>.

### **3.5. Interdependientes, integrales e indivisibles.**

La interdependencia “se refiere a la relación con la democracia; de allí que la democracia es un presupuesto de la existencia de los derechos humanos. En cuanto a la característica de integrales, implica que no es admisible que se desconozcan unos derechos, bajo pretexto de salvaguardar otros (Declaración Universal, los Pactos Internacionales y los documentos finales de las dos conferencias mundiales de derechos humanos, a saber la Declaración de Teherán de 1968 y la de Viena de 1993). Todos actúan coordinada y simultáneamente y sin exclusiones. En la Declaración de Teherán, se dispone que “los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles” y, en la Declaración de Viena de 1993, se afirma que la democracia, el desarrollo y los derechos humanos son “interdependientes” y “se refuerzan mutuamente”.<sup>156</sup>.

Este principio es cuestionado por el iusfilósofo español Francisco Laporta, porque dice que “si admitimos el rasgo de universalidad entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto, no hablamos de unos derechos que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que vivan. Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de que estamos hablando. A no ser, claro está, que estemos dispuestos a argumentar la existencia de un sistema jurídico positivo cuyas normas sean universales en ese sentido. Por lo que a mí respecta tal empresa parece imposible.”<sup>157</sup>.

A propósito de ello, Laporta se interroga planteando la siguiente pregunta: ¿Qué rasgo o posición o situación a aspecto o estado de cosas puede ser predicado del

---

<sup>155</sup> *Ibidem*.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

<sup>157</sup> Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa*, Alicante, N° 4, 1987, pp. 32-33.

“ser humano” al margen de su contexto empírico individual? Éste es problema básico de la teoría de los derechos humanos: Al tener que prescindir de la circunstancia empírica de los individuos en virtud de ese rasgo de universalidad se ve obligado a diseñar los derechos en términos de una gran abstracción, porque un catálogo excesivamente minucioso y concreto corre el peligro inmediato de ser inaplicable en determinados contextos culturales.”<sup>158</sup>.

### **3.6. Carácter histórico.**

Por su parte, el jurista Bidart Campos refiriéndose a la historicidad de los derechos humanos, nos dice que “La inserción de los valores propios de los derechos humanos en la positividad es histórica, y se contagia de todos los ingredientes fácticos que provienen de múltiples factores (cultural, social, religioso, económico), cada uno de los cuales participa de la temporalidad situacional (época) y del lugar donde interactúa (espacio geográfico).”<sup>159</sup>.

Ello no conlleva “necesariamente caer en un relativismo, sino conectar las exigencias de la naturaleza humana (según el valor justicia en su deber ser ideal) con la historia... No hay que confundir esta visión historicista de los derechos con la tesis que coloca a la historia como su fundamento filosófico. El fundamento no está en la historia, no es la historia, no está en lo contingente y mudadizo; pero el fundamento supra y extrahistórico impregna de historicidad a los derechos porque es ese mismo fundamento el que presta razón para que los derechos se sitúen, se temporalicen, se pretendan, se representen, se conciban, y se positivicen en la historia. Si el derecho natural o valor justicia está convocado a realizarse en un ambiente social y para unos hombres “situados” que conviven en él, dentro de una circunstancia espacial y temporal, no puede menos de aceptarse que esa realización del valor justicia o derecho natural (y en particular, de los derechos de la persona) tiene que ser y “es” histórica, transcurre en la historia, comparte todos los elementos con que se vive y se hace históricamente la vida individual de cada hombre concreto, y la vida en común de todos los que participan de una misma comunidad.”<sup>160</sup>.

Bidart Campos sin cuestionar al objetivismo iusnaturalista respecto al argumento de los derechos humanos, señala “como cierto que el fenómeno histórico de su plasmación en la positividad tuvo y tiene, en línea progresiva ascendente, su aparición,

---

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>159</sup> Bidart Campos, Germán, *Teoría...Op. Cit.*, p. 118.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 119.

ubicación, y desarrollo, en el tiempo y en el espacio. Pero que sea un hecho empírico no desmiente que su “razón” responda a un fundamento que está más allá y por encima de la positividad en que se manifiesta.”<sup>161</sup>.

Y nos termina diciendo Bidart Campos “que el destino que el derecho natural o valor justicia les traza a los derechos humanos hacia la positivización está encadenado a la historicidad, porque el derecho positivo siempre es histórico, como el hombre, como su vida, como la sociedad, como el Estado. La naturalidad de los derechos se traslada históricamente a la positividad, en aquella simultaneidad o sincronía a que antes aludimos, y la positividad recoge históricamente a la naturalidad. No se trata de “desnaturalizar” (o vaciar de esencia) a los derechos, ni de echar a un lado el objetivismo del derecho natural o valor justicia, pero sí de reconocer las fluctuaciones que, por su propia entidad, admite y requiere cuando se encarna históricamente en la positividad. Seguramente, es en el campo del ingreso y recepción en la positividad -más que en la esencia misma de los derechos- donde es necio negar su plasticidad y permeabilidad históricas. Pero volvemos a reiterar la salvedad de que habrá que atender a cada derecho en concreto, y a cada caso también concreto y particular, para interpretar qué margen de elasticidad histórica ofrece ese derecho; no será igual, por ejemplo, el que encontremos en el derecho a la vida, que el que hallemos en el derecho a la libre expresión o a la seguridad social.”<sup>162</sup>.

### **3.7. Emergentes.**

El jurista Mattarollo nos habla de derechos humanos consagrados y emergentes, y por lo tanto, afirma que “junto a los derechos humanos consagrados existen los derechos humanos emergentes. Se trata de aspiraciones a espacios de libertad que aún no han sido reconocidos por la norma positiva.”<sup>163</sup>.

### **3.8. Las cinco características definitorias según Alexy.**

Según el iusfilósofo Alexy, coincidiendo con algunos principios y caracteres antes mencionados, nos dice que “Los derechos humanos se definen por cinco notas características. La primera es su **universalidad** (*Universalität*). Portador o titular de derechos humanos es toda persona en cuanto persona. La universalidad desde el lado del destinatario es más complicada. Algunos derechos humanos, como el derecho humano a la vida, se dirigen contra todos los que pueden ser sujetos de deberes y, con ello, contra toda persona, pero también contra todos los Estados y organizaciones. Otros derechos

---

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>162</sup> *Ibidem*, pp. 121-122.

<sup>163</sup> Mattarollo, Rodolfo, “*Ética... Op. Cit.*”, pp. 258-259.

humanos, como el derecho humano a participar en la formación de la voluntad política, se dirigen solamente contra el Estado al cual pertenece el individuo o en el cual él vive. La segunda nota de los derechos humanos es la **fundamentalidad** (*Fundamentalität*) de su objeto. Los derechos humanos no protegen todas las fuentes y condiciones del bienestar que puedan imaginarse, sino sólo intereses y necesidades fundamentales. También la tercera nota se refiere al objeto de los derechos humanos. Ella es su **abstracción** (*Abstraktheit*). Se puede estar rápidamente de acuerdo en que cada uno tiene derecho a la salud; pero sobre lo que esto significa en el caso concreto puede generarse una larga discusión. La cuarta y quinta notas no se refieren ni a los portadores ni a los destinatarios, ni a los objetos de los derechos humanos, sino a su validez (*Geltung*). Los derechos humanos en cuanto tales sólo tienen una validez moral. La cuarta nota de los derechos humanos es por lo tanto su **moralidad** (*Moralität*). Un derecho vale moralmente si puede ser fundamentado frente a cada uno que participe en una justificación racional. La validez de los derechos humanos es su existencia. La existencia de los derechos humanos consiste por ende en su fundamentabilidad y en nada más. Naturalmente que a la validez moral de los derechos humanos puede añadirse una validez de derecho positivo. Ejemplos de ello nos los ofrecen el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 y la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) para la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949. Por cierto que tales positivaciones nunca son respuestas definitivas. Ellas representan intentos de darle una expresión institucional (*institutionelle Gestalt*), asegurada por medio del Derecho positivo, a lo que solamente vale a causa de su corrección. Tales intentos, como todo intento, podrían lograr más o menos. Esto conduce a la quinta nota, la de la **prioridad** (*Priorität*). Los derechos humanos en cuanto derechos morales no sólo no podrían ser derogados por normas de Derecho positivo, sino que además son la medida (*Mafistab*) a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivado. Esto significa que un pacto de derechos humanos, tanto como una sentencia de un Tribunal de derechos humanos, puede ser contrario a los derechos humanos. Así están reunidas las cinco notas que distinguen a los derechos humanos de todos los demás derechos: los derechos humanos son derechos (1) universales, (2) fundamentales, (3) abstractos, (4) morales y (5) prioritarios.”<sup>164</sup>.

---

<sup>164</sup> Alexy, Robert, “¿Derechos..., *Op. Cit.*, pp. 238-239.

#### **4. Conclusiones previas.**

En el presente apartado daremos nuestras conclusiones previas sobre el presente capítulo 1, a saber: A lo largo de este capítulo, pudimos analizar los distintos conceptos o definiciones de los derechos humanos en la Historia. También sobre sus diversas justificaciones.

Como resultado previo, se puede concluir que el debate entre las posiciones doctrinarios respecto al nacimiento y a la justificación de los derechos humanos, se encuentra absolutamente vigente, y echa por tierra el argumento de los que afirman que la discusión entre las perspectivas iusfilosóficas ha perdido sentido en la práctica, basta con recordar a todas y todos los autores citados en el presente capítulo como ejemplo de su importancia y actualidad.

Es decir, la relevancia y vigencia se explica por cuanto si se pretende cuestionar o rechazar la fundamentación del concepto de los derechos humanos, primero se debe identificar su significado, o sea, comprender su concepto, para luego no solo poder criticarlo o negarlo, sino para defenderlo o justificarlo.

Por eso no compartimos la posición de Bobbio cuando alega a favor de la eficacia en contra de la justificación de los derechos humanos, por cuanto no se puede defender algo que no se conoce seriamente, y más cuando se trata de la dignidad de los seres humanos.

En esta instancia, entendemos que las perspectivas iusfilosóficas vinculadas al iusnaturalismo con sus diferentes vertientes, es el que nos convence sobre la explicación del origen de los derechos humanos y el de su fundamentación. Entonces, desde la posición iusnaturalista sustentaremos nuestra tesis.

También se puede concluir, que es difícil no defender la postura de la pertinencia de justificar los derechos humanos, sí tan solo recordamos los principios y caracteres de los mismos, lo que nos lleva indefectiblemente a comprender la densidad de su composición y sustancia que detentan los derechos humanos como para negarles su existencia, fundamentación y también su operatividad.

## **Capítulo 2**

### **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

#### **5. Nacimiento y desarrollo.**

En este apartado, hablaremos del nacimiento y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y para ello recurriremos a los especialistas en la materia, que nos brindaran sus puntos de vista.

Para ello, es necesario referirnos al Derecho Internacional Público, por cuanto del mismo surgen las ramas del Derecho Internacional, es decir, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional Penal.

El especialista en la materia Sebastián Alejandro Rey dice que “El derecho internacional público es el conjunto ordenado de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional.”<sup>165</sup>.

Desde “esa definición, los sujetos del derecho internacional serán aquellos centros de imputación de normas, entes aptos de adquirir ciertos derechos y contraer determinadas obligaciones en virtud del derecho internacional. Esta característica los diferenciará de los actores de las relaciones internacionales, que no son sujetos de derecho internacional, pero a partir de sus actividades se relacionan e influyen en las decisiones de éstos, por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales.”<sup>166</sup>.

Asimismo, Rey explica que “El sujeto originario y necesario del derecho internacional es el Estado y goza de plena capacidad jurídica. Sudre afirma que el derecho internacional clásico es elaborado en función de los intereses de los estados, por lo que en cuanto a su creación, proviene de la voluntad política de éstos.”<sup>167</sup>.

Evoca Rey manifestando que a pesar de “que existe evidencia de que algunas de las reglas del derecho internacional eran tenidas en cuenta en distintos lugares desde hace varios siglos, a los fines de analizar el contenido del Moderno Derecho Internacional, es necesario remitirse al surgimiento de los estados naciones en el período comprendido por los siglos XV y XVII, en particular, al período posterior a la Guerra de los Treinta Años en el que se configuran los estados soberanos seculares en la Europa Occidental.”<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> Rey, Sebastián A., *Juicio... Op. Cit.*, p. 11.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

<sup>168</sup> *Ibidem*, pp. 11-12.

Ello le permite resaltar a Rey que “la Paz de Westfalia marcó el fin de una época y el inicio de otra en la evolución del derecho internacional, que promovió su laicización al separarlo de cualquier contexto religioso en particular y extendió su alcance, de modo de incluir, en un pie de igualdad, tanto a los estados republicanos como a los monárquicos. A partir de 1648, se acaba la pretensión de conseguir un poder hegemónico universal, erigiéndose los estados modernos que se reconocerán como iguales y soberanos en sus territorios.”<sup>169</sup>.

Conforme a “esta nueva igualdad jurídica se crea un ordenamiento jurídico a los fines de regular las relaciones entre los estados fundado en la cooperación, y es el acuerdo de voluntades soberanas la fuente formal de derechos y obligaciones. Asimismo, el control del cumplimiento de sus normas quedó librado a la interpretación de quienes eran sus sujetos. Por ende, luego de la Paz de Westfalia, cada Estado reposaba en su propio poderío, y la sociedad internacional era horizontal y altamente descentralizada: los estados eran los agentes generadores de las normas jurídicas, sus sujetos y los intérpretes de su sentido y alcance.”<sup>170</sup>.

En la obra de Rey podemos leer que “De esta manera, Gross entiende que luego de la Guerra de los Treinta Años se perdió una valiosa oportunidad de crear una sociedad de estados. En su lugar, se dio inicio a una era donde los estados absolutistas no reconocían autoridad superior.”<sup>171</sup>.

Una cuestión parecida “ocurrió en 1815 luego de la derrota de Napoleón. Reunido el Congreso de Viena se estableció el Pacto de la Santa Alianza, pronunciamiento de los estados de Austria, Prusia y Rusia para mantener la igualdad jurídica, la paz y los intereses comunes. Empero, la voluntad de estos estados no fue crear un tercero o un sujeto de derecho con capacidad para garantizar dichos fines. Incluso puede considerarse que el Pacto Briand-Kellog celebrado en 1928, si bien condenaba por primera vez en un tratado el recurso a la guerra como forma de resolver conflictos internacionales, seguía siendo una obligación contractual por la que si alguna de las partes acudían a la guerra no se establecía un poder centralizado capaz de detenerlas.”<sup>172</sup>.

De acuerdo a lo manifestado, “Cassese caracteriza al periodo comprendido en la Paz de Westfalia y mediados del siglo XX sobre tres rasgos principales: a) los estados vivían en un “estado de naturaleza” donde existían ciertos bienes que debían ser

---

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>172</sup> Rey, Sebastián A., *Manual... Op. Cit.*, p. 24.

jurídicamente protegido pero no existía un sujeto encargado de hacerlo por lo que fácilmente se podría generar un “estado de guerra”; b) las relaciones entre los estados se basaban en el principio de reciprocidad y en caso de que un Estado incumpliera una obligación internacional, sólo el Estado afectado por un ilícito podía solicitar la reparación de aquella violación, sin poder intervenir los demás miembros de la comunidad internacional y c) el individuo no tenía ningún peso, siendo el Estado soberano el único sujeto en la escuela mundial.”<sup>173</sup>.

Rey nos relata que “Ni los pueblos perseguidos ni sus integrantes tenían derecho a solicitar la intervención humanitaria de los estados y los tratados destinados a lograr la abolición de la esclavitud y la venta de esclavos no conferían a éstos derecho alguno.”<sup>174</sup>.

Si bien “el derecho internacional clásico no se ocupó de las relaciones del Estado con sus nacionales ni de los derechos de estos últimos, sí lo hizo en cuanto al trato recibido por los extranjeros. ... Ello se daban en el caso de los extranjeros, para quienes el Estado del que eran ciudadanos tenía un poder de protección igual al del Estado que ejercía el poder de hecho.”<sup>175</sup>.

La totalidad de lo referido anteriormente “comenzará a ponerse en duda con el comienzo de la Primera Guerra Mundial -el acontecimiento fundador del siglo XX- puesto que marcó un punto de inflexión en el desarrollo del derecho internacional.”<sup>176</sup>.

El jurista que venimos citando afirma en sus textos que “El conflicto armado sirvió para afirmar los valores nacionalistas a través del combate y marcó el surgimiento de la muerte anónima masiva, la masacre industrializada.”<sup>177</sup>.

Entonces, el día “28 de junio de 1919, con la firma del Tratado de Paz de Versalles... El Pacto de la Sociedad de las Naciones (PSN) dispuso como fines de la organización promover la cooperación internacional y alcanzar la paz y seguridad internacionales. Para ello, introdujo por primera vez límites explícitos al derecho de los estados a recurrir al uso de la fuerza. Sin embargo, la intervención de evitar un nuevo conflicto armado no pudo ser alcanzada dado que no se elaboraron los instrumentos jurídicos necesarios para ello.”<sup>178</sup>.

---

<sup>173</sup> *Ibídem*.

<sup>174</sup> *Ibídem*, p. 25.

<sup>175</sup> *Ibídem*, p. 26.

<sup>176</sup> *Ibídem*, p. 26.

<sup>177</sup> Rey, Sebastián A., *Juicio... Op. Cit.*, p. 15.

<sup>178</sup> Rey, Sebastián A., *Manual... Op. Cit.*, p. 27.

Por lo tanto, y luego “de la Primera Guerra Mundial y la experiencia de la Sociedad de las Naciones, numerosos autores se pronunciaron a favor del reconocimiento de la personalidad internacional del individuo, en función de que éstos se les reconocían derechos laborales y se les permitía reclamar sus derechos ante órganos internacionales, pese a que no se le reconocía igual capacidad jurídica que a los estados. Si bien el constitucionalismo clásico procuró asegurar al hombre frente al Estado otorgándole garantías -la Constitución de los Estados Unidos de América era el paradigma que servía de guía a las otras, hasta que en 1936 la Unión Soviética incluyó una concepción socialista de los derechos de los individuos en su constitución-, debe recordarse que hasta 1945 los estados continuaron ejerciendo su soberanía de un modo casi absoluto dentro de su jurisdicción. La protección internacional de los derechos humanos no ocupaba un lugar central en el mundo de la diplomacia. Como afirma Simpson, hacia 1939 no existían a nivel internacional acuerdos regionales o universales de protección de los derechos humanos, por lo que en síntesis, no existía el derecho internacional de los derechos humanos.”<sup>179</sup>.

Apelando a la memoria histórica, Rey comenta que “Entre los años 1939 y 1945 se celebró el primer gran conflicto armado a escala mundial, combatiéndose simultáneamente en más de un continente. El saldo superior a los seis millones de personas muertas -destacándose el Holocausto del Pueblo Judío, producto de la indiferencia ética característica de la modernidad- y el empleo de armas de destrucción masiva -la detonación de las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki presenta dos de los episodios más cruentos de las hostilidades- constituyen algunas de las características salientes de la Segunda Guerra Mundial. Debe tenerse en cuenta que la violencia nazi fue perpetrada en el marco de una guerra colonial que se desarrolló dentro de Europa entre 1941 y 1945, que copiaba su ideología y principios del imperialismo clásico. De este modo, los alemanes aplicaron en Polonia, Ucrania y Rusia, los mismos principios y métodos que Francia y el Reino Unido ya habían adoptado en África y Asia.”<sup>180</sup>.

A pesar de “las graves violaciones de derechos humanos cometidas, la participación de las grandes potencias en el conflicto no fue inmediata. La primera declaración de objetivos de los aliados, recién se llevó a cabo el 14 de agosto de 1941, cuando el presidente Roosevelt junto a Churchill, emitieron la Carta del Atlántico. ... La

---

<sup>179</sup> *Ibidem*, pp. 30-31.

<sup>180</sup> Rey, Sebastián A., *Juicio... Op. Cit.*, p. 20.

Carta del Atlántico adquirió un amplio significado cuando fue reafirmada por la Declaración de las Naciones Unidas del 2 de enero de 1942.”<sup>181</sup>.

Siguiendo con la historicidad de este desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Rey nos recuerda que “A medida que la guerra progresaba, altos funcionarios de las Naciones Unidas se reunieron para determinar las condiciones en que se alcanzaría la paz con las fuerzas del Eje. La primera, de importancia notable, se celebró en la Ciudad del El Cairo en noviembre de 1942 para discutir la suerte del imperio japonés. A ésta le siguieron las conferencias de Dumbarton Oaks -durante agosto y septiembre de 1944- y de Yalta -febrero de 1945-. Allí, las tres grandes potencias que se encontraban combatiendo, los Estados Unidos de América, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión Soviética, trazaron los planes para lograr la rendición incondicional de Alemania y establecer una organización de estados que reemplazase a la obsoleta Sociedad de las Naciones en el objetivo de mantener la paz y seguridad internacionales.”<sup>182</sup>.

Con objetividad, Rey afirma que “Cualquiera sea la posición que se adopte al respecto es evidente que si bien el derecho internacional se desarrolló en la era que se establecieron los estados modernos, es decir, en el siglo XVII, su máximo impulso a gran escala se alcanzó luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial. Este desarrollo, a su vez, coincidió con la aparición de nuevos sujetos del derecho internacional, las organizaciones internacionales. A diferencia de los estados, éstas poseen una capacidad jurídica limitada, dado que surgen en función de la voluntad de los estados que las crean a través de un acuerdo multilateral, dotándolas de una estructura funcional y permanente que les permite cumplir con la finalidad para la cual fueron creadas. Por ello, se sostiene que la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales intergubernamentales no es originaria, sino derivada.”<sup>183</sup>.

Entonces, “el temor a una Tercera Guerra Mundial motivó...Como respuesta a esta necesidad, [que el] 25 de abril al 26 de junio de 1945, 56 estados se reunieron en la ciudad de San Francisco y firmaron la Carta de las Naciones Unidas, tratado que entró en vigor el 24 de octubre de 1946. A raíz de ello, la Sociedad de las Naciones fue formalmente disuelta en abril de este mismo año.”<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> *Ibidem*, pp. 20-21.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>183</sup> *Ibidem*, pp. 21-22.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 22.

Rey explica que el problema “de la ONU era que debía mantener la paz y la seguridad internacionales, terminar con el colonialismo y promover el desarrollo humano y social, pero los estados no estaban dispuestos a resignar su condición de soberanos en una suerte de confederación mundial. La alternativa consistió en que los estados acordaran, en ejercicio de facultades soberanas, el establecimiento de un tipo peculiar de organización internacional intergubernamental con personalidad jurídica propia y vocación de universalidad, en la que la centralización del uso de la fuerza fuese la regla para el ámbito internacional. Las obligaciones contraídas por los Miembros de la ONU en virtud este nuevo ordenamiento positivo prevalecerían sobre cualquier otro convenio internacional (art. 103, Carta de la ONU).”<sup>185</sup>.

Desde otro aspecto, “a los fines de no repetir los errores que llevaron al fracaso de la Sociedad de las Naciones se dispuso que uno de los órganos de este sujeto del derecho internacional, el Consejo de Seguridad (CS), sería responsable primordialmente de mantener la paz y la seguridad internacionales, y adoptar “medidas colectivas eficaces” en ese ámbito, vinculantes para los estados. Las acciones de CS en aplicación de los capítulos VI y VII de la Carta de la ONU se llevarían a cabo en nombre de los estados y estarían limitadas por los propósitos y principios del tratado.”<sup>186</sup>.

Sin embargo, y pensando en todo lo destacado anteriormente, “no puede concluirse que el surgimiento de la ONU implica la subordinación de los estados a ésta, puesto que la organización no es un supra-Estado. Lo que ocurre en 1945 es el nacimiento del Moderno Derecho Internacional. En efecto, el ordenamiento jurídico dejó de ser un conjunto de reglas jurídicas basadas exclusivamente en la conciliación de intereses de sus partes para constituirse en un único sistema de normas jurídicas que regula las relaciones entre quienes son sus sujetos, integrado por dos subsistemas que coexisten en la práctica. El primero, es el subsistema de coordinación, tradicional, de tipo descentralizado, basado en el acuerdo de voluntades entre estados iguales y soberano que se autorregulan. El segundo se denominará de “cuasi subordinación”, cuyo ámbito de validez material se reducirá a una sola materia: el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. La diferencia entre ambos subsistemas radica en el grado de centralización o descentralización de los mecanismos propios a todo ordenamiento jurídico para la creación y aplicación de sus normas. Prueba de la existencia de un subsistema de coordinación en el Moderno Derecho Internacional es el reconocimiento del principio de la igualdad

---

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>186</sup> *Ibidem*.

soberana de todos los miembros de la ONU (art. 2.1, Carta de la ONU). Por su parte, una clara demostración de la existencia de un subsistema de “cuasi-subordinación” es la centralización del uso de la fuerza en un tercero –el Consejo de Seguridad- que dicta resoluciones obligatorias e impone sanciones efectivas (art. 25, Carta de la ONU).”<sup>187</sup>.

Por su parte, en trabajo de Rey se puede leer que “Aguiar destaca que la Carta de la ONU, a contrapelo de los principios dominantes e incluso en línea contraria a las reglas clásicas del consentimiento mutuo y de la reciprocidad -fuentes legitimadoras del derecho internacional clásico- hizo valer la emergente heteronomía jurídico institucional no sólo frente a los estados partes del estatuto “onusiano” sino también ante estados no miembros de la Organización, tal y como lo revelan, a manera de ejemplos, los artículos 50 y 107 del documento estatutario “onusiano”.”<sup>188</sup>.

Ahora bien, y después de haber analizado la definición y el desarrollo del Derecho Internacional Público, es momento de introducirnos en una de sus ramas, o sea, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este caso, es oportuna la mirada de Eduardo Luis Duhalde, quien nos dice que “cuando hablamos específicamente de DDHH normalmente hacemos referencia al Derecho Internacional de los DDHH y a las obligaciones que los Estados tienen respecto de esos derechos, de preservar su vigencia, de proteger a las personas frente a sus violaciones. Y en esto quiero detenerme un segundo porque en momentos en que la humanidad no terminaba de analizar el horror que significó el nazismo y la Segunda Guerra Mundial, con las consecuencias sobre las poblaciones civiles, ciudades abiertas, etc., cuando todavía resonaban en los oídos los gritos de las víctimas de Auschwitz, cuando aún no se había disipado el hongo atómico en Nagasaki, en Hiroshima, cuando todavía ardían los poblados civiles en los campos de Stalingrado o en Dunkerke, la comunidad internacional, en esto sin distinciones, afrontó la situación, no negó la existencia, no miró para el costado, sino que miró para adelante y dio un formidable salto en el optimismo universal a través de la Declaración Universal de DDHH, que comienza a gestarse en 1945 con la fundación primaria de las Naciones Unidas y que tiene su consagración el 10 de diciembre de 1948.”<sup>189</sup>.

Al respecto, Duhalde afirma que “Ese es el acta fundacional del Derecho Internacional de los DDHH, pero es más que eso, es una respuesta universal y colectiva

---

<sup>187</sup> *Ibídem*, p. 26.

<sup>188</sup> Rey, Sebastián A., *Manual... Op. Cit.*, pp. 38-39.

<sup>189</sup> Duhalde, Eduardo L., *Aportes... Op. Cit.*, p. 148.

frente a la ilegalidad y el horror, que supone anteponer la legalidad, los principios, los derechos y también la memoria. Porque es imposible pensar que producido el reparto del mundo en Yalta, hubiera sido posible esa coincidencia de distintas ideologías políticas, de distintas visiones del mundo, de distintas civilizaciones en una declaración que condensara los derechos fundamentales de los hombres si distinción. Porque una de las características de los DDHH es que son innatos, nacen con la persona humana, son universales, son erga omnes, alcanzan a todos los hombres, son inalienables no se pueden renunciar y son imprescindibles; aún los ciudadanos que no han hecho uso de esos derechos, no por eso los han perdido.”<sup>190</sup>.

En este orden de ideas, podemos leer en un trabajo de Reynaga, que “la Carta de la ONU marcó el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma del modelo de Westfalia, difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. Representó un auténtico pacto social internacional histórico y no metafórico, acto constituyente efectivo y no mera hipótesis teórica o filosófica por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales inter pares, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no es un simple *pactum associationis*, sino además, un *pactum subiectionis*. En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no solo los estados, sino también los individuos y los pueblos.”<sup>191</sup>.

Sin dudas, “Este formidable avance de la humanidad, esta respuesta sobre el horror tuvo una particularidad, nació con una propuesta de occidente, no fueron grupos extremos que utilizaron los DDHH como bandera, fueron el eminente jurista francés, René Cassin, y Ethel Roosevelt, la esposa del Presidente Roosevelt, delegada en Naciones Unidas, los motores de esta declaración donde se conjugaron el interés de occidente (de preservar los derechos individuales) y el interés del llamado bloque socialista (de hacer referencia a los derechos sociales). De ahí nace esta Declaración Universal; luego serán sus pilares, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y también en ese año el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sobre esa tríada se asienta todo el conjunto de tratados, pactos y normas posteriores que componen esas obligaciones que tiene el estado que cumplir, y que nuestro país ha hecho cumplir a partir de la reforma constitucional de 1994. Así se acabó la discusión sobre si los tratados

---

<sup>190</sup> *Ibidem*, pp. 148-149.

<sup>191</sup> Reynaga, Juan C., *Crímen... Op. Cit.*, pp. 256-257.

exigían una ley interna para tener vigencia; ahora forma parte de la Constitución Nacional.”<sup>192</sup>.

Más allá “de lo que significa este conjunto normativo, obligatorio para los estados, los DDHH son algo más que eso, por eso hablamos de su internacionalización, es una filosofía política, es una filosofía de vida, es un elemento sustantivo insoslayable de todo Estado de Derecho; no hay Estado de Derecho sin el compromiso y la vigencia de los DDHH.”<sup>193</sup>.

Indagando y metiéndonos de lleno en la historia, la profesora Elena López Ruf nos explica que “El sistema actual de las relaciones internacionales tuvo su origen en una serie de tratados firmados en la región de Westfalia en Alemania, en 1648, tras un siglo (1550-1560) de conflictos religiosos y políticos en Europa Central que condujeron a la “Guerra de los Treinta Años” (1618-1648).”<sup>194</sup>.

Respecto a “La Cristiandad, entendida como unidad político-religiosa vigente hasta ese entonces, se inspiraba en la doctrina de Agustín de Hipona, de las “dos espadas”, en la cual el poder era administrado por dos autoridades complementarias: el emperador –quien ejercía el poder civil- y el Sumo Pontífice –que ejercía el poder espiritual. La unidad religiosa de la Cristiandad se resquebrajó a partir de la Reforma promovida por Lutero y la expansión del movimiento protestante condujo, mediante enfrentamientos, a la división con la Iglesia de Roma.”<sup>195</sup>.

Paralelamente, “durante el mismo período de tiempo, fueron conformándose una multiplicidad de unidades políticas autónomas. La Paz de Westfalia condujo a un acuerdo práctico que tuvo en consideración estas dos notas esenciales: la diversidad confesional y la multiplicidad de unidades políticas.”<sup>196</sup>.

Entonces, “la Paz de Westfalia se convirtió en un punto de inflexión en la historia de las naciones, al sentar los principios que sostienen el sistema internacional actual, que se caracteriza por: a. apoyarse en un sistema de Estados independientes, soberanos en sus territorios; b. afirmar el principio de no injerencia en los asuntos internos de los otros Estados; c. establecer el derecho de cada Estado a elegir su propia estructura religiosa interna, y d. afirmar un sistema de balance de poder equilibrado. Si un Estado

---

<sup>192</sup> Duhalde, Eduardo L., *Aportes... Op. Cit.*, pp. 148-149.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>194</sup> López Ruf, Elena, “Los Derechos Humanos en la configuración de un nuevo orden mundial: la necesidad de un dialogo intercivilizacional”, en *Estado de derecho y derechos humanos*, Buenos Aires, Educa, 2018, p. 111.

<sup>195</sup> *Ibidem*.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 112.

acepta estos requisitos básicos, puede ser reconocido como un sujeto internacional, mantenimiento al mismo tiempo su propia cultura, política y religión.”<sup>197</sup>.

Dice Elena López Ruf que por “la expansión colonial de los Estados Europeos, el sistema de Westfalia se extendió por todo el mundo como marco para el desarrollo de un orden internacional que, centrado en el Estado, abarca a múltiples sociedades, civilizaciones y regiones diferentes, independientemente de sus respectivas culturas y valores.”<sup>198</sup>.

Conforme se viene diciendo, “La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) proclamada apenas concluida la devastadora experiencia de la Segunda Guerra Mundial, y especialmente del Holocausto, se caracterizó por ser un proyecto de civilización política que pudiera ser compartido por todos los Estados, con el objetivo de lograr un orden estable, equitativo y pacífico. Con la DUDH, como instrumento no vinculante, se inicia el proceso de conformación y desarrollo del actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la creación de diversos sistemas y mecanismos de protección, tanto a nivel regional como global, y marcó un importante paso hacia la determinación de la personalidad jurídica del individuo, como sujeto de Derecho Internacional.”<sup>199</sup>.

Asimismo, nos plantea López Ruf que “La nota de universalidad de los Derechos Humanos enseguida se encontró con un desafío para su concreta aplicación local: la diversidad cultural. ... John Rawls, en su libro *El derecho de gentes*, sostiene que una de las funciones específicas de los Derechos Humanos es la de “fijar un límite al pluralismo entre los pueblos”.”<sup>200</sup>

Rememora López Ruf que “Ya en 2003, el filósofo Jürgen Habermas había señalado con gran agudeza que ante el hecho de que gran parte de los Estados miembros de las Naciones Unidas nacieron del proceso mundial de descolonización iniciado tras 1945, “surgió una conciencia de pluralismo cultural y de cosmovisiones que destruyó el marco del Derecho Internacional europeo y que acabó con el monopolio interpretativo de Occidente en lo que se refiere a los principios del Derecho Internacional”. Además, afirma que no bastó con la ampliación en 1966 del catálogo de Derechos Humanos plasmados en el “Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el “Pacto de Derechos Civiles y Políticos”, la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas

---

<sup>197</sup> *Ibidem*.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

<sup>199</sup> *Ibidem*, pp. 114-115.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 115.

de Discriminación Racial”, sino que “se hizo necesario un dialogo intercultural sobre cómo los principios de la organización mundial misma debían ser entendidos e institucionalizados”.<sup>201</sup>.

Como advertencia final, nos manifiesta Elena López Ruf, que “La concepción liberal de Derechos Humanos acuñada en Occidente es desafiada por los llamados “valores asiáticos”, las culturas tradiciones o indígenas alrededor del mundo, y por las tradiciones religiosas, entre ellas el Islam.”<sup>202</sup>.

Por otro lado, Travieso afirma que “estamos percibiendo que el derecho constitucional del siglo XXI va a ser el DIDH. La constitución ahora no es el único pacto de convivencia, hay nuevos pactos que son los pactos de derechos humanos regionales y universales. Ejemplo de lo expuesto resulta la Carta de la ONU de 1945 con sus disposiciones operativas entre las que se señalan el preámbulo, los propósitos y principios (art. 1º inc. 2 y 3), el respeto universal de los derechos humanos (art. 55), en lo referente a la Asamblea General instando a la colaboración para hacer efectivos los derechos humanos (art. 13 inc. b) y en la facultad del Consejo Económico Social para hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos (Cap. XX). Asimismo señalamos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los pactos de Derechos Humanos de la ONU de 1966, el de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966. Por supuesto en el ámbito regional también hay que señalar el desarrollo normativo del Sistema Europeo con la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica y finalmente, el sistema africano con los diferentes desarrollos jurídicos en materia de derechos humanos.”<sup>203</sup>.

Al respecto, Rey nos manifiesta que pese a todo lo dicho, “Tomuschat considera que recién con los juicios de Nüremberg y la adopción de la Carta de la ONU surge la comunidad internacional como un concepto jurídico que va mucho más allá de una construcción académica. En efecto, la Carta de San Francisco dispone que la comunidad internacional sea quien garantice el nuevo orden público mínimo y necesario para evitar un nuevo derramamiento de sangre.”<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> *Ibidem*, pp. 115-116.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>203</sup> Travieso, Juan A., “*Derecho... Op. Cit.*”

<sup>204</sup> Rey, Sebastián A., *Manual... Op. Cit.*, p. 39.

Parafraseando a la especialista Mónica Pinto, Rey escribe que los cambios mencionados, “ocurren a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando la sociedad internacional devino una comunidad: “Surge una noción vertical, porque existen objetivos, metas comunes y, por consiguiente, las políticas y reglas jurídicas que le siguen, y porque la noción de orden público, de *ius cogens*, fue mayoritariamente aceptada”. Esta idea de valores que debiesen ser tutelados jurídicamente que conformarían una suerte de orden público, era inconcebible en el derecho internacional previo a la ONU.”<sup>205</sup>.

Asimismo, juristas especializados “como Pastor Ridruejo, por su parte, agregan que “los derechos humanos pasaron a integrar las exigencias más elementales de la convivencia en la sociedad internacional, y de ahí que el respeto de los mismos sea una aspiración fundamental del derecho internacional contemporáneo, hasta el punto de que se entiende hoy comúnmente que las normas internacionales sobre protección de los derechos del hombre forman parte en sus aspectos básicos y esenciales -no, por tanto, en todos- del *ius cogens* internacional.”<sup>206</sup>.

Más allá que las normas de *ius cogens* serán tratadas en el capítulo 2, apartado 1.3. de la presente tesis, “basta adelantar que son aquellas normas reconocidas y aceptadas por la comunidad de estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por otra norma que tenga el mismo carácter. A partir de la revolución en la conciencia pública que implica la agresión y las atrocidades cometidas por el régimen nazi durante la Segunda Guerra Mundial y la imposición de la ideología democrática-liberal occidental, las modificaciones que se dan en el derecho internacional al identificar deberes de los estados y de los individuos de respetar la dignidad de todos los seres humanos, sirvieron de fundamento al surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos.”<sup>207</sup>.

En consecuencia, y arribando a uno de los puntos esperados, Rey nos dice que “se puede definir al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como una rama del derecho internacional clásico cuyo objeto es la protección y promoción de las libertades fundamentales del hombre y cuya violación genera responsabilidad internacional estatal.”<sup>208</sup>.

Remarca y explica Rey que si pretendemos “estudiar el contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resulta ineludible que, en primer término,

---

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>206</sup> *Ibidem*.

<sup>207</sup> *Ibidem*.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 41.

se haga referencia a la Carta de la ONU toda vez que “es la primera norma jurídica positiva que consagra obligaciones para los estados en relación con derechos humanos y su incumplimiento le genera responsabilidad internacional”. A modo de síntesis puede señalarse que la Carta de la ONU postula un concepto de derechos humanos con caracteres distintos de los precedentes conocidos en la *lege data* anterior: titularidad excluyente de las personas físicas, universalidad, igualdad, no discriminación, tendencia a la efectividad y a la interdependencia e insinuación del carácter de orden público en razón de la supremacía de la Carta respecto de todo otro tratado.”<sup>209</sup>.

También, la aparición “del derecho internacional de los derechos humanos implicó reconocer al individuo como sujeto del derecho internacional, toda vez que existen normas jurídicas internacionales que regulan directamente su conducta, imputándole derechos y obligaciones internacionales y haciéndolo responsable ante los tribunales por su violación. Esta subjetividad internacional no es originaria sino que derivaría, en lo inmediato, de la voluntad de los estados, y su capacidad o personalidad jurídica es limitada.”<sup>210</sup>.

Pese a que se ha utilizado en muchas oportunidades como sinónimos, Rey afirma que “el moderno concepto de derechos humanos es más amplio que el de libertades fundamentales, vinculado a los textos constitucionales donde se establecía la protección del individuo contra las interferencias de las autoridades públicas.”<sup>211</sup>.

Por tanto, “El concepto de derechos humanos internacionalizado a través de la Carta de la ONU permitió, además, que los estados ya no pudiesen sostener la idea tradicional de sus soberanías como ilimitadas y libres de cualquier control externo y que el respecto de los derechos individuos sea un asunto de carácter doméstico.”<sup>212</sup>.

Sobre la aparición del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Rey nos dice que “no sólo implicó la internacionalización de los derechos humanos sino también su universalización. La internacionalización consiste en el reconocimiento de los derechos mediante tratados internacionales de derechos humanos y en la creación de mecanismos específicos para su protección e institucionalización. Por su parte, la universalización reside en que “estas prerrogativas acompañan al hombre en cualquier lugar que se encuentre”. Pese a lo señalado, no debe perderse de vista que en función de que no existe un “estado mundial” con su propia fuerza policial que pueda hacer cumplir el

---

<sup>209</sup> *Ibidem*, pp. 41-42.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>211</sup> *Ibidem*.

<sup>212</sup> Rey, Sebastián A., *Juicio... Op. Cit.*, p. 30.

derecho internacional, la protección de los derechos humanos descansará, en primer lugar, en los sistemas nacionales de protección y, de modo subsidiario, en las sanciones individuales o colectivas impuestas por otros estados u organizaciones internacionales.”<sup>213</sup>.

Después “de este paso fundacional que representó el régimen de la Carta de la ONU a los efectos de la protección internacional de los derechos humanos se adoptaron una serie de decisiones en el período 1945-1950 tendientes a profundizar la internacionalización de los derechos humanos. Entre ellas debe mencionarse la creación de la Comisión de Derechos Humanos de 1946, la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el ámbito de la Organización de Estados Americanos el 2 de mayo de 1948, la aprobación por la Asamblea General de la ONU de la DUDH el 12 de diciembre de 1948 y la adopción por el Consejo de Europa del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.”<sup>214</sup>.

A propósito de todo lo anterior, es procedente la observación de Bidart Campos que nos dice que “Lo que no debe dejar de subrayarse, en cambio, es que ese derecho internacional de los derechos humanos es un derecho mínimo. ¿Qué significa el adjetivo y, acaso, traduce alguna infravaloración? Nos es sencillo contestar...”<sup>215</sup>.

Por ello, dice Bidart Campos, “entendemos que los tratados internacionales dejan sitio a derechos implícitos y a un mejoramiento de los que esos tratados formulan. Por eso usamos la expresión “derecho mínimo” al aludir al derecho internacional de los derechos humanos: su maximización no puede estimarse frenada, impedida o ignorada por el tratado.”<sup>216</sup>.

Sin dudas, y coincidiendo en este punto con Bidart Campos, podemos alegar que “Todas las fuentes residuales -internas e internacionales- a que atienden normas como las ejemplificativamente transcritas prueban bien a las claras el mentado carácter mínimo que hay que atribuir a cada uno de los tratados internacionales sobre derechos humanos.”<sup>217</sup>.

Sobre el sistema en Europa, Rey nos comenta que su desarrollo sobre el reconocimiento de los derechos humanos fue consecuencia, “de las negociaciones entre los estados, el 4 de noviembre de 1950 se adoptó el CEDH, que entró en vigor tres años

---

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>214</sup> *Ibidem*.

<sup>215</sup> Bidart Campos, Germán, *Teoría... Op. Cit.*, p. 428.

<sup>216</sup> *Ibidem*.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 429.

después. ... debe entenderse que el CEDH fue producto de su época. Ello explica el solemne reconocimiento en el Preámbulo a la primogenitura de la DUDH. El sistema europeo de protección de los derechos humanos se perfeccionó con posterioridad al final de la Guerra Fría cuando la Asamblea Parlamentaria desarrolló una nueva política al momento de admitir nuevos estados de exigirles la ratificación del CEDH y la aceptación de los mecanismos de control allí establecidos.”<sup>218</sup>.

Rey narra que “La primera etapa en la evolución histórica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se extendió hasta, al menos, la adopción en 1966 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este período, en el ámbito universal también se adoptaron la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1963). Buergenthal define este período como la consolidación normativa del derecho internacional de los derechos humanos dado que si bien hasta el día de hoy este proceso continúa, en esos primeros veinte años se volvió irreversible.”<sup>219</sup>.

La segunda etapa empieza “a fines de la década de 1960 y se prolonga por alrededor de veinte años. Su característica principal es la creación de mecanismos de protección de los derechos humanos ya sea a través de procedimientos especiales como los creados por las Resoluciones 1235 (XLII) y 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social de la ONU, o por medio de órganos de aplicación de tratados de derechos humanos tanto regionales como universales.”<sup>220</sup>.

La etapa aludida concuerda asimismo “con un proceso de “sectorialización” de los derechos humanos, mediante el cual la comunidad internacional, tras haber proclamado algunos textos generales de amplio alcance, ha empezado a ocuparse de problemas específicos -el trabajo forzado, la igualdad entre los sexos, la libertad sindical y religiosa- o de categorías de individuos específicas -las mujeres, los refugiados, los apátridas, los niños-.”<sup>221</sup>.

Respecto al “sistema africano, debe mencionarse que el contexto que rodeó la adopción de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) resultó particular debido a la actitud complaciente de los estados africanos con respecto a los regímenes dictatoriales de las décadas de los 60 y 70, por lo que principios como la no

---

<sup>218</sup> Rey, Sebastián A., *Manual... Op. Cit.*, p. 45.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>220</sup> *Ibidem*.

<sup>221</sup> *Ibidem*, pp. 46-47.

injerencia en los asuntos internos y la seguridad e integridad territorial de los estados miembros de la Unión Africana adquirieron singular importancia. Esto motivó que al adoptarse la Carta de la Organización de la Unidad Africana en 1963 no se hiciera referencia a la protección y promoción de los derechos humanos.”<sup>222</sup>.

Desde ese momento, y por distintas causas endógenas y exógenas, “y especialmente la bipolarización ideológica del continente como resultado de la Guerra Fría, condujeron a la adopción recién el 27 de julio de 1981 de la CADHP -también denominada “Carta de Banjul”- como un documento de concesiones o compromiso. Una clara prueba de ello era la limitada competencia que se le atribuía a la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y el hecho de que toda la CADHP no hiciera mención en ninguna parte a la democracia como requisito para la promoción de los derechos humanos.”<sup>223</sup>.

Apoyándose en Kabunda Badi, Rey nos dice que “la CADHP es un claro reflejo de la falta de voluntad de los dirigentes africanos de comienzos de la década de los 80 de limitar el poder del Estado...”<sup>224</sup>.

De forma distinta a “los sistemas europeo e interamericano donde las Cortes fueron parte integral del sistema de protección de los derechos humanos, en el caso africano esta tarea estaba a cargo de la Comisión, un órgano cuasijudicial basado en la experiencia del Comité de Derechos Humanos. Por otra parte, su dependencia política, financiera y logística con respecto a la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno le quitó credibilidad y operatividad ante la comunidad internacional. La poca garantía e ineficiencia que ofrecía la Comisión respecto de las graves violaciones de derechos humanos individuales en el continente y los genocidios y limpiezas étnicas de los últimos 30 años motivaron que en 1998 se creara una Corte que complementaría la labor de la Comisión y cuyas decisiones serían vinculantes.”<sup>225</sup>.

Además, hay que tener presente, “que el Consejo Ejecutivo de la Unión Africana intentó integrar en un solo Tribunal a la Corte Africana de Justicia y a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Pese a ello, el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos entró en vigor el 25 de enero de 2004. Los once jueces que la integran prestaron juramento el 2 de julio de 2006; el 20 de junio de

---

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>223</sup> *Ibidem*.

<sup>224</sup> *Ibidem*.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 48.

2008, la Corte adoptó su Estatuto y a fines del 2009 dictó su primera ... sentencia: CADHP, *Michelot Yogogombaye v. Senegal*, Application n° 001/2008, Judgement, 15 de diciembre de 2009.”<sup>226</sup>.

Respecto “al continente asiático, debido a la enorme heterogeneidad de sus estados y también al amplio escepticismo respecto de los derechos humanos, no ha desarrollado un sistema regional de protección de derechos humanos. Los escasos esfuerzos sub-regionales -como aquellos realizados por la Liga Árabe- no han implicado un gran avance en la materia.”<sup>227</sup>.

Por otra parte, Rey nos relata que “En 1981, el Consejo Islámico de Europa - institución privada con asiento en Londres- adoptó la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos, sobre la cual se basó la Organización de la Conferencia Islámica en 1990 para aprobar en la Ciudad de El Cairo la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam. Este texto, no vinculante para los estados, contiene todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluidos en la DUDH y en los tratados relevantes de la ONU. Sin embargo, todos los derechos y libertades mencionados se encuentran subordinados a la Sharia Islámica, que también sirve como la única fuente de interpretación de estos derechos.”<sup>228</sup>.

Referido al mundo Árabe, Rey nos ilustra que “el Consejo de la Liga Árabe adoptó en 1994 la Carta Árabe de Derechos Humanos que fue revisada el 22 de mayo de 2004 en la reunión realizada en Túnez. Este tratado entró en vigor el 15 de marzo de 2008. En lugar de establecer un tribunal internacional como órgano de aplicación del nuevo tratado, se decidió establecer un Comité Árabe de Derechos Humanos que recibiera informes de los Estados parte sobre la situación de los derechos humanos y que pudiera dictar observaciones y recomendaciones.”<sup>229</sup>.

A propósito del mundo árabo-islámico, se puede leer en la obra de Raffin que “‘existe una contradicción radical entre los derechos humanos proclamados en el plano universal y las normas musulmanes en la medida en que los Estados musulmanes se rehúsan a hacer prevalecer las normas universales sobre las normas divinas, lo cual significaría cometer blasfemia respecto de su autor (Alá). Mientras que para el derecho positivo no existe jerarquía entre las normas jurídicas de derecho internacional, para los

---

<sup>226</sup> Rey, Sebastián A., *Juicio... Op. Cit.*, pp. 35-36.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>228</sup> *Ibidem*.

<sup>229</sup> *Ibidem*.

Estados musulmanes, al contrario, existe una jerarquía tal que la Sharia se impone sobre cualquier norma obligatoria de derecho internacional’.”<sup>230</sup>.

A fin de concluir con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debemos realizar una sintética referencia a las Conferencias Mundiales de Derechos Humanos.

En principio, debemos aludir a “La Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos [que] se celebró en Teherán del 22 de abril al 13 de mayo de 1968 para examinar los progresos logrados en los veinte años transcurridos desde la aprobación de la DUDH y preparar un programa para el futuro. Entre otras cosas, la Conferencia Internacional exhortó a todos los pueblos y gobiernos a consagrarse a los principios contenidos en la DUDH, afirmando que “como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible.”<sup>231</sup>.

Mediante la Declaración de Viena de 1993, según Rey dice que la distinción que existía entre las generaciones de derechos humanos fue clausurada, por cuanto se habían adoptado los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

## **6. La responsabilidad internacional en materia de derechos humanos.**

Con toda claridad, la doctrina especializada nos dice “que es “un principio básico del derecho internacional que toda violación del derecho internacional por un Estado entraña la responsabilidad internacional de éste. El hecho internacionalmente ilícito de un Estado puede consistir en una o varias acciones u omisiones o en una combinación de ambas cosas”.”<sup>232</sup>.

Respecto “a los elementos constitutivos de un hecho internacionalmente ilícito, debe señalarse que, en primer lugar, el comportamiento debe poder atribuirse al Estado en virtud del derecho internacional y, en segundo, para poder atribuir la responsabilidad del hecho al Estado, el comportamiento debe constituir una violación de una obligación jurídica internacional que incumbe a ese Estado en ese momento.”<sup>233</sup>.

Por tanto, es evidente “que todo hecho internacionalmente ilícito genera consecuencias jurídicas para los estados. Empero existe un principio general de derecho que consiste en que éstas no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de

---

<sup>230</sup> Raffin, Marcelo, *La experiencia... Op. Cit.*, p. 44.

<sup>231</sup> Rey, Sebastián A., *Juicio... Op. Cit.*, pp. 36-37.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 246.

cumplir la obligación violada. Por ello, el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado a ponerle fin, si ese hecho continúa y a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición -que implican un reforzamiento positivo del cumplimiento futuro-, si las circunstancias lo exigen. Asimismo, el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado -tanto los daños materiales como los morales-, pudiendo adoptar la reparación la forma de restitución, indemnización y/o satisfacción.”<sup>234</sup>.

Sin embargo, también debemos señalar que no solo los Estado tienen responsabilidad internacional frente a los ilícitos internacionales o delitos contra la humanidad, sino también se puede dar la responsabilidad individual o de organizaciones internacionales, como por ejemplo los procesos en los que es competente la Corte Penal Internacional (CPI), que abordaremos más adelante con mayor profundidad.

Finalmente, siguiendo a Riera, podemos decir que “[d]e la conexión entre la responsabilidad **‘individual’** y las responsabilidades **‘del Estado’** u **‘organizaciones internacionales’** se puede trazar una graduación, de mayor a menor, de la lesividad internacional en función del instituto de la prescripción: 1. Delitos internacionales graves (agresión, crimen de guerra, genocidio y delitos de lesa humanidad). 2. Delitos de derecho doméstico que conllevan la responsabilidad internacional del Estado por graves violaciones a los derechos humanos (ejecución extrajudicial, tortura, desaparición forzada, etcétera). 3. Delitos de derecho doméstico que entrañan la responsabilidad internacional del Estado por violaciones no graves a los derechos humanos. 4. Delitos de derecho doméstico que no provocan la responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos humanos. 5. Hechos ilícitos no criminales que entrañan la responsabilidad internacional del Estado por violaciones no graves a los derechos humanos. 6. Hechos ilícitos no criminales que no entrañan la responsabilidad internacional del Estado.”<sup>235</sup>

## **7. Conclusiones previas.**

En el presente apartado daremos nuestras conclusiones previas sobre el presente capítulo 2, a saber:

A lo largo de esta sección, pudimos abordar el nacimiento y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tema de suma relevancia para la presente tesis.

---

<sup>234</sup> *Ibídem*.

<sup>235</sup> Riera, Ramiro, *La Prescripción en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, p. 296.

Para ello, fue necesario ubicar y recordar el Derecho Internacional Público (DIP), por cuanto del mismo surgen las ramas del Derecho Internacional (DI), es decir, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional Penal (DIP), para poder concluir que las mencionadas ramas junto a su tronco forman un bloque jurídico de protección a los Derechos Humanos.

Entonces, se puede concluir que toda violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), por parte de los Estados y sus agentes, genera su inmediata responsabilidad estatal internacional como consecuencia de la comisión de un ilícito internacional que afecta y conmueve a toda la comunidad internacional, debiendo ser juzgados, castigados y los daños reparados.

Finalmente, también debemos concluir, que dicha responsabilidad internacional, también se puede dar en diferentes Sistemas Regionales de protección de Derechos Humanos respecto a los individuos u organizaciones internacionales, como por ejemplo en el Estatuto de Roma.

## Capítulo 3

### Los Delitos de Lesa Humanidad

#### 8. Historia y definición de los delitos de lesa humanidad.

Para poder abordar el objeto científico de la presente tesis doctoral, es necesario no solo analizar la “definición” de los delitos de lesa humanidad, sino también su “historicidad”, es decir, conocer sus antecedentes, formación y consolidación a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y lo que va del siglo XXI, tanto en el plano internacional como nacional.

En ese camino, trataremos de identificar los antecedentes o influencias directas o indirectas que recibieron los delitos de lesa humanidad en su historia, que nos permitirán evidenciar su bien tutelado.

Por lo tanto, hablaremos de los derechos humanos, en consecuencia, para “comprender debidamente los valores, pretensiones y postulados éticos-políticos que son la esencia de los derechos humanos, éstos deben ser analizados y debidamente evaluados desde el punto de vista histórico, ya que la dimensión histórica de los derechos humanos es uno de los requisitos necesarios para entender tanto el sentido actual que tienen, como las claves principales de su evolución jurídica.”<sup>236</sup>.

En consecuencia, para poder comprender la esencia y la existencia de los delitos de lesa humanidad, es imprescindible recuperar su historia.

Entonces, debemos indagar y conocer sus orígenes y desarrollo, o sea, remontarnos al Derecho Natural, al Derecho de Gentes y al *Ius Cogens*.

Es por ello, que en el presente capítulo abordaremos en primero al Derecho Natural, segundo al Derecho de Gentes, tercero al *Ius Cogens*, y finalmente en el cuarto lugar a los Delitos de Lesa Humanidad.

#### 8.1. El derecho natural.

Relata Santiago Lagarre que “Los antiguos consideraban que la naturaleza no se rige solo por leyes físicas, esas que pueden comprobarse empíricamente en un laboratorio; al estudiar las costumbres y las leyes humanas, dichos filósofos argumentaban que hay, además, una normatividad de otro tipo, no física sino “moral” (como la llamaríamos hoy), en virtud de la cual costumbres y leyes son pasibles de un juicio ético, bondad o maldad. Más tarde, en la era cristiana, se consolidaron las expresiones “ley

---

<sup>236</sup> De Dienheim Barriguete, Cuanhtémoc M., *Constitucionalismo... Op. Cit.*, p. 22.

natural” y “Derecho Natural” para hacer referencia a esa normatividad objetiva, no convencional y no escrita.”<sup>237</sup>.

En la tragedia griega representada por el poeta trágico **Sófocles** encontramos en su obra de teatro “Antígona”, quizás “el acta fundacional de la reflexión iusnaturalista”<sup>238</sup> encarnada por el personaje que le da título a la obra.

Lo dicho anteriormente, lo podemos leer en el siguiente fragmento de la obra referida, en donde el personaje Creonte representaría al derecho positivo y Antígona al derecho natural, a saber:

“CREONTE.- ¿Y, a pesar de ello, te atreviste a transgredir estos decretos?

ANTÍGONA.- No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron. No iba yo a obtener castigo por ellas [transgredirlas] de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno.”<sup>239</sup>.

La doctrina especializada nos refiere que el “... derecho natural o “iusnaturalismo” es un enfoque filosófico del derecho, basado en la aceptación de que existe una serie de derechos del hombre, naturales y universales, superiores o independientes respecto del ordenamiento jurídico positivo, y que son, incluso, la razón de la existencia de tal ordenamiento. Se alude al derecho inherente a la naturaleza humana, constituido por principios rectores de la conducta humana, que los seguidores de esta corriente consideran como eternos e inmutables.”<sup>240</sup>.

El Derecho Natural es la “expresión utilizada para denotar el orden justo por sí mismo, que inspira y se sitúa por encima del Derecho positivo. Mientras el Derecho natural posee validez y eficacia jurídica por sí mismo, la validez del Derecho positivo depende de una norma legal vigente. El Derecho natural, desde una perspectiva teológica, escolástica, sostiene que la ley natural es aquella que participa de la ley eterna y ordena la conducta de la criatura racional, llamándose así porque lo que manda o prohíbe lo hace en razón de la naturaleza del hombre, y el ser humano posee conocimiento por la sola fuerza

---

<sup>237</sup> Legarre, Santiago, “La recuperación del derecho natural para la fundamentación de los derechos humanos”, en *Estado de derecho y derechos humanos*, Buenos Aires, Educa, 2018, p. 58.

<sup>238</sup> Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 2016, p. 136.

<sup>239</sup> Sófocles, *Antígona*, España, Planeta DeAgostini, 1995, p. 35.

<sup>240</sup> Lorenzetti, Ricardo L., y Kraut, Alfredo J., *Derechos humanos: justicia y reparación*, Buenos Aires, Sudamericana, 2011, p. 35.

de la razón y es una misma e igual para todos los hombres y en todos los lugares y épocas.”<sup>241</sup>.

Sobre la idea de la prevalencia del Derecho Natural por sobre el Derecho Positivo, entendido a éste como una categoría de un Derecho particular subsidiario de aquél, Max Ernest Mayer nos dice que “esta idea fundamental se mantiene, a través de distintas variaciones, desde hace dos mil años. **Aristóteles** fue quien dio el tono. En su *Ética* distingue entre lo justo por naturaleza y lo justo por determinación legal, y afirma que, puesto que una ley no puede establecer sino las reglas generales, que no siempre se confirman en la vida, el Derecho natural debe corregir las leyes cuando la regla no se adapte al caso. En esta corrección radica la esencia de la equidad.”<sup>242</sup>.

En base a lo anterior, nos relata Pestalardo que “El tema del derecho natural y del derecho positivo corresponde a la primera y principal división del derecho. **Aristóteles** dice en la *Ética*: De lo justo político una parte es natural y otra legal. Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Legal es lo que en un principio es indiferente que sea de este modo o del otro, pero una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente.”<sup>243</sup>.

Asimismo, “Santo Tomás, por su parte, enseña que “el derecho o lo justo es algo adecuado a otro conforme a cierto modo de igualdad”. Y ello puede ser de dos maneras: primero por naturaleza; segundo, por convención o por orden del príncipe. Lo primero es derecho natural y lo segundo es derecho positivo.”<sup>244</sup>.

O sea, “el derecho positivo debe respetar siempre al derecho natural. Ello equivale a decir que el hombre debe respetar su propia naturaleza, esto es, respetarse a sí mismo, a su propio ser y a su identidad natural.”<sup>245</sup>.

Pestalardo nos concluye que “el derecho natural está constituido por un conjunto de principios normativos que, si bien no son muchos en cantidad, sí son fundamentales, porque no podrían ser desconocidos ni contrariados por ningún ordenamiento jurídico positivo. En caso de que esto ocurriera, se destruiría toda posibilidad de una convivencia justa entre los hombres. Es que al disponer algo contrario al derecho

---

<sup>241</sup> De Santo, Víctor, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*, 20XII Grupo Editorial, 2012, p. 366.

<sup>242</sup> Mayer, Max E., *Filosofía del Derecho*, Editorial Labor S.A., Madrid, 1937, p.27.

<sup>243</sup> Pestalardo, Silvio P., *Justicia, derecho y ley*, Buenos Aires, Educa, 2010, p. 79.

<sup>244</sup> *Ibidem*.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 80.

natural, el legislador humano no haría otra cosa que atacar a la propia naturaleza del hombre.”<sup>246</sup>.

Sobre **Cicerón**, al respecto podríamos ubicarlo cercano o dentro de las filas iusnaturalismo, ya que de acuerdo el jurista romano el concepto de la ley “es la razón fundamental, ínsita en la naturaleza, que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario”. Se trata, añade, de una “razón extraída de la naturaleza de las cosas, que impelía a obrar rectamente y apartaba del crimen”, la cual es “la esencia de la naturaleza humana, el criterio racional del hombre prudente, la regla de lo justo y de lo injusto”. En este horizonte, es “expresión de aquella naturaleza original que rige *universalmente*” y que, por lógica, se transforma en “modelo de las leyes humanas”<sup>247</sup>.

Sobre el origen de la ley, Cicerón “En clara reminiscencia a Sófocles, expresa que se trata de una ley “sempiterna”; que “nace y nació en el mismo espíritu de Dios” ya que “nació para todos los siglos, antes de que escribiera ninguna ley o de que se organizara ninguna ciudad”<sup>248</sup>.

Cerrando su análisis sobre la vinculación de Cicerón con el derecho natural, Renato Rabbi-Baldi Cabanillas dice “A mi juicio, lo hasta aquí expuesto proporciona elementos suficientes para una instancia crítica sobre el contenido de las normas positivas que gobiernan la convivencia social. Pero hay más: unidas estas reflexiones a las aristotélicas sobre la equidad, encuentro también criterios de inestimable valor con vistas a la constitución de una teoría general de las leyes positivas. Y a este último respecto, no es inapropiado recordar que CICERÓN precisa que “las leyes se inventaron para salvación de los ciudadanos”, por lo que solo pueden llamarse tales a las disposiciones que se “hicieran y sancionaran con ese fin”. Por ello, añade, “en el mismo sentido de la palabra ‘ley’ está ínsito en substancia el concepto de saber seleccionar lo verdadero y justo”, de donde las leyes injustas no son sino el “acuerdo de unos bandidos”. ”<sup>249</sup>.

Al respecto, podemos citar cuatro versiones relevantes del Derecho Natural a nuestro parecer, a saber:

### **8.1.1. El Derecho Natural Escolástico Español.**

Recordemos que en “...la Europa del siglo XVI se desarrollaba el proceso político y teológico provocado por la Reforma protestante de Lutero y Calvino; en España los miembros del clero católico conformaban lo que se denominó la Escuela de Salamanca

---

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>247</sup> Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Op. Cit.*, p. 147.

<sup>248</sup> *Ibidem*.

<sup>249</sup> *Ibidem*, pp. 148-149.

o “tardía” o “Escolástica Española” o “Escuela Española” o “Escuela Castellana de Derecho Natural”.<sup>250</sup> Asimismo, su “... creación responde a la necesidad política de contrarrestar la acción del luteranismo y dotar a Carlos I de España y V de Alemania, en la conquista del “Nuevo Mundo”...”<sup>251</sup>, de una doctrina respaldatoria a dicha empresa.

Al respecto, en la ciencia jurídica encontramos que “los clásicos de Salamanca fueron quienes difundieron el signo y la doctrina de los “derechos naturales”, mucho antes que el protestante holandés Hugo Grocio. Para Lareui, el error de atribuirle la paternidad del derecho natural a Grocio data de los tiempos de Barbeyrac (1674-1744), quien prologa la obra de Pufendorf y resalta la supuesta creación de Grocio.”<sup>252</sup>.

Podemos ver que “Hans Thieme señala que Josef Kohler, en su trabajo “Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. Und 17. Jahrhunderts”, exhortaba a sus lectores a no recurrir a Hugo Grotius, “...al que suele calificarse de fundador del derecho natural, sino a los maestros españoles del derecho natural de los siglos XIV y XVII, bajo cuyo cuidado conserva la doctrina su plena frescura...”<sup>253</sup>.

Recordemos que los iusnaturalistas clásicos españoles estaban conformados por tres grupos, a saber: Los “dominicos: Montesinos, con Bartolomé de Las Casas, Francisco de Vitoria, Domingo Bañes, Domingo de Soto, Cano; La jesuítica: Francisco Suárez, Luis de Molina; y La independiente: Covarrubias, Ayala, Fernando Vázquez de Menchaca, entre otros.”<sup>254</sup>.

Se sabe que “el dominico Bartolomé de las Casas fue quien más utilizó el signo lingüístico “derechos naturales” inspirado en la filosofía aristotélica y en las tesis de la teología católica de Tomás de Aquino.”<sup>255</sup>.

También “inicio así la defensa de los “derechos naturales” de los indígenas con sus obras la “Historia de las Indias”, el “Tratado sobre el único modo de atraer a los pueblos a la verdadera religión...”<sup>256</sup>, por ejemplo. Aludiendo a todo lo anterior, y “en otras palabras, “dar y conservar en su derecho al otro”, con el fin de alcanzar el bien común de los hombres. Así el “derecho natural” hacía emerger ciertos derechos subjetivos que debían ser respetados por la misma ley civil o derecho positivo.”<sup>257</sup>.

---

<sup>250</sup> Díaz, Carlos A., *La imprescriptibilidad Penal y Resarcitoria de los Crimines de Lesa Humanidad*, Librería de la Paz, 2006, p. 37.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p.38.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p.39.

<sup>253</sup> *Ibidem*.

<sup>254</sup> *Ibidem*.

<sup>255</sup> *Ibidem*.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p.40.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p.39.

Se conoce que “esta concepción denominada luego por la doctrina “iusnaturalismo racionalista”, implicaba la libertad (inherente e imprescriptible en el tiempo); universalidad, porque está en todas partes; y por consiguiente, la igualdad de los seres humanos de todos los pueblos y razas, sin distinción entre unos y otros, ya que todos cumplían la definición de “animal racional”, que compete exclusivamente al hombre. Son, por tanto, derechos naturales que se dan en todos los hombres, en todo el planeta, sin discriminación alguna, sin distinción de grados ni jerarquías; se dan con equidad, ya que es el derecho que se desprende de la naturaleza humana –lo que es conforme a la razón natural-, que es igual en todos y común a todos.”<sup>258</sup>.

### **8.1.2. El Derecho Indiano y la Doctrina Española de los Derechos Humanos.**

Tengamos presente que “la doctrina de Salamanca se incorpora a la legislación española a través de las “Leyes y Nuevas Ordenanzas y declaración de ellas para la gobernación de las Indias”, realizadas en Valladolid el 4 de junio de 1.543.”<sup>259</sup>.

Específicamente “en su ley 4° del Título 1° del Libro II, incorpora los derechos consuetudinarios básicos y autóctonos, pero no expresamente el concepto “Derecho Natural”, otorgándoseles a esas leyes y costumbres no escritas, o sea consuetudinarias, “el mismo valor que a los viejos fueros castellanos naturales”<sup>260</sup>.

Es importante saber que “las leyes y costumbres no escritas indígenas que...se conservaron...por los conquistadores, inspiraron a la formación conceptual iusnaturalista e influyeron en la legislación indiana; incluso, muchas de ellas han continuado hasta nuestros días....”<sup>261</sup>.

Se destaca que “estos derechos naturales, en gran parte, fueron positivizados o juridizados a través de normas dispersas que la recogían: leyes, reales cédulas, ordenanzas y pragmáticas.”<sup>262</sup>.

### **8.1.3. El proceso de la defensa de la Dignidad Humana.**<sup>263</sup>

---

<sup>258</sup> *Ibidem*, pp.40-41.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>260</sup> *Ibidem*.

<sup>261</sup> *Ibidem*.

<sup>262</sup> *Ibidem*.

<sup>263</sup> Domínguez Benavides, Alejandro A., *El concepto de dignidad humana en el derecho indiano: influencias en la historia constitucional argentina*, presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley Natural y Dignidad Humana. UCA. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/concepto-dignidad-derecho-indiano-dominguez.pdf> [Fecha de consulta: 1 /07/2018].

En la doctrina especializada encontramos que “El primero de estos pasos fue el sermón pronunciado por el dominico fray Antonio de Montesinos en la Iglesia de La Española el primer domingo de adviento de 1511. En presencia de las autoridades de la isla, dijo, entre otras, estas reflexiones que han pasado a la historia: *¿Con qué derecho, con qué justicia teneis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras, mansos y pacíficos, donde tan infinitos de ellos, con muertes y estragos nunca oídos, habéis consumido? ¿Cómo los teneis tan opresos y fatigados, sin dalles de comer y sin curados de sus enfermedades? (...) ¿Estos no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? (...) ¿Esto no entendeis? (...) ¿Esto no sentís? (...) Tened en cuenta que en el estado que estáis no os podéis mas salvar que los moros o turcos que carecen y no quieren la fe de Cristo.* El segundo paso: a raíz de las intervenciones de Montesinos se planteó el problema de la legitimidad de la soberanía de Castilla en las Indias, y esto llevó al rey Fernando el Católico a convocar una junta en Burgos, con la intervención de los consejeros reales. De esta salieron las Ordenanzas o Leyes de Burgos, promulgadas el 27 de diciembre de 1512. Y el tercero lo hallamos en la aprobación por parte del Emperador Carlos V de las Ordenanzas sobre el buen tratamiento a los indios y manera de hacer nuevas conquistas, provisión que fue aprobada en Granada el 17 de noviembre de 1526 a raíz de que las islas se despoblaban rápidamente y la evangelización tropezaba con la mala conducta de los colonos y en los abusos de los encomenderos.”<sup>264</sup>.

Continuando con el trabajo histórico citado anteriormente, podemos enterarnos también, que en “**Las Ordenanzas o Leyes de Burgos:** Las deliberaciones burgalesas terminaron con una declaración "compuesta de siete principios, el primero de los cuales reconocía que los indios eran libres". Las ordenanzas reunieron 35 disposiciones, las primeras en la materia. No fueron, desde luego, la respuesta que hubiera deseado Montesinos.”<sup>265</sup>.; y además que “Las protestas de muchas autoridades civiles y religiosas, y la campaña emprendida por fray Bartolomé de las Casas: condujeron a la sanción de las Nuevas Leyes de 1542-43, con las cuales se quiso suavizar el tratamiento de los indios eliminando al mismo tiempo la principal causa de su explotación.”<sup>266</sup>.

Finalmente, siguiendo la investigación histórica referida, se destaca que “No hay en el mundo —señala Vicente Sierra— otra legislación de tipo social semejante a la

---

<sup>264</sup> *Ibidem.*

<sup>265</sup> *Ibidem.*

<sup>266</sup> *Ibidem.*

que se expidió en defensa del indio como trabajador, que arranca de las Leyes de Burgos y se prolonga sobre todo durante el siglo XV. Muchos de los preceptos de esta legislación y su espíritu, pasaron más tarde a formar el Derecho laboral de los países de América, y muchos de sus mandatos a inscribirse en su Derecho Constitucional. Parecerán como un triunfo logrado en los nuevos tiempos y producto de las nuevas reivindicaciones sociales, cuando en realidad figuraban en los Cedularios desde el siglo XVI. Los derechos del trabajo forman, dentro de la legislación indiana, los conceptos más avanzados que en los últimos años se hayan incorporado a la legislación universal, destacando los conceptos de justicia social y justicia distributiva y una vinculación de Derechos humanos, jamás completada en otras Leyes de la época.”<sup>267</sup>.

#### **8.1.4. La concepción actual del Derecho Natural.**

El jurista Carlos Alberto Díaz nos dice que “la afirmación de que la fuente normativa es el derecho internacional humanitario positivizado, permite establecer un método de análisis para colegir lo que es legal de lo que no lo es, rescatando lo más valioso del Derecho Natural.”<sup>268</sup>.

Entonces, además de ser un método de análisis, Díaz prosigue diciendo que “las proposiciones normativas comienzan a ser vinculadas con la visión ética de la justicia como escalón superior al del derecho, lo cual, en el campo de los derechos humanos, permite una conciliación de su tutela con la aplicación de los principios democráticos participativos.”<sup>269</sup>.

Podemos decir que la diferencia esencial entre el iusnaturalismo clásico y el iusnaturalismo moderno racionalista “... radica en que el segundo desconoce la importancia del factor histórico en la ordenación de la vida social.”<sup>270</sup>.

Al respecto, Rendón Vásquez nos explica que “en la República Federal Alemana inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, se observó en algunos autores un retorno al Derecho Natural, como una tentativa de dejar atrás el recuerdo del orden nazi y sus crímenes. Gustav Radbruch adoptó esta posición y dijo: “La ciencia del derecho debe reflexionar nuevamente sobre la milenaria sabiduría que afirma que existe un derecho superior a la ley, un derecho natural, un derecho divino, un derecho racional, según el cual la injusticia es siempre injusticia aun cuando se la vacié en las formas de una

---

<sup>267</sup> *Ibidem*.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>269</sup> *Ibidem*.

<sup>270</sup> Sánchez de Loria Parodi, Horacio M., *Las ideas políticas – jurídicas de Fray Mamerto Esquiú*, Buenos Aires, Editorial Quorum EDUCA, 2002, p. 9.

ley; un derecho ante el cual el fallo pronunciado de acuerdo con una ley injusta, no es justo sino injusto”. Hanz Welzel señala como los Tribunales de Frankfurt y de Wiesbaden aplicando esta teoría declararon que una ley que autorizaba la expropiación sin indemnización “violaba el derecho natural” y era nula; y que el Tribunal de Wuppertal no admitió una pena mínima por robo de tres meses de prisión por cuanto “Por encima de la ley positiva está la conciencia absoluta del deber del juez penal ante el derecho y la moral”<sup>271</sup>.

Sobre los dos derechos aludidos, se puede decir que “superación y síntesis que hace que ambos derechos, el natural y el positivo, se impliquen y compenetren. Por ello, de acuerdo con las afirmaciones que solía propugnar Renard, el derecho natural justifica y orienta el derecho positivo, es su fundamento y brújula, mientras que el derecho positivo desarrolla las posibilidades históricas del derecho natural.”<sup>272</sup>.

Lagarre nos comenta que “El reconocimiento que realizó John Finnis hace casi treinta años refleja un sentimiento compartido por muchos modernos y contemporáneos. El profesor de Oxford deslizó que para él durante mucho tiempo el Derecho Natural no había sido más que “superstición y oscuridad”. Fue Finnis, precisamente, uno de los artífices claves del rescate del Derecho Natural de esas sospechas y quien revitalizó su estudio en el mundo de habla inglesa en los siglos veinte y veintiuno. ... se los llamó teóricos del nuevo Derecho Natural.”<sup>273</sup>.

Ahora bien, y refiriéndonos a las características del iusnaturalismo actual, el iusfilosofo Vigo, nos explica que, “Seguramente por las implicaciones metafísicas o confesionales a las que tradicionalmente se vincula el rótulo de “iusnaturalista”, éste genera resistencias y, por eso, se ha extendido la abarcativa definición negativa del “no positivismo”, a la que recurre, entre otros, Robert Alexy. Este prejuicio está claramente más difundido en la cultura europea y en especial en el mundo hispanoparlante, donde incluso se ha vinculado al iusnaturalismo con ciertas posturas políticas. Dejando de lado prejuicios o circunstancias históricas o personales que no comprometen de por sí a la misma teoría, estimamos que las más clásicas versiones iusnaturalistas pueden coincidir con las modernas iusfilosofías no-positivistas en postular ambas la tesis de que el derecho no está constituido solo por lo que así se ha dispuesto por la sociedad o por sus autoridades, sino que hay “algo” jurídico cognoscible que vale como tal aunque no se lo haya reconocido o

---

<sup>271</sup> Réndon Vásquez, Jorge, *El derecho como norma y como relación social. Teoría general del derecho*, Lima, Edial, 2000, p. 251.

<sup>272</sup> Portela, Jorge G., *La Justicia y el Derecho Natural*, Buenos Aires, EDUCA, 2016, p.137.

<sup>273</sup> Legarre, Santiago, *Op. Cit.*, p. 59.

dispuesto socialmente. Por supuesto que esa juridicidad indisponible, *per se o proprio vigore*, recibe una fundamentación o nombres muy diversos, incluso algunos fuertemente metafóricos; así, mencionemos: el aristotélico “*dikaión phisikón*”, el romano “*ius naturale*”, el escolástico “derecho o ley natural”, “principios jurídicos o principios” (Dworkin), “*moral rights*” o “derechos humanos” (Nino), “umbral de injusticia o injusticia extrema”, “*extremes Unrecht ist kein Recht*” (Alexy), “bienes humanos básicos” (Finnis), “coto vedado” (Garzón Valdés), “justicia” (Villey), etc.”<sup>274</sup>.

Finalmente, Vigo nos refiere sobre las ventajas actuales del iusnaturalismo actual, como serían el humanismo del derecho, el respaldo a la realidad jurídica, la “no insularidad del derecho” y la riqueza epistemológica, tal como enseña en sus obras.

## **8.2. El Derecho de Gentes o Ius Gentium.**

En una primera aproximación, diremos que “el *ius gentium*, el derecho de gentes, en un sentido restringido comprende las instituciones del derecho romano de las que pueden participar los extranjeros, que tenían tratos con Roma y sus ciudadanos (*cives*), por lo que supone una complementación del *ius civile*, para aplicarlo con individuos que no ostentaran la ciudadanía romana. En las *Institutas de Gayo*, se establece la distinción entre el *ius civile* y el *ius gentium*. Así en dichas *Institutas* se define el Derecho Civil como el derecho propio de la ciudad, el derecho que cada pueblo establece para sí. En cambio, el derecho común de todos los hombres, el derecho que usan todas las naciones, se llama, Derecho de Gentes, *ius gentium*. A partir de Grocio, se entiende por derecho de gentes la norma no escrita que regula las relaciones entre los Estados o las relaciones entre los ciudadanos de diferentes Estados, o sea, el derecho natural internacional.”<sup>275</sup>.

### **8.2.1. Los primeros antecedentes históricos.**

Siguiendo al jurista chaqueño Carlos Alberto Díaz, podemos encontrar antecedentes históricos en China, la India, en Medio Oriente, en Egipto, como en la Antigua Grecia o en el Imperio Romano.

Por ejemplo, en **CHINA**, Lao Tsé y Confucio (519-479 a.c.), y particularmente éste último “... influye en el tema de la paz, condena la guerra como un mal, sosteniendo, que por excepción, se aprobará la guerra si es justa contra un Estado que oprime a un

---

<sup>274</sup> Vigo, Rodolfo L., *Iusnaturalismo... Op. Cit.*, p. 19.

<sup>275</sup> Lorenzetti, Ricardo L., y Kraut, Alfredo J., *Op. Cit.*, p. 14.

pueblo. Demarca los límites morales del poder del Estado y alaba políticas que se alcanzan por medios pacíficos.”<sup>276</sup>.

En el caso de la **India**, “... se dicta el denominado Código de Manú, que era una compilación de normas jurídicas y morales, hecha 100 años antes de la era cristiana. Se destacaban algunas descripciones sobre las prácticas de guerra, aún cuando parece referirse a las luchas tribales del pueblo Hindú. Se considera la guerra justa como algo inevitable. “Un guerrero digno se supone que no ataca al enemigo dormido, o que ha perdido su escudo o esta desarmado, o se ha dado a la huida”. Establecía un antecedente de respeto a la población civil en caso de conflicto armando al mandar respetar las plantaciones o cultivos, a las moradas y a los propios cultivadores de la tierra.”<sup>277</sup>.

Respecto a las tierras de **Medio Oriente** tal como las conocemos en la actualidad, “... se desarrollaron, en la antigüedad, una gran cultura en Babilonia y el imperio de los Hititas que en lo jurídico se plasman en códigos como el de Hammurabi, escrito en 1675 a.c. y descubierto en 1.902 en escritos cuneiformes. Pero, desde antes – año 3100 a.c.- data el tratado más antiguo de que tenga cuenta la humanidad, el de Eannatur, victorioso señor de la ciudad-estado de Lagash y los hombres de Humma, otra “ciudad-estado” de la misma región. Hay quienes afirman que dicho tratado traía una cláusula de arbitraje. Habiéndose señalado los límites de Lagash y Humma por Misilin rey de la comunidad Kisch. Los hititas realizaron una alianza con Babilonia y una política de neutralidad. Es de notar que los tratados alcanzaron fórmulas estables, protocolos y ceremonias definidas.”<sup>278</sup>.

En **Egipto** se destaca que “las relaciones entre los Hititas y los egipcios, en 1272 a.c. dio origen a la firma, entre Ramses II y Khattuschill III de los Hititas, de un tratado redactado en el idioma arcadio babilónico, lenguaje diplomático de la época. Las partes signatarias acordaron normas de extradición a que quedaban sujetos los enemigos internos de cada país que buscaran refugio en el otro. Muestra este tratado un sentido humanitario, lo que hace contraste con las prácticas de la época. Respaldaba la obligatoriedad del cumplimiento del juramento religioso.”<sup>279</sup>.

En la **Antigua Grecia** “Atenas, Argos y Esparta formaron pequeños estados, caracterizados por el de la liga de ciudades. Ésta se basaba en la coexistencia de numerosos estados-ciudad (polis) abarcaba mucho más que la comunidad política que era

---

<sup>276</sup> Díaz, Carlos A., *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>278</sup> *Ibidem*.

<sup>279</sup> *Ibidem*.

regulada por la vida religiosa en torno al templo de los dioses así como las anficionías o reuniones de confraternización de las polis helénicas. El derecho surge como concepción religiosa, pero el sofisma trajo el racionalismo del derecho, predominando como encarnación de la voluntad del Estado que, en la denominada democracia ateniense, correspondía a la voluntad de la mayoría solamente de aquellos que eran considerados ciudadanos. Para los griegos había una neta diferencia en los derechos entre helenos y los extranjeros que denominaban bárbaros. Para los primeros regía del derecho internacional entre estados griegos, para los segundos el “comita gentium”, esto es, usos y costumbres discriminatorios. Para proteger los intereses de las ciudades estados se crearon los “proxenos”, en cabeza de domiciliados, se institucionalizó el “metecos”, que era el extranjero residente; se instituyó el derecho de ciudadanía de los extranjeros, el derecho de la ciudad de origen, el principio del derecho de paso por tierras de los mares ribereños, la declaración de la forma justa de declarar la guerra, los tratados sobre prisioneros, la entrega de cadáveres de los enemigos para recibir honras fúnebres en su patria, el asilo en los templos, todo esto basado en antiguas prácticas jurídicas “praeter lege”.<sup>280</sup>.

En **Roma**, es decir, en el Imperio Romano “... se estableció la diferenciación entre el “civitatis” y el “gentile o extrangeri”, lo que origina el “ius civilis” y el “ius gentium”. Pero en sus relaciones con los otros pueblos, los tratados fueron un simple medio de expansión y sometimiento de su soberanía. (“foedera non eaque”). Para los romanos la guerra terminaba por el aniquilamiento militar del adversario, o por la ocupación del país que se conquistaba con la rendición incondicional, o por un tratado con claro dominio de la voluntad del soberano de Roma. Hubo algunos tratados con los pueblos a los cuales Roma no pudo dominar que eran de alianza, paz, amistad y hospitalidad en los que se concedía a los súbditos el derecho de residir en territorio romano (“Foedora eaque”). Tuvo allí origen la institución del “uti posidetis juris” que sirvió de regla para señalar las fronteras de los nuevos estados latinoamericanos producto de la descolonización de España en América.”<sup>281</sup>.

También encontramos otros antecedentes, como la **Carta Magna de 1215** que “Fue, en parte producto de la resistencia que la aristocracia y los Ministros de la Iglesia le hacen al Rey Juan Sin tierra, en Inglaterra, obligándolo a pactar una serie de concesiones, creándose un Concilium o parlamento sin cuyo permiso, el rey no podía crear tributos. Se crea la institución del “habeas corpus”, determinándose el privilegio que

---

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>281</sup> *Ibidem*, pp. 49-50.

establecía que la aristocracia sólo podía ser juzgada por sus pares. Posteriormente se dicta la **“Petition of Right”** y el **“Bill of Right”**, en 1688, dándose paso de una monarquía absolutista a una monarquía parlamentaria. Se amplían y se conceden nuevos derechos a la aristocracia y a la burguesía naciente, se organiza el parlamento en Cámara de los Lores y de los Comunes y se hace una partición del poder sentándolo en el Concilium.”<sup>282</sup>.

Otro antecedente más lo encontramos en la persona de **Francisco de Vitoria (1486-1546)**, “Dominico salamantino, obispo de Tucumán y catedrático de Teología. Se lo considera como uno de los fundadores del Derecho de Gentes.”<sup>283</sup>

Para Vitoria, “el Derecho de Gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y el convenio de los hombres sino que tiene verdaderamente fuerza de ley. “El orbe todo – decía- en cierta manera, forma una república, tiene poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como las del derecho de gentes... Y ninguna nación puede crearse menos obligada al derecho de gentes porque está dado por la autoridad de todo el orbe.”<sup>284</sup>.

Asimismo, otro precedente relevante es **Francisco Suárez (1548-1617)**, atento que “El valor de la obra de Suárez radica en la descripción de las características esenciales del Derecho de Gentes, su fundamento sociológico y metafísico, al decir “la razón esencial de esta parte del derecho consiste en que el género humano, aunque dividido en reinos y naciones diferentes, tiene sin embargo, cierta unidad no sólo específica, sino también cuasi política y moral, que resulta del precepto natural del amor y de la caridad mutua que debe extenderse a todos, aún a los extranjeros... Así como en una ciudad o en una provincia la costumbre introduce el derecho, así las costumbres han podido introducir el Derecho de Gentes en la universalidad del género humano.”<sup>285</sup>.

Continuando con los precedentes, vemos en la figura de **Hugo Grocio (1583-1645)** un claro ejemplo de ello. Por ello, recordamos que Grocio “... escribe el “*iuri belli ac pacis*”. Propone que debe haber un derecho para la paz y un derecho para la guerra, para demostrarle a la humanidad que no obstante el conflicto y las hostilidades entre estados, éstos no se encuentran libres del dominio del derecho en su coexistencia y en sus determinaciones.”<sup>286</sup>.

Al respecto, **John Locke (1632-1704)**, “Introduce la tesis de que el poder no proviene de la naturaleza, como decía Aristóteles, ni de Dios a través del rey, sino de un

---

<sup>282</sup> *Ibidem*, pp. 52-53.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>284</sup> *Ibidem*.

<sup>285</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>286</sup> *Ibidem*, pp. 54-55.

contrato que hacen hombres libres, racionales, para fundar un poder limitado; “el origen del poder somos nosotros mismos”, decía. “Tú tienes tanto poder cuanto yo te he dado”. ... Fundamenta la transición de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional. Constituye la base ideológica del concepto de libertad para justificar la presencia del régimen capitalista, como etapa superadora del feudalismo”<sup>287</sup>.

Entonces, el profesor Portela nos dice que “ciertamente, para Locke el estado de naturaleza es un estado de perfecta libertad pero es también un estado de igualdad. Nuestro autor presenta en su teoría ciertos rasgos propios de un iusnaturalismo de tipo racionalista: en ese estado de naturaleza, en donde existe, como vimos, una situación de libertad, no existe, sin embargo, una absoluta licencia para hacer cualquier cosa, porque hay un límite impuesto por la ley natural: “Y la razón, que es esa ley, enseña a todos los humanos que se molesten en consultarla que al ser todos iguales e independientes, nadie puede perjudicar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones”. Aparece también aquí cierto rasgo de lo que **Kant** denominará el “principio de universalidad”: De la misma manera que cada uno está obligado a preservarse y no abandonar su puesto cuando le venga en gana, por la misma razón, cuando no está en juego su propia conservación, tiene el deber de preservar al respecto de la humanidad, tanto como pueda y, al menos que se trate de hacer justicia a alguien que sea culpable, nadie puede arrebatarse ni perjudicar la vida de otro, ni privarle de nada que favorezca la conservación de la vida, la libertad, o la salud de los miembros o los bienes de otro. Como puede notarse, en el estado de naturaleza, los hombres conservan o son dueños de ciertos derechos, que podríamos llamar, en la aceptación moderna del término, “fundamentales”: el derecho a la vida, o a la propiedad, a la libertad, a la salud.”<sup>288</sup>.

Norberto Bobbio “... resume la concepción lockeana: considerar al Estado una asociación surgida del común acuerdo de los ciudadanos para proteger sus derechos naturales, lo que se pone de manifiesto en el *Segundo ensayo*: La finalidad del gobierno es el bien de los hombres; ¿qué es mejor para la humanidad: que el pueblo se encuentre siempre expuesto a la tiranía o que los gobernantes se expongan alguna vez a la oposición cuando se excedan en el empleo de su poder y lo utilicen para destruir y no para conservar las propiedades del pueblo?”.<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> *Ibidem*, pp. 55-56.

<sup>288</sup> Portela, Jorge G., *Orígenes y desarrollo histórico del contractualismo político*, Buenos Aires, EDUCA, 2012, p.53.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p.54.

A propósito de ello, el filósofo italiano Paolo Lamanna explica que “el Tratado del Gobierno Civil de Locke es la formulación teórica del constitucionalismo liberal que se afirmó en Inglaterra después de la Revolución de 1698, en contraste con la formulación del absolutismo dada en el Leviathan de Hobbes.”<sup>290</sup>; y continúa diciendo “ahora bien, el estado de naturaleza le falta regularidad y certeza en el ejercicio de los poderes de defensa y de punición; falta una autoridad superior que pueda resolver las controversias e imponer la reparación de las ofensas. Esto es lo que determina a los individuos a pasar al estado civil; y he aquí el *pacto social*, que constituye el poder soberano del Estado. Pero –y en esto insiste Locke para negar la legitimidad del absolutismo- los individuos no se han despojado de todos sus derechos, sino tan sólo del de defensa y el de hacer justicia. ... El poder soberano del Estado debe encontrar su límite en el mismo fin para el cual ha sido instituido: o sea la tutela de los derechos individuales, la defensa de lo que el individuo tiene propio, vida, libertad, bienes.”<sup>291</sup>.

Por otra parte, es interesante la “**Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia**” de EE.UU: “Esta Declaración del 12 de junio de 1776 consagraba el derecho a la vida, a la libertad, a buscar la felicidad, a la igualdad, a la propiedad, a la seguridad, a la resistencia a la opresión. ... Geroge Nichols señalaba en la convención ratificatoria del estado de Virginia que el derecho de gentes (law of nations) no había sido decretado por ninguna nación en particular; que no había algo así como un particular derecho de gentes, sino que el derecho de gentes era permanente y general. Era superior a cualquier acto o ley de cualquier nación; implicaba el consentimiento de todas ellas, y era mutuamente vinculante con todas, entendiéndose que era para común beneficio de todas, porque se había reconocido ya la importancia del Derecho de Gentes.”<sup>292</sup>.

A su turno, vemos que la **Revolución Francesa de 1789** “Institucionalizó los principios de Libertad, Igualdad y Fraternidad, a través de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.”<sup>293</sup>.

### **8.2.2. El comienzo de la normativa del derecho de gentes.**

**8.2.2.1.** Al respecto, la **Convención de Ginebra de 1864** establece “El conjunto de normas relativas a la regulación de la guerra, al uso de la fuerza y al trato de prisioneros, denominado generalmente como “leyes y usos de la guerra” adoptó, hasta la

---

<sup>290</sup> Lamanna, E. Paolo, *De Descartes a Kant*, en Historia de la Filosofía III, Hachette, Buenos Aires, 1964, p. 212.

<sup>291</sup> *Ibidem*, p.213.

<sup>292</sup> Díaz, Carlos A., *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 58.

segunda mitad del siglo XIX, la forma de derecho consuetudinario. Henri Dunant, nacido en la ciudad de Ginebra el 8 de mayo de 1828 y fallecido el 30 de octubre de 1910, fue propulsor de la Alianza Mundial de las Asociaciones Cristianas de Jóvenes, fundada en París en 1855, y autor principal de su carta constitutiva y de la Convención de Ginebra de 1864.”<sup>294</sup>.

Recordemos que el precedente “... de esta última lo encontramos en los acontecimientos del 24 de junio de 1859, en que tuvo lugar la batalla de Solferino, en el norte de Italia, durante el transcurso de la guerra entre Francia y Austria, que produjo más de 40.000 víctimas entre muertos y heridos. Henri Dunant, que se encontraba en la zona, acudió al campo de batalla, entre otras personas, habitantes de localidades cercanas, tratando de prestar ayuda a los numerosos heridos ante la insuficiencia de los servicios sanitarios de los ejércitos.”<sup>295</sup>.

Al respecto, en el año “... 1862 Dunant publicó un libro titulado “Mis recuerdos de Solferino”, que causó un gran impacto en la sociedad europea. En él planteo el objetivo de organizar los medios necesarios para auxiliar a las víctimas de los conflictos armados, preparando el personal y los equipos médicos para asistirlos, a cuyo fin propuso que en tiempos de paz, en cada país se organizarán sociedades que se prepararan para disponer de los medios de socorrer a los heridos en tiempo de guerra. La idea de Henri Dunant fue apoyada en la ciudad de Ginebra por el General Guillaume-Henry Dufour; el abogado Gustavo Moynier y los médicos Luis Appia y Théodore Maunoir. El 17 de Febrero de 1863 en Ginebra, fundaron el “Comité Internacional de Socorro a los Heridos Militares”. En el mismo año, el Comité organizó la I Conferencia Internacional de Ginebra a la que asistieron dieciséis países; constituyéndose el Comité Internacional de la Cruz Roja, y adoptando, como símbolo de la entidad, una cruz roja sobre blanco, el cual es el equivalente al emblema nacional suizo, con los colores a la inversa. Un objetivo primordial de ese emblema, fue que pudiera distinguir a las personas y vehículos que, en medio de las acciones de guerra, cumplen funciones de asistencia a los heridos; de manera que no fueran atacados por ninguno de los bandos en conflicto.”<sup>296</sup>.

Vale tener presente, que desde la “... Convención de Ginebra de 1864 comienza un proceso de normalización sistemática y agrupada en tratados de leyes y usos de la guerra mediante la adopción, por parte de gran cantidad de países miembros de la

---

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>295</sup> *Ibidem*, pp. 60-61.

<sup>296</sup> *Ibidem*, pp. 60-61.

comunidad internacional, de una serie de instrumentos que, como sucede generalmente en el ámbito del derecho internacional, tienen la característica de ser la cristalización de los principios jurídicos ya reconocidos y aceptados en el campo no contractual, antes que instrumentos generadores de derecho.”<sup>297</sup>.

En consecuencia, “La suscripción, de tales convenios, no anulaba ni derogaba los principios y obligaciones surgidos a través de cientos de años del derecho no contractual, sea el derecho natural o el derecho de gentes consuetudinario, ni limitaba la vigencia de los mismos, sino todo lo contrario, tenían y tienen la cualidad de ratificar al denominado derecho internacional consuetudinario.”<sup>298</sup>.

**8.2.2.2.** Por su parte, en la **Declaración de San Petersburgo de 1868** “... se limitó el uso de ciertos proyectiles explosivos e incendiarios, se afirmó que ellos eran contrarios “a las leyes de la humanidad.”<sup>299</sup>.

**8.2.2.3.** Asimismo, la “**cláusula Martens**”, de la **Convención de La Haya de 1899**, estableció “En el Preámbulo de la II Convención de La Haya de 1899, a propuesta del delegado ruso Fiódor Fiódorovich Martens, se consignó que hasta tanto “... un Código más completo de la leyes de la guerra pueda ser proclamado, las altas partes contratantes juzgan oportuno constatar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes queden bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como ellos resultan de las costumbres establecidas entre Naciones civilizadas, así como de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.”<sup>300</sup>. Con ello daba a luz la cláusula Martens.

Debemos resaltar, “... que una de las consecuencias más importantes de la “Cláusula Martens” es que a partir de ella, la costumbre se torna vinculante y exigible dentro del Derecho Internacional. Dicha cláusula se reiteró en la IV Convención de La Haya de 1907 y, en términos similares, fue introducida en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 al establecerse que la denuncia de los Convenios “no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios del derecho de Gentes, tales y como resultan de los usos establecidos entre Naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.”<sup>301</sup>.

---

<sup>297</sup> *Ibídem*, p. 61.

<sup>298</sup> *Ibídem*.

<sup>299</sup> D’Alessio, Andrés J., *Los delitos de lesa humanidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 2.

<sup>300</sup> Díaz, Carlos A., *Op. Cit.*, p. 62.

<sup>301</sup> *Ibídem*.

Es importante destacar la existencia de la “cláusula Martens”, ya que la misma “... tiene hoy vigencia porque reafirmó el principio que los Derechos Humanos, e incluso antes de que tengan este anunciado, y por ello no están limitados a un marco contractual ni temporal, sino al valor y la permanencia de aquellos principios superiores, más allá de cualquier Convención y no están limitados por el marco de las mismas, por lo tanto son imperativas, previa a cualquier ordenamiento interno de los Estados y externa de los Tratados Internacionales. Esta cláusula es el antecedente de los arts. 43 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”<sup>302</sup>.

Por su lado, D’Alessio nos relata que “poco antes del fin del siglo XIX, la inclusión de la “cláusula Martens” en el Preámbulo II a la Convención de La Haya sobre el Derecho y Costumbre de la Guerra Terrestre también prefiguró el concepto de crímenes de lesa humanidad por su remisión a “los principios del derecho internacional, como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y los requerimientos de la conciencia pública.”<sup>303</sup>.

**8.2.2.4. Los “Principios de Nüremberg”** surgen a “comienzos de la Segunda Guerra Mundial, por las violaciones cometidas por tropas alemanas de ocupación en Polonia, Yugoslavia y Grecia, los Aliados dictan en Londres, la declaración del 13 de enero de 1941 que disponía: “Entre los objetivos principales de los Aliados se cuenta el castigo de los responsables de estos crímenes, bien porque los hayan ordenado, cometido personalmente o participado de su ejecución. En octubre de 1942, EE.UU., Gran Bretaña y la Unión Soviética crean, en Londres ... la Comisión Interaliada para el enjuiciamiento de los Crímenes de Guerra. En ella se hacía una distinción entre criminales de guerra comunes, que serían juzgados en los países donde hubiera cometido los crímenes, y los responsables políticos, que serían juzgados por un tribunal aliado creado especialmente. ... Al finalizar la contienda, el 8 de agosto de 1945, fue adoptado el Estado del Tribunal Militar Internacional, que debía juzgar a los que denominaban “grandes criminales” por cuatro cargos distintos: 1. Conjura ... 2. Crímenes contra la paz: ... 3. Crímenes de guerra: ... 4. Crímenes contra la humanidad: los acusados habían ordenado crímenes definidos como el asesinato, exterminio, esclavización o deportación de numerosas minorías o de cualquier población civil previa persecución de base política, racial o religiosa, violando o no las leyes de los países donde estos tuvieron lugar.”<sup>304</sup>.

---

<sup>302</sup> *Ibidem*, pp. 62-63.

<sup>303</sup> D’Alessio, Andrés J., *Op. Cit.*, p. 2.

<sup>304</sup> Díaz, Carlos A., *Op. Cit.*, pp. 63-64.

El jurista Zuppi afirma que “la formulación de los principios originariamente fue colocada en manos del Sexto Comité de la Asamblea General de la O.N.U. como parte de la tarea mayor de desarrollar la codificación del derecho internacional que decidió confiar su redacción a la C.D.I. Entre junio y julio de 1950 cumpliendo un requerimiento de la Asamblea General de 1947, la C.D.I. elaboró los llamados *Principios de Nuremberg*<sup>305</sup> como *codificación* de las conclusiones del Tribunal Militar y de los principios contenidos en la Carta de aquél. Ellos han servido, en opinión de alguna doctrina, como un hito en el desarrollo del derecho penal internacional aunque quizás sea más justo reconocer que no han sido tenidos especialmente en cuenta por los relatores de este desarrollo.”<sup>306</sup>.

Díaz nos recuerda que “muchos años después, en su Informe sobre la constitución de un Tribunal Internacional encargado de juzgar a “las personas presuntamente responsables de violaciones graves del derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia” desde 1991, el Secretario General de la O.N.U. enumeró, en forma no taxativa, varias convenciones que en su opinión forman parte del Derecho Internacional consuetudinario, a saber: el Reglamento de La Haya de 1907, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 1945, el Convenio sobre el Crimen de Genocidio de 1948, los Convenios de Ginebra de 1949. La

---

<sup>305</sup> Son una guía para determinar cuando estamos en presencia de crímenes de guerra, contra la paz o contra la humanidad, a saber: PRINCIPIO I. Cualquier persona que cometa actos que constituyan un crimen bajo las leyes internacionales será responsable y por consiguiente sujeto a castigo. PRINCIPIO II. El hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales. PRINCIPIO III. El hecho de que una persona que ha cometido un acto que constituye un crimen bajo las leyes internacionales sea Jefe del Estado o un oficial responsable del Gobierno no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales. PRINCIPIO IV. El hecho de que una persona actúe bajo las órdenes de su Gobierno o de un superior no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales, siempre que se demuestre que tenía posibilidad de actuar de otra forma. PRINCIPIO V. Cualquier persona acusada de un crimen bajo las leyes internacionales tiene el derecho de un juicio justo ante la ley. PRINCIPIO VI. Los crímenes que se enumeran a partir de aquí son castigables como crímenes bajo las leyes internacionales: (a) Guerra de agresión: (i) La planificación, preparación, iniciación o comienzo de una guerra de agresión, o una guerra que viole los tratados internacionales, acuerdos o promesas; (ii) La participación en un plan común o conspiración para el cumplimiento de cualquiera de los actos mencionados en (i). (b) Crímenes de Guerra: Las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra que incluyen, pero no están limitadas a, asesinato, trato inhumano o deportación como esclavos o para cualquier otro propósito de la población civil de un territorio ocupado, asesinato o trato inhumano a prisioneros de guerra, a personas sobre el mar, asesinato de rehenes, pillaje de la propiedad pública o privada, destrucción injustificada de ciudades, pueblos o villas, o la devastación no justificada por la necesidad militar. (c) Crímenes contra la humanidad: Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra. PRINCIPIO VII. La complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad tal y como fueron expuestos en los Principios VI, es un crimen bajo las leyes internacionales.

<sup>306</sup> Zuppi, Alberto L., *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional. El camino hacia la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2002, pp. 84-85.

constatación por el Secretario General del carácter consuetudinario de estos instrumentos ratificó, una vez más, el carácter vinculante para todos los Estados miembros conforme al art. 25 de la Carta de la O.N.U., pues el Consejo de Seguridad aprobó el Informe del Secretario General sin ninguna reserva.”<sup>307</sup>.

**8.2.2.5. La Convención de Ginebra de 1949** en “El IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto del año 1949, en su art. 3, contempla disposiciones básicas –aplicables a todo conflicto armado, incluyendo a los no internacionales o internos y con relación a “las personas que no participan directamente en las hostilidades”- que prohíben “en cualquier tiempo y en cualquier lugar”, entre otras acciones: 1. Atentar contra la vida y la integridad corporal, en especial el asesinato en todas sus formas, las mutilaciones; 2. En la lista de infracciones figuran en cada Convención el homicidio intencionado, la tortura y los tratos inhumanos, incluidas las experiencias biológicas, el hecho de causar intencionadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud.”<sup>308</sup>.

### **8.2.3. El Derecho de Gentes en la legislación y la doctrina argentina.**

Nos comenta el jurista chaqueño que “el “Derecho de Gentes” fue reconocido tempranamente en la legislación argentina, tomando como antecedente el art. 117 de la Constitución de Venezuela. El art. 118 de la Constitución Nacional receptó esta fuente y reconoció la competencia de los jueces nacionales para juzgar conforme al derecho de gentes (art. 4 de la ley 27 y art. 21 de la ley 48, ambas de la legislación argentina). Ello implicó admitir la existencia de un cuerpo de normas fundadas en decisiones de tribunales nacionales, tratados internacionales, derecho consuetudinario, opiniones de juristas, que constituyen un orden común de las que se denominaban entonces las naciones civilizadas. ... Utiliza en varios pasajes la definición de guerra como un “crimen de lesa humanidad” por el que deberían responder penalmente sus autores, lo que llevaría, según su opinión, a que su repetición fuera excepcional.”<sup>309</sup>.

Al respecto, Bidart Campos dice “Que en 1853-1860 los delitos contra el derecho de gentes, así denominado en el ex art. 102, fueran pocos y diferentes a veces a los que hoy se incluyen en esa categoría (equiparable, a nuestro criterio, con la de delitos o crímenes de lesa humanidad), no tiene importancia alguna, porque aquel art. 102 –ahora 118- de la Constitución Nacional Argentina no enumeró ni definió este tipo de delitos, con lo que la interpretación dinámica de la constitución que tiene señalada la jurisprudencia de

---

<sup>307</sup> Díaz, Carlos A., *Op. Cit.*, p. 67.

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>309</sup> *Ibidem*, pp. 68-69.

la Corte Suprema y la mejor doctrina, bien permite, y hasta obliga, a tomar en cuenta las valoraciones progresivas que históricamente han ido dando acrecimiento a la tipología delictual aludida. Hemos, por ende, de rechazar toda esclerosis interpretativa que ignore o desvirtúe el sentido actual del art. 118 en el fragmento que estamos comentando. En el mismo sentido se pronuncia Sagües, para quien los crímenes contra la humanidad deben entenderse comprendidos en la norma constitucional en análisis. Explica que "...los delitos "iuris gentium" no tienen ni pueden tener contornos precisos. Su listado y tipología es forzosamente mutable, en función de las realidades y de los cambios operados en la conciencia jurídica prevaleciente" y concluye en que: "El art. 102 in fine de la Constitución Nacional es una auténtica cláusula abierta, en el sentido que capta realidades de su época (realidades mínimas ya que el catálogo de delitos "juris gentium" era en ese momento reducido) y realidades del presente como del futuro (puesto que engloba a figuras penales posteriores a su sanción). Resulta pues una norma de avanzada y de insospechada actualidad. Carlos Colautti menciona como antecedente de la norma a la Aliens Action for Tort Act que formaba parte de la Judiciary Act norteamericana de 1789, y el art. 117 de la Constitución de Venezuela de 1811. A favor de una interpretación dinámica de la cláusula constitucional, Colautti trae el ejemplo de la "interesante interpretación evolutiva de los principios generales del Derecho Internacional" que hizo el tribunal de distrito de los Estados Unidos de Norteamérica, que conoció en el caso "Filártiga" sobre la base de la Alien Action for Tort Act, cuando expresó: "Los tribunales deben interpretar la ley internacional no como era en 1789, sino como ha evolucionado y existe hoy entre las Naciones del mundo. La interpretación dinámica del derecho de gentes, la ha sostenido invariablemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que, desde antiguo, no sólo ha aplicado el derecho de gentes en numerosos casos que le ha toca resolver, sino que lo ha hecho interpretando a tal derecho conforme éste ha ido evolucionando. Esta interpretación dinámica del derecho de gentes llevó al fallo más trascendente sobre derechos humanos en la República Argentina, en el caso Simón, del 14 de junio del año 2005 que declara la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final así como de cualquier tipo de amnistía por crímenes de lesa humanidad, a la vez que ratifica la imprescriptibilidad de dichos crímenes."<sup>310</sup>.

Alberdi nos explica que "lo que se llama el *derecho de gentes* es el derecho humano visto por su aspecto más general, más elevado, más interesante. Lo que parece

---

<sup>310</sup> *Ibidem*, pp. 71-73.

excepción tiende a ser la regla general y definitiva, como las *gentes*, que para el pueblo romano eran los *extranjeros*, es decir, la excepción, lo accesorio, lo de menos, tienden hoy a ser el todo, lo principal, el mundo.”<sup>311</sup>. ... El derecho es uno para todo el género humano, en virtud de la unidad misma del género humano. La unidad del derecho, como ley jurídica del hombre: ésta es la grande y simple base en que debe ser construido todo el edificio del derecho humano.<sup>312</sup> ... El derecho humano es la regla común y general; el derecho nacional o civil es la vanidad excepcional de esa regla.”<sup>313</sup>.

El jurista Mattarollo nos habla de que “la obra, que se publicó póstuma (1895), se adelantó mucho tiempo a los principios de Nuremberg. Veamos este juicio de Alberdi: Es así que los generales son responsables de las cosas que se ha hecho bajo su mando; y que los soldados que han concurrido a algún acto común –por ejemplo, el incendio de una ciudad- son responsables solidariamente. Todo lo que distingue al soberano moderno del soberano de otra edad es la responsabilidad. En esta parte el soberano se acerca de más en más a la condición de un Presidente de República, por la simple razón de que un soberano moderno es un soberano democrático [...]. Cuando los medios son bárbaros y salvajes, es imposible admitir que la guerra pueda tener fines civilizados.”<sup>314</sup>.

### **8.3. El *Ius Cogens*.**

El profesor Zuppi haciendo historia nos refiere que “en 1937 un artículo de Verdross intentaba probar que en el derecho internacional existían reglas que tenían la característica de pertenecer al derecho imperativo o *ius cogens* que los tratados no podían contradecirlas. Sostenía que el propio poder que tienen los Estados para concluir acuerdos es en principio ilimitado, *salvo que se afecten disposiciones que tienen naturaleza de derecho imperativo u obligatorio*. La Comisión de Derecho Internacional codificó este principio en el art. 37 del Proyecto de Convención sobre Derecho de los Tratados estableciendo los antecedentes de lo que sería más tarde el art. 53 de la Convención de Viena. En las discusiones entre los miembros de la Comisión integrada por notables juristas como Lachs, Tunkin y Waldock entre otros, se intentó encontrar un criterio uniforme para reconocer una norma de derecho imperativo. A pesar de las diferencias entre los miembros, se puede coincidir que las reglas del derecho imperativo o *ius cogens* son reglas absolutas y no sirven para satisfacer las necesidades de los Estados individuales

---

<sup>311</sup> Alberdi, Juan B., *El Crimen de la Guerra*, La Plata, Terramar, 2007, p. 62.

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>313</sup> *Ibidem*, pp. 62-63.

<sup>314</sup> Mattarollo, Rodolfo, “Tres pioneros del derecho internacional humanitario en la región: Andrés Bello, Juan Bautista Alberdi y José Martí”, en *“Noche y niebla” y otros escritos sobre derechos humanos*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2010, p. 268.

sino el interés más alto de la comunidad internacional.<sup>315</sup> ... La recepción del principio por parte de la doctrina internacional al poco tiempo de la sanción de la Convención, no fue pacífica. Cuando se comparaba el significado y contenido del concepto del derecho obligatorio internacional con las propias disposiciones del derecho interno, se encontraban fórmulas que los académicos califican como vagas o indefinidas, que asimilaban al concepto de derecho imperativo o *ius cogens*, con el doméstico de orden público, o aun con otras formas más cercanas al derecho anglosajón como lo que se conoce como *strict law*. Quizás en estas divergencias puede explicarse que la Convención de Viena entrara en vigor recién once años después, el 27 de enero de 1980, cuando alcanzó el número requerido de 35 Estados que la ratificaran como impone su art. 84, aunque hoy es entendida hasta por la propia jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como una fuente primaria fuera de toda discusión sobre derecho de los tratados.”<sup>316</sup>.

El Dr. Juan C. Maqueda en su voto en la causa “Simón”<sup>317</sup> en los siguientes considerandos, dijo:

“45) ... 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”<sup>318</sup>.

“46) ... Se considera que la violación de esas normas conmueve la conciencia de la humanidad y obligan a diferencia del derecho consuetudinario tradicional a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el

---

<sup>315</sup> Zuppi, Alberto L., *Op. Cit.*, pp. 80-81.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p.82.

<sup>317</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete)”, exp. n° 17.768, 14/06/2005.

<sup>318</sup> *Ibidem*.

reconocimiento o la aquiescencia (párrafo 49, con cita de CIDH, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Informe Anual de la CIDH 1987, párrafo 5).<sup>319</sup>

“48) Que esta doctrina relacionada con obligaciones internacionales de un rango superior que prevalecen sobre las normas legales nacionales existía ya antes de la Segunda Guerra Mundial y posteriormente recibió el apoyo de diversos publicistas de derecho internacional en el sentido de que la prohibición de ciertos crímenes internacionales reviste el carácter de *ius cogens* de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho...”<sup>320</sup>; y,

“49) Que el *ius cogens* también se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos estados. Lo que el antiguo derecho de gentes castigaba en miras a la normal convivencia entre Estados (enfocado esencialmente hacia la protección de los embajadores o el castigo de la piratería) ha derivado en la punición de crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad... El castigo a ese tipo de crímenes proviene, pues, directamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por alguna de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores.”<sup>321</sup>.

Con claridad se dice que “precisamente las normas del *ius cogens* reconocen la existencia de *principios morales fuertemente arraigados en la conciencia jurídica de la humanidad*, de los cuales no cualquier norma internacional va a formar parte. En el caso concreto, esta conciencia moral de la humanidad, o conciencia jurídica universal, establece

---

<sup>319</sup> *Ibidem*.

<sup>320</sup> *Ibidem*.

<sup>321</sup> *Ibidem*.

para el Estado obligaciones imperativas e indisponibles frente a la comisión de determinados tipos de delitos, estén o no plasmados en un instrumento jurídico.”<sup>322</sup>.

Por lo tanto, “estas normas de *ius cogens* son superiores a cualquier otra que las contradiga; como consecuencia de esta subordinación, cualquier disposición en contrario ya que sea de nivel internacional o interno será nula y esto constituye uno de los atributos fundamentales que se le reconocen al *ius cogens*.” “(nota 245) Esta idea de que existen normas de *ius cogens*, es fuertemente resistida, precisamente porque, como señala Luis Alberto ZUPPI, esta idea, mina decididamente la noción de un Estado omnipotente que no acepta subordinación alguna fuera de la de su propia voluntad.”<sup>323</sup>.

En conclusión, “...se reconoce la existencia de un conjunto de normas del derecho internacional que forman parte del *ius cogens* y por lo tanto son universales, obligatorias, inderogables, que tutelan los derechos fundamentales del ser humano. A partir de allí se construye la concepción de una clase de crímenes que son tales para toda la comunidad internacional, contra toda persona y en todo tiempo y lugar, incluso al margen o en contra de la voluntad de los estados particulares, y que determinan la inexorabilidad del juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad.”<sup>324</sup>.

Refiriéndose a la historia, Gullco nos relata que respecto “...al *ius cogens*, en el campo doctrinario Gil Domínguez manifiesta que su germen puede rastrearse en la vieja idea del derecho de gentes en el sentido que cabe distinguir entre Sociedad Internacional y Comunidad Internacional: mientras que la primera refleja un mundo internacional que no es otra cosa que la suma de los Estados que lo integran, la segunda, en cambio, revela un mundo internacional en el que se reconoce que junto a la suma de los Estados que lo integran existe una Comunidad que tiene objetivos propios (distintos al de los Estados). Pues bien, ya autores como Vitoria, Suarez y Grocio consideraban al derecho de gentes como una consecuencia de la existencia de la Comunidad Internacional (una *totis orbis*) que goza de una entidad tal que permite que se erija en persona moral capaz de crear un derecho que se impone imperativamente a todas sus partes y que no resulta únicamente del acuerdo de voluntades entre todos los grupos políticos que la integran. Ese derecho al que se refiere es el *ius cogens*; cuerpo normativo cuya vigencia en la comunidad internacional fue consagrada en el año 1899 a través de un precepto –con posterioridad bautizado como Cláusula Martens- contenido en el preámbulo de la II Convención de la

---

<sup>322</sup> Ramos Padilla, Alejo, *Crímenes de lesa humanidad en la Argentina: de la cultura de la impunidad a la inexorabilidad del juicio y castigo*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 2011, p. 154.

<sup>323</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>324</sup> *Ibidem*, p. 156.

Haya, luego reiterado en la IV Convención de la Haya de 1907 y, en términos similares, introducido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, precepto que establecía una regla de comportamiento entre Estados en situación de guerra, sujetándolos al régimen emergente de los principios del derecho de gentes (conf. Mattarollo, Rodolfo: “La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad”, Revista Argentina de Derechos Humanos, Año 1 n° 0, Ad Hoc, pp.114 y ss., cita de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán en la sentencia dictada en esta causa el 15 de diciembre de 2004). A su vez, el *ius cogens* en mayo de 1969 ha recibido reconocimiento expreso en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados –ratificada por la República Argentina el 12 de mayo de 1972 mediante ley 19.865- que en su art. 53...” fue receptada. “Asimismo, en el ámbito regional la Organización de Estados Americanos –de la que la República Argentina es miembro desde el año 1956- reconoció expresamente al *ius cogens* al explicitar la existencia de obligaciones emanadas de otras fuentes del derecho internacional distintas de los tratados en sus arts. 43, 53 y 64. Conforme lo expuesto puede entenderse que el *ius cogens* cumple para la Comunidad Internacional la misma función de parámetro de validez y vigencia que cumple una Constitución para un Estado (Conf. Gil Domínguez, Andrés: *Constitución y derechos humanos. Las normas del olvido en la República Argentina*, Ediar Buenos Aires, 2004, p.44). Ahora bien, en el seno del *ius cogens* se hallan incluidos los delitos de lesa humanidad. Nuestro más Alto Tribunal así lo ha reconocido en 1995 en el caso “Priebke, Erich...”<sup>325</sup>.

Es por todo ello, que “... resultan indiscutibles algunos característicos de estas normas, como inherentes al respecto de la dignidad humana y por ende aplicables a todos y en todas partes...”<sup>326</sup>, tales como: la inderogabilidad, la imperatividad, el reconocimiento por la comunidad internacional de estados en su conjunto, la irretroactividad, la mutabilidad, la universalidad y el respeto de la persona humana.

Sin embargo, “al momento de redactar el proyecto que derivaría en la CVDT, la Comisión de Derecho Internacional decidió no incluir ejemplos de normas de *ius cogens* porque podría llevar a malas interpretaciones respecto a la existencia de otros posibles casos que quedasen excluidos. Para la CDI, hasta la fecha, son relativamente pocas las normas imperativas reconocidas como tales, pudiendo mencionarse a la prohibición del uso agresivo de la fuerza, el derecho de legítima defensa, la prohibición del genocidio, la

---

<sup>325</sup> Gullco, Hernán V., *Casos de derecho penal: Parte Especial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, pp. 20-21.

<sup>326</sup> Ver: Quispe Remón, Florable, *Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo*, en Revista del Departamento de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, N°. 28, 2012, pp. 168-72.

prohibición de la tortura, la prohibición de los crímenes de lesa humanidad, la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos, la prohibición de la piratería, la prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*, la prohibición de las hostilidades contra la población civil –“normas básicas del derecho internacional humanitario”- y el derecho a la libre determinación de los pueblos. Algunos autores incluyen también la prohibición de algunos crímenes de guerra, las prácticas de desapariciones forzadas de personas, las ejecuciones sumarias y extralegales y la denegación persistente de las más elementales garantías del debido proceso legal.”<sup>327</sup>.

Al respecto, es importante tener presente lo manifestado por el jurista brasileño Antônio Augusto Cançado Trindade, que nos dice que “el *jus cogens* resiste a los crímenes de Estado, e impone sanciones a los mismos, en razón del pronto compromiso de la responsabilidad internacional *agravada* del Estado. Como consecuencia de dichos crímenes, las reparaciones debidas asumen la forma de distintas obligaciones de hacer, incluyendo la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables por los crímenes de Estado que perpetraron (por acción u omisión). El derecho no deja de existir por la violación de sus normas, como pretenden insinuar los ‘realistas’ degenerados por su ineludible y patética idolatría al poder establecido. Todo lo contrario, el derecho imperativo (*jus cogens*) reacciona inmediatamente a dichas violaciones, e impone sanciones.”<sup>328</sup>.

#### **8.4. Los Delitos de Lesa Humanidad.**

El vocablo “lesa” significa agraviado/a, lastimado/a, ofendido/a. Por ello el delito de lesa humanidad alude a un hecho que, por su naturaleza aberrante, ofende, agravia, injuria la humanidad en su conjunto.

A propósito de lo anterior, recordamos que lo más relevante de la Convención IV de La Haya de 1907 para la Resolución Pacífica de las Controversias Internacionales radicó “fundamentalmente en que en su preámbulo se utilizaron, por primera vez, las expresiones “humanidad”, “dictados de la humanidad” y “leyes de la humanidad”, en el sentido de expresiones del derecho universal. La trascendencia de estas manifestaciones se refleja en diferentes circunstancias. Por un lado, aparece la conciencia internacional de la futura noción de una justicia global, entendiéndola a partir de la idea de leyes no escritas y que rigen a la humanidad toda y, como tal, con la intención de establecer un régimen jurídico penal internacional que aborde la problemática que importa la impunidad de

---

<sup>327</sup> Rey, Sebastián A., *Juicio... Op. Cit.*, pp. 68-69.

<sup>328</sup> Cançado Trindade, Antonio A., *Los tribunales internacionales contemporáneos y la humanización del derecho internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, p. 103.

algunos sujetos al escudarse en estructuras de poder. Por otro, así comenzó la evolución del concepto legal de humanidad, lo cual, con el tiempo, permitió establecer un instituto puntual, que abarca diferentes acciones, como lo es el crimen de lesa humanidad (es aquel que ofende los principios generales del derecho y se convierte en una preocupación de la comunidad internacional). Además, se establecieron los conceptos vinculados a la forma en que la humanidad debe vivir en paz y con seguridad (bienes afectados por cualquier guerra o conflicto armado).<sup>329</sup>.

Unos años después, “sin el estricto sentido técnico, el término *humanidad* volvió a ser utilizado en oportunidad de la denuncia internacional que realizaron el 28 de marzo de 1915 los gobiernos de Rusia, Francia y Gran Bretaña contra Turquía por las masacres que el gobierno había realizado sobre ciudadanos armenios.”<sup>330</sup>.

Fue evidente “que la necesidad de establecer el bien jurídico “humanidad” provino del giro lógico que el proceso social y cultural de la sociedad universal realizó hacia el reconocimiento de los derechos humanos en todas sus categorías.”<sup>331</sup>.

Por lo tanto, afirma Rodríguez Eggers que “fueron los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial los que establecieron la verdadera dimensión del crimen de lesa humanidad. Los vejámenes y atrocidades cometidos por el Eje (el avance nazi hacia el oeste, además de asesino, fue despiadado) fueron los que motivaron, como un latigazo, la reacción del mundo para su persecución y castigo. ... la declaración de Moscú de 1943 fue la piedra fundamental de los referidos juicios.”<sup>332</sup>.

Rodríguez Eggers concluye explicándonos, que “el concepto de humanidad, tal como lo entendemos hoy, fue impreso por la Convención de 1907 y que la protección de los civiles en situaciones de conflicto armado nace un poco antes, en 1899, con la referida cláusula Martens. Estos dos elementos han servido de anclaje para el contenido de los crímenes que se imputaron en Nüremberg y, consecuentemente, en los juicios de Tokio por las atrocidades cometidas en el frente del Pacífico.”<sup>333</sup>.

A su turno, otro especialista en la materia como el jurista Andrés D’Alessio afirmaba que “el desarrollo específico del concepto de delitos de lesa humanidad constituye uno de los hechos salientes del siglo que acaba de terminar.”<sup>334</sup>.

---

<sup>329</sup> Rodríguez Eggers, Esteban C., *La Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 3.

<sup>330</sup> *Ibidem*.

<sup>331</sup> *Ibidem*, pp. 134-135.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>333</sup> *Ibidem*, pp. 140-141.

<sup>334</sup> D’Alessio, Andrés J., *Op. Cit.*, p. 2.

Recuperando la historia de los delitos de lesa humanidad, D'Alessio de manera minuciosa nos refiere que “ya en 1915, cuando los países aliados durante la etapa inicial de la Primera Guerra Mundial – Francia, Gran Bretaña y Rusia- advirtieron al Imperio Otomano sobre el genocidio armenio, además de calificar solemnemente a esos hechos como “crímenes contra la humanidad”, aclararon que serían considerados responsables, individualmente, los miembros del gobierno turco y sus agentes en la medida en que hubieran participado, con lo que señalaron una característica fundamental de este tipo de crímenes...Con el advenimiento del nazismo y luego la Segunda Guerra Mundial, el horror producido por los hechos cometidos en los países ocupados y sobre la propia población alemana, se abrió cauce al desarrollo de la idea. En la Declaración de Moscú de octubre de 1943 Churchill, Roosevelt y Stalin incluyeron una afirmación sobre las atrocidades cometidas por las fuerzas nazis, anunciando la decisión de promover el enjuiciamiento y ejemplar castigo de sus autores en los países donde lo habían sido, “sin perjuicio del caso de los criminales alemanes cuyos delitos carezcan de localización geográfica, que serán castigados por decisión conjunta de los gobiernos de los aliados”. Consecuentemente, en el llamado “Acuerdo de Londres”, firmado el 8 de agosto de 1945, se ratificó lo allí anunciado y se decidió establecer un “tribunal militar internacional para el juzgamiento de los criminales de guerra cuyos delitos no tengan una localización geográfica particular, sean ellos acusados individualmente o en su condición de miembros o grupos o en ambas”. Ese mismo día, y también en la capital británica, se firmó la “Carta del Tribunal Militar Internacional” que sesionó luego en la ciudad alemana de Nuremberg. En ese documento se estableció que la corte tendría jurisdicción no sólo sobre crímenes contra la paz y crímenes de guerra sino también sobre lo que denominó “crímenes contra la humanidad”; y definió a éstos, en su art. 6º, como: “los asesinatos, exterminio, esclavización, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones con motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier otro crimen de jurisdicción del Tribunal, constituyeran o no violación del derecho interno del país donde hayan sido perpetrados”. ... Corto tiempo después, el 20 de diciembre de 1946, las potencias que ocupaban Alemania dictaron la ley 10 del Consejo Aliado de Control, en el que prácticamente se reprodujo la definición en los siguientes términos: “Crímenes contra la humanidad: atrocidades y delitos que incluyen pero no se limitan a asesinato, exterminio, esclavización, deportación, encarcelamiento, tortura, violación u otros actos inhumanos cometidos contra

cualquier población civil o persecuciones sobre bases políticas, raciales o religiosas, constituyeran o no violación del derecho interno del país donde hayan sido perpetrados”<sup>335</sup>.

Continua D’Alessio explicándonos que “Durante el desarrollo del proceso de Nuremberg, tanto la fiscalía en su requisitoria como el tribunal en su sentencia se remitieron a aquella definición. En la Séptima Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, celebrada en Bruselas los días 10 y 11 de junio de 1947, se acuñó una definición en la que predomina la motivación como característica principal de esos delitos. El 31 de diciembre de 1950 la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas dio a conocer una sistematización de los “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg.”. También funda la calificación de delitos contra la humanidad en los motivos de arbitraria discriminación que tuviera su autor el proyecto de la ley presentado en el Congreso Argentino por el diputado Santiago Nudelman en 1954, donde se proponía calificar de tal modo a una serie de delitos, desde la injuria al asesinato, “cuando se comentan con el propósito discriminatorio de origen o nacionalidad, color, grupo étnico o racial, prerrogativas de sangre o de nacimiento, fueros personales, títulos de nobleza, o de desigualdad ante la ley, religión o culto...”. En materia de antecedentes locales, cabe señalar también que la Corte Suprema al conceder la extradición de Gerhardt Böhne negó el carácter de delitos políticos a los que se imputaban al requerido, por tratarse de hechos “particularmente graves y odiosos por su bárbara naturaleza”. El concepto se fue precisando, con idas y vueltas, en un proceso continuado y todavía inconcluso. Así, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1954 elaboró un Proyecto de Código sobre Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, en cuyo art. 1° se dice que los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad son “delitos de derecho internacional por cuales se castigará a los individuos responsables de ellos”, y a continuación se incluyeron definiciones en las que, a mi juicio y probablemente por la relativa cercanía de la Guerra Mundial, se los vincula excesivamente con la existencia de un conflicto armado entre estados, pero cuyo inc. 10° del art. 2° habla de: “actos inhumanos cometidos por las autoridades de un Estado o por individuos particulares contra cualquier población civil, como asesinato, exterminio, exclavización, o deportación o persecución sobre bases políticas, raciales, religiosas o

---

<sup>335</sup> *Ibidem*, pp. 2-5.

culturales, cuando fueran cometidos en la ejecución de o en conexión con otros delitos definidos en este artículo.”<sup>336</sup>.

Luego, nos relata D’Alessio que “El 26 de noviembre de 1968 se aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que se remitió a la definición contenida en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, con el solo agregado, en el párrafo final del art. 1º, de: “la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”<sup>337</sup>.

Prosigue D’Alessio, diciendo que “El 25 de mayo de 1993 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó el Tribunal Internacional en lo Criminal para la ex Yugoslavia (TICY), al que se encomendaba el enjuiciamiento de los responsables de actos de violación a las convenciones de Ginebra, crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad ocurridos en el marco del conflicto desarrollado en ese territorio a partir de 1991. En el art. 5º del Estatuto dictado a ese fin se definía a los últimos como: “crímenes cometidos en un conflicto armado, sea de carácter internacional o interno y dirigidos contra cualquier población civil [constitutivos de] asesinato, exterminio, esclavización, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, persecución sobre bases políticas, raciales y religiosas u otros actos inhumanos.”<sup>338</sup>.

A propósito de ello, Lorenzetti expresa que “Nuevamente, entonces, se vincula la definición con la existencia de un conflicto armado como lo establecían los tribunales de Núremberg y Tokio. Sin embargo, la jurisprudencia del TPIY, en el caso “Fiscal c/ Dusko Tadic”, señaló que el derecho internacional consuetudinario –evidenciado por la práctica estatal posterior a la Carta de Núremberg- prohibía los crímenes de lesa humanidad sin necesidad de la existencia de un conflicto armado para su configuración.”<sup>339</sup>.

Continuando con el hilo histórico, Andrés D’Alessio nos narra que “Poco después, el 8 de noviembre de 1994, el mismo Consejo creó el Tribunal Internacional Criminal para Ruanda, sobre la base de un estatuto similar. El Código Penal francés de 1994 incluyó, dentro del Libro II, dedicado a los delitos contra las personas, un título que

---

<sup>336</sup> *Ibidem*, pp. 5-6.

<sup>337</sup> *Ibidem*, pp. 6-7.

<sup>338</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>339</sup> Lorenzetti, Ricardo L., y Kraut, Alfredo J., *Op. Cit.*, p. 27.

trata los delitos contra la humanidad, entre los que prevé el delito de genocidio (art. 211-1) y los demás delitos de lesa humanidad, definidos en el art. 212-1...”<sup>340</sup>.

Transitando el relato histórico, observamos que “El 17 de julio de 1998, en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas celebrada en Roma, se adoptó el Estatuto mediante el cual se crea una Corte Penal Internacional<sup>341</sup> con personalidad jurídica internacional autónoma, de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas y con competencia para juzgar a los individuos responsables por la comisión de los crímenes más graves de trascendencia internacional, entre los que se encuentran los crímenes de guerra, genocidio, lesa humanidad y agresión. El Estatuto de Roma entró en vigor el 1° de julio de 2002. El artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 señala que, según ese estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. ... Esta definición del Estatuto recoge los diferentes desarrollos del derecho internacional humanitario –desde Núremberg- en cuanto a la enunciación de los actos, pero subraya que deben ser parte de un ataque generalizado y sistemático cometido en contra de la población civil. Por ejemplo, se incluye “el traslado forzoso de población” como una conducta alternativa a la deportación. Además, expande el concepto de encarcelación para

---

<sup>340</sup> D’Alessio, Andrés J., *Op. Cit.*, pp. 7-8.

<sup>341</sup> En la obra citada de Rodríguez Eggers encontramos los antecedentes y orígenes de la Corte Penal Internacional, a saber: La Convención IV de La Haya de 1907 para la resolución pacífica de controversias internacionales; La Sociedad o Liga de las Naciones; Las conferencias de Washington; Los tratados de Locarno; Tratado Briand-Kellog; Los Juicios de Néremberg y Tokio; y Los Tribunales “ad hoc” para la ex-Yugoslavia y Ruanda.

incluir “otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional”. En el caso de los delitos sexuales, se agregan otras conductas, tales como “esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”. En cuanto a los delitos de persecución, se establece que deben cometerse contra “un grupo o colectividad con identidad propia” por razones políticas, raciales, nacionales, étnicas, culturales, religiosas, “u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”. Se incluyen también los delitos de *apartheid* y desaparición forzada. Finalmente, los otros actos inhumanos deben ser “de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”<sup>342</sup>.

Con acierto, Ávila Ricci nos recuerda que “El Estatuto de Roma fue ratificado por el Estado Argentino y se encuentra en plena vigencia a través de la ley 25.390 donde define en su articulado los delitos que se tipifican con el fin de prever la sanción jurídica ante hechos que ataquen otra vez en forma sistemática y generalizada a la humanidad. Ello no impide que los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia del Estatuto de Roma sean juzgados a través del mencionado Derecho de Gentes con la aplicación penal de los tipos vigentes en la ley local al tiempo de la comisión de los hechos.”<sup>343</sup>.

Asimismo, sobre la particularidad de los delitos de lesa humanidad, Lorenzetti dice: “En cambio, y a diferencia de los crímenes internacionales comunes, la categoría de crímenes de lesa humanidad es excepcional, lo cual se evidencia también por algunas de sus consecuencias: imprescriptibilidad, imposibilidad de amnistía y su aplicación retroactiva. Estos efectos son –y deben ser- excepcionalísimos y no susceptibles de aplicación analógica. Por esta razón, resulta necesario avanzar en un criterio formal que identifique elementos que podrían ser utilizados como criterios definitorios para una clasificación. En este último sentido, podría decirse que son “crímenes contra la humanidad” porque afectan a la persona como integrante de la “humanidad”, contrariando la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados y son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental o por una organización con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal. ... El primer elemento pone de manifiesto que la vida y la dignidad de la persona son agredidas,

---

<sup>342</sup> Lorenzetti, Ricardo L., y Kraut, Alfredo J., *Op. Cit.*, pp. 28-29.

<sup>343</sup> Avila Ricci, Martín, “*Terrorismo de Estado en Salta*” 1975-1983, *Memorias de los Juicios de Lesa Humanidad*, San Miguel de Tucumán, Bibliotex, 2017, p. 41.

en cuanto a su pertenencia al género humano, afectando aquellos bienes que constituyen la base de la coexistencia social civilizada. Desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir que atentan contra derechos fundamentales de la persona y que tienen esa característica por ser “fundantes” y “anteriores” al estado de derecho. ... Tales derechos fundamentales son humanos, antes que estatales.”<sup>344</sup>.

Asimismo, vale remarcar que “La noción del crimen de lesa humanidad, aunque proveniente como se dijo de una larga evolución histórica, era en el Acuerdo de Londres una sanción penal por la violación de la regla de comportamiento formulada en la famosa cláusula propuesta por el profesor y humanista Fiódor Fiódorovich Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899.”<sup>345</sup>.

Además, “la expresión “crímenes de lesa humanidad” como tal fue utilizada ya el 28 de mayo de 1915 por los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, en relación con las masacres de la población armenia en Turquía. Esos tres países describieron los acontecimientos en Turquía como “crímenes contra la humanidad y la civilización por los cuales todos los miembros del Gobierno de Turquía serán tenidos por responsables conjuntamente con sus agentes involucrados en las masacres”. ... La primera aparición de la figura del crimen de lesa humanidad en un tratado internacional puede encontrarse en el Tratado de Sèvres (10 de agosto de 1920, celebrado entre Turquía y los aliados) cuyo artículo 230 obligaba al gobierno turco a entregar a los aliados, para su juzgamiento, a los responsables de las masacres cometidas desde el comienzo de las hostilidades, en el territorio turco, incluso contra los súbditos de nacionalidad turca. Ese tratado nunca fue ratificado. A su vez, como ya se ha dicho, la primera tipificación del crimen de lesa humanidad en un instrumento del derecho penal internacional en vigor fue la realizada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.”<sup>346</sup>.

Finalmente, podemos decir que del proceso histórico indagado, se observa “una clara indicación de los bienes jurídicos protegidos por la represión del crimen de lesa humanidad ha sido dada por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en su decisión del caso Endemovic:

“Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van

---

<sup>344</sup> Lorenzetti, Ricardo L., y Kraut, Alfredo J., *Op. Cit.*, pp. 30-31.

<sup>345</sup> Mattarollo, Rodolfo, “Orígenes de la jurisprudencia argentina sobre crímenes de lesa humanidad”, en *“Noche y niebla” y otros escritos sobre derechos humanos*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2010, p. 43.

<sup>346</sup> *Ibidem*, p. 44.

más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima"<sup>347</sup>.

En suma, la presente definición evita caer en una descripción cargada de sensacionalismo como consecuencia lógica del reproche que merecen estos hechos atroces, por cuanto impide contribuir a oscurecen la cuestión -como lo afirma D'alesio-, es por ello, que a nuestro entender, la referida definición es absolutamente acertada.

### **9. Conclusiones previas.**

Ahora nos toca dar en el presente apartado nuestras conclusiones previas, a saber: En esta oportunidad, pudimos conocer el origen y desarrollo histórico de los delitos de lesa humanidad, lo que nos permitió constatar la influencia directa que recibió éste del Derecho Natural, del Derecho de Gentes y del *Ius Cogens*.

A propósito de ello, y hablando sobre la importancia del proceso histórico, en la obra citada del jurista chaqueño se puede leer lo manifestado por Lorenzetti cuando "citando a Nino, en su voto del caso Simón afirma que "La práctica constitucional, al igual que las catedrales medievales, en cuya edificación intervenían varias generaciones, es una obra colectiva que se perfecciona a través de los años y con el aporte de varias generaciones...". En Occidente, el primer paso se da al concebir el concepto de Derecho Natural, luego el Derecho de Gentes y finalmente la positivización de las normas *ius cogens* con la constitución de las Cortes y Tribunales internacionales, dotados de un principio trascendente e indiscutible para el cumplimiento de dichos fines: la imprescriptibilidad penal y resarcitoria de los crímenes de lesa humanidad."<sup>348</sup>.

Entonces, previamente podemos decir, que dicha influencia -sobre los delitos contra la humanidad- ejercida por el Derecho Natural, el Derecho de Gentes y por el *Ius Cogens*, no sólo confluyeron para ser su base de su sustentación, sino también para su definitiva consolidación en el presente.

Asimismo, y luego de haber indagado la historia de los delitos de lesa humanidad, podemos afirmar, como conclusión última de este capítulo, que lo relevante del "proceso histórico" relatado es la aparición del sujeto tutelado-vulnerado en estos tipos de ilícitos, es decir, con el afianzamiento de la "definición" de lesa humanidad se termina de

---

<sup>347</sup> *Ibidem*, 47.

<sup>348</sup> Díaz, Carlos A., *Op. Cit*, pp. 32-33.

prefigurar el sujeto agraviado o lastimado, que es nada más ni nada menos, que la *Humanidad* en su conjunto.

Ello es así, porque cada ilícito de esta naturaleza perpetrado en contra de una o más víctimas no sólo ofende a ellas, sino que también impacta directamente agraviando a toda la humanidad, por la magnitud de su atrocidad.

Son ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado.<sup>349</sup>.

Por lo tanto, la historicidad de los delitos de lesa humanidad no solo nos permite entender su definición, sino también conocer el proceso mediante el cual la humanidad va apareciendo como el sujeto o bien protegido frente al mal.

Finalmente, dicha historicidad, por una parte, nos permite entender las causas profundas del nacimiento de la tipificación de los ilícitos contra la humanidad como una clara defensa de la misma, y por otra, como una clara garantía de no repetición.

---

<sup>349</sup> Nino, Carlos S., *Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015, p. 41.

## **Parte Segunda El Mal**

### **Capítulo 4**

#### **Definiciones sobre el Mal.**

##### **10. Prelusión.**

En los capítulos anteriores hemos analizado la definición y fundamentación de los ‘Derechos Humanos’ y de los ‘Delitos de Lesa Humanidad’, pero ahora, llega el momento de abordar el concepto del ‘Mal’, a fin de cumplir con uno de los ‘Objetivos secundarios’ planteados en esta tesis doctoral.

Para lograr dicho ‘objetivo’, deberemos analizar el concepto del ‘Mal’ de manera interdisciplinaria, es decir, desde la Filosofía, la Historia, la Psicología, la Sociología, las Ciencias Políticas, la Literatura, y por supuesto, desde las Ciencias Jurídicas.

Ello, a su vez nos permitirá interpelar al instituto de la ‘prescripción de la acción civil reparatoria’ por daños provocados por Delitos de Lesa Humanidad desde el concepto del ‘Mal’. Es decir, interrogar al ‘Problema Científico’<sup>350</sup> desde la noción del ‘Mal’.

En definitiva, este capítulo nos ayudará al momento de encarar el análisis de la confirmación o no de la ‘Hipótesis’ planteada en esta tesis.

##### **11. El ‘Mal’.**

La humanidad frente al ‘Mal’ tenía diversas explicaciones o respuestas perspicuas, pero esa claridad dejó de ser así de manera drástica a partir del siglo XX.

Es por ello, que hasta el siglo XIX podemos observar algunas de las explicaciones que se daban desde la “filosofía, la teología y la literatura [que] nos proporcionan diferentes conceptualizaciones y encarnaciones del mal. En sus expresiones extremas, el agente del mal se mueve por orgullo (Lucifer), por envidia (Caín), por odio (Yago), por resentimiento (Ricardo III), por instinto de destrucción (Sade).”<sup>351</sup>.

Ahora bien, en este contexto “explicativo pueden encajar las brutalidades de las SA, pero no cuadra el informe del testigo presencial de una ejecución masiva

---

<sup>350</sup> El ‘Problema Científico’ de la presente tesis está ubicado en la Introducción, punto 2.

<sup>351</sup> Marrades, Julián, “La radicalidad del mal banal”, en *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, España, 2002, Vol. 35, p. 84.

perpetrada por una unidad de las SS, que elogiaba a ésta por haber sido tan “idealista” como para “haber soportado todo el exterminio sin la ayuda del licor”<sup>352</sup>.

Por lo tanto, es aquí en donde “nos encontramos ante una forma del mal que no responde a motivos perspicuos. Arendt la considera, en este sentido, como una manifestación nueva: de una parte, porque se muestra reticente a las categorías tradicionales, que explican las formas extremas del mal como perversiones de sentimientos humanos; de otra, porque responde a objetivos inéditos, que se resumen en la destrucción de la idea misma de humanidad.”<sup>353</sup>.

Entonces, trataremos a continuación la cuestión del ‘Mal’ desde las explicaciones tradicionales, como de aquellas que surgieron en el siglo XX y persisten en la actualidad.

### **11.1. Las explicaciones del ‘Mal’ antes del siglo XX.**

Para encarar el presente acápite, expondremos el pensamiento de dos filósofos referentes que trataron la problemática del ‘Mal’ en distintas épocas, uno en el medioevo como lo hizo Santo Tomás de Aquino, y el otro en la modernidad como Immanuel Kant.

Ello, nos permitirá tener una noción histórica representativa sobre la significación del ‘Mal’ hasta el siglo XIX.

#### **11.1.1. El ‘Mal’ según Santo Tomás de Aquino.**

Acudimos al especialista en el pensamiento de Santo Tomás, don Eudaldo Forment, quien nos comenta que “santo Tomás sigue la definición agustiniana del mal como privación de un bien que debería tenerse. La carencia del bien, que implica el mal, es una privación de algo, en la sustancia o en la acción, no sólo en cuanto que se da su falta, sino también por ser propio de la naturaleza del sujeto.”<sup>354</sup>.

Agregando que “el mal se encuentra en una sustancia, aunque como un inconveniente para ella. El mal está situado en un medio al que no le conviene y que nunca le ha convenido. Es un estado de inconveniencia que implica y que produce la corrupción, el daño y sufrimiento. El mal existe, pero no es –como creían los maniqueos- una entidad natural ni, por tanto, una naturaleza. Todo ente considerado en sí mismo es bueno; cuando se corrompe su naturaleza, aparece el mal.”<sup>355</sup>.

---

<sup>352</sup> *Ibídem*.

<sup>353</sup> *Ibídem*, p. 85.

<sup>354</sup> Forment, Eudaldo, “Estudio Introductorio”, en *Santo Tomás de Aquino. Textos selectos. Suma contra los gentiles. Suma de teología*, Editorial Gredos, Madrid, 2012, p. LXXI.

<sup>355</sup> *Ibídem*.

Por su parte, Mayne-Nicholls Klenner nos dice que es factible encontrar en los trabajos del aquinante “una definición explícita en cada una de las seis obras en las que la cuestión del mal ocupa un lugar relevante entre los temas que en ellas son abordados, a saber, el *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo*, la *Suma contra gentiles*, el *Comentario a Sobre los nombres divinos del Pseudo-Dionisio*, el *Compendio de Teología*, la *Suma Teológica* y las *Cuestiones disputadas sobre el mal* (Castro 2003, 609-618, 61243).”<sup>356</sup>.

Al respecto, una integral “enunciación de esta se encuentra en el Compendio de Teología: “así como entendemos por bien la perfección del ser, por mal se entiende la privación de esta perfección. Pero, como la privación propiamente dicha es la privación de un bien debido, que le pertenece en un tiempo y de un modo determinado, es evidente que una cosa es llamada mala porque carece de una perfección que debe tener” (Comp. theol., I, 114.44).”<sup>357</sup>.

En las obras restantes, Santo Tomás las define como: “... “no toda carencia de bondad es un mal, sino solo la carencia de aquella que la cosa puede tener naturalmente y que le es debida” (*In II Sent.*, d.34, a.4, c45); “Toda privación, por tanto, tomada propia y estrictamente, lo es de algo que uno tiene y debe tener por naturaleza” (C. G., III, 646); “el mal es (...) la ausencia de algún bien que debe tener y no tiene” (*In De div. nom.*, 4, lect.14, n.47647); “Como el mal es privación (...) no toda carencia de bien es un mal, sino que solamente lo es la carencia de un bien que se puede y se debe tener” (*S. Th.*, I, q.48, a.5, ad 148); “el mal no es otra cosa que la privación de la perfección debida (...) porque decimos que una cosa está privada cuando carece de algo que debería tener por naturaleza” (*De Malo*, q.1, a.2, c49).”<sup>358</sup>.

Finalmente, y de acuerdo a todo lo mencionado anteriormente, “se puede apreciar en este conjunto de definiciones, la manera en que santo Tomás concibe el mal no varía durante el transcurso de su producción filosófica.”<sup>359</sup>.

### **11.1.2. Immanuel Kant.**

Las reflexiones de Immanuel Kant sobre el ‘Mal’, se encuentran “principalmente en *La religión dentro de los límites de la mera razón*, obra que constituye el corolario de su ética -ya desarrollada en obras anteriores como la *Crítica de la Razón*

---

<sup>356</sup> Mayne-Nicholls Klenner, Michael, “El Mal en Santo Tomás de Aquino y el problema de la responsabilidad humana”, en *INTUS-LEGERE Filosofía*, Chile, 2017, Vol.11, Nº 2, pp. 106-107.

<sup>357</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>359</sup> *Ibidem*.

*Práctica y la Fundamentación para una metafísica de las costumbres*- y cuyo propósito consistía en averiguar cuál era el principio contrario a la moralidad y dónde arraigaba.”<sup>360</sup>.

Recordemos, que “Kant formula *el imperativo categórico* en los siguientes términos: “Obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal”. Lo cual significa que solo obramos moralmente cuando podemos querer que el principio de nuestro querer se convierta en ley válida para todos. Esta fórmula, que puede parecer muy abstracta, coincide en el fondo con la siguiente: “no nos convirtamos jamás en excepciones”[.]”<sup>361</sup>.

Lo que significa para el filósofo de Königsberg que “tanto el bien como el mal deben basarse en una regla o en una máxima de acción que la voluntad establece para su libre albedrío.”<sup>362</sup>.

Por lo tanto, Kant nos dice que “el fundamento del mal no puede residir en ningún objeto, *que determine* el albedrío mediante una inclinación, en ningún impulso natural, sino sólo en una regla que el albedrío se hace él mismo para el uso de su libertad, esto es: en una máxima.”<sup>363</sup>.

De acuerdo a ello, “una vez que en el individuo se ha encendido la luz de la razón y ha nacido la idea del deber como directriz soberana y exclusiva de la acción, toda pretensión de las tendencias naturales para motivar la conducta, pierde su “inocencia” originaria y aparece moralmente reprobable; determínase, como esencial para el hombre, un dualismo ineliminable entre “naturaleza” y “razón”, entre pasión y deber, con la tendencia permanente de la naturaleza a subordinar a sí misma a la “ley de razón”; lo que constituye para Kant **el mal “radical”** de la naturaleza humana, y lo induce a dar a su ética la entonación “rigorista”..., llevándolo a afirmaciones netamente opuestas al optimismo rousseauiano, como la de que el hombre necesita de un amo, o de que es como un arbusto torcido que necesita ser enderezado.”<sup>364</sup>.

Para arribar al concepto de ‘Mal radical’, Kant “se interroga en *La religión dentro de los límites de la mera razón* si el hombre es bueno o malo por naturaleza. Llega a la conclusión de que no hay nada innato en ello y plantea que el hombre como especie

---

<sup>360</sup> Leiva Bustos, Javier, “Mal absoluto, mal radical, banalidad del mal. La comprensión del mal en Hannah Arendt”, en *Bajo Palabra*. II Época. Nº 22, 2019, pp. 59-60.

<sup>361</sup> Carpio, Adolfo P., *Principios de filosofía: una introducción a su problemática*, Paidós, Buenos Aires, 2019, p. 427.

<sup>362</sup> López, Guillermo, “La pasión...*Op. Cit.*, p. 61.

<sup>363</sup> Kant, Immanuel, *La religión dentro de los límites de la mera razón*, Madrid, Alianza Editorial, 1981, p. 31.

<sup>364</sup> Lamanna, E. Paolo, *Historia de la filosofía III. De Descartes a Kant*, Librería Hachette S.A., Buenos Aires, 1964, p. 449.

tiene disposiciones tanto hacia el bien como hacia el mal. Llama a esas disposiciones que son patrimonio de la voluntad, predisposiciones (anlage) al bien y propensiones (hang) al mal. Califica a las predisposiciones (anlage) como el fundamento subjetivo de que como sujetos admitamos el respeto a la ley moral como motivo impulsor de nuestras máximas. Al hablar de fundamento subjetivo de las predisposiciones, lo remite siempre al libre albedrío, no se está refiriendo a un factor constitucional, Kant siempre apela a la libre voluntad, con lo cual claramente para él no nacemos moralmente buenos, en todo caso nos volvemos buenos o malos en virtud de las elecciones que hacemos.”<sup>365</sup>.

En este punto, Kant nos dice “Ahora bien, puesto que esta propensión misma tiene que ser considerada como moralmente mala, por lo tanto no como disposición natural sino como algo que puede ser imputado al hombre, y, consecuentemente, tiene que consistir en máximas del albedrío contrarias a la ley; dado, por otra parte, que a causa de la libertad estas máximas por sí han de ser consideradas como contingentes, lo cual a su vez no se compagina con la universalidad de este mal si el supremo fundamento subjetivo de todas las máximas no está –sea ello como quiera- entretejido en la naturaleza humana misma y enraizado en cierto modo en ella: podremos, pues, llamar a esta propensión una propensión natural al mal, y, puesto que, sin embargo, ha de ser siempre de suyo culpable, podremos llamarla a ella misma un *mal radical* innato (pero no por ello menos contraído por nosotros mismos) en la naturaleza humana.”<sup>366</sup>.

Asimismo, Kant afirma que “la propensión, cuando el sujeto ha hecho la experiencia de este goce, produce *inclinación* a él.”<sup>367</sup>; y que “La tesis “el hombre es *malo*” no puede querer decir, según lo que precede, otra cosa que: el hombre se da cuenta de la ley moral y, sin embargo, ha admitido en su máxima la desviación ocasional respecto a ella.”<sup>368</sup>.

En consecuencia, “la bondad o maldad de una persona no vendría determinada propiamente por sus acciones, sino por las intenciones que tuviera a la hora de llevar a cabo la acción, es decir, de sus máximas morales y de sus principios impulsores: consideramos *moralmente buena* a una persona cuando esta tiene la ley moral como único motivo impulsor de su acción y obra sólo siguiendo la máxima por la cual quiere que al mismo tiempo se convierta en una ley universal; por el contrario, llamamos

---

<sup>365</sup> López, Guillermo, “La pasión...”, *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>366</sup> Kant, Immanuel, *La religión... Op. Cit.* p. 42.

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 41.

“malo a un hombre no porque ejecute acciones que son malas (contrarias a la ley), sino porque estas son tales que dejan concluir máximas malas en él <sup>369</sup> ” <sup>370</sup>.

Kant afirma que “la diferencia –esto es: si el hombre es bueno o malo- tiene que residir no en la diferencia de los motivos que él acoge en su máxima (no en la materia de la máxima) sino en la *subordinación* (la forma de la máxima): *de cuál de los dos motivos hace el hombre la condición del otro.*”<sup>371</sup>.

Además, el filósofo prusiano agrega que “si en la naturaleza humana reside una propensión natural a esta inversión de los motivos, entonces hay en el hombre una propensión natural al mal; y esta propensión misma, puesto que ha de ser finalmente buscada en un libre albedrío y, por lo tanto, puede ser imputada, es moralmente mala. Este mal es *radical*, pues corrompe el fundamento de todas las máximas; a la vez, como propensión natural, no se lo puede *exterminar* mediante fuerzas humanas, pues esto sólo podría ocurrir mediante máximas buenas, lo cual no puede tener lugar si el supremo fundamento subjetivo de todas las máximas se supone corrompido; sin embargo, ha de ser posible *prevalecer* sobre esta propensión, pues ella se encuentra en el hombre como ser que obra libremente.”<sup>372</sup>.

Ahora bien, vale tener presente que Kant mediante “el adjetivo “*radikal*” no pretende aludir a un tipo especial de mal o de máxima maligna, sino señalar que la *propensión natural* al mal de los hombres hunde sus raíces en la misma naturaleza humana y que su fundamento no puede ser puesto ni en nuestras inclinaciones naturales, ni en nuestra naturaleza sensible y fenoménica, ni tampoco en un defecto o corrupción intrínseca a la Razón moralmente legisladora.”<sup>373</sup>.

Por otra parte, además encontramos “un problema adicional que conlleva esta *perversidad* del corazón humano es la tranquilidad de conciencia que aporta a aquel que comete malas acciones como consecuencia del desistimiento del juicio moral, pues la radicalidad del mal conlleva también un “engañarse a sí mismo acerca de las intenciones propias buenas o malas y [...] no inquietarse por la intención propia, sino más bien tenerse por justificado ante la ley”<sup>374</sup>”<sup>375</sup>.

---

<sup>369</sup> Bernstein, Richard, *El mal radical...*, *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>370</sup> Leiva Bustos, Javier, “Mal absoluto...”, *Op. Cit.*, p. 60

<sup>371</sup> Kant, Immanuel, *La religión...* *Op. Cit.* p. 46.

<sup>372</sup> *Ibidem*, pp. 46-47.

<sup>373</sup> Leiva Bustos, Javier, “Mal absoluto...”, *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>374</sup> Kant, Immanuel, *La religión...* *Op. Cit.* p. 58.

<sup>375</sup> Leiva Bustos, Javier, “Mal absoluto...”, *Op. Cit.*, pp. 61-62.

Ello sería lo que “permite a los hombres no sentirse culpables por sus faltas y delitos, despertando la indignación de Kant: “Esta deshonestidad consistente en mostrarse fantasmagorías, que impiden el establecimiento de una genuina intención moral en nosotros, se amplía al exterior en falsedad y engaño de otros; lo cual, si no debe ser llamado maldad, merece al menos llamarse indignidad, y reside en el mal de la naturaleza humana, el cual [...] constituye la mancha pútrida de nuestra especie, mancha que, en tanto no la apartamos, impide que el germen del bien se desarrolle.”<sup>376</sup> ”<sup>377</sup>.

### **11.2. Las explicaciones del ‘Mal’ a partir del siglo XX.**

En este punto, hay que destacar que “pese a la fuerte presencia de esta cuestión en los dos siglos precedentes, fue en el siglo XX que la especulación sobre el mal experimentó un impulso nunca antes visto. ¿A qué se debió dicho estímulo? Este se explica por la profunda malignidad a la que el hombre se vio enfrentado... en algún punto se produjo un quiebre a partir de *algo* que no parecía ser similar a las múltiples expresiones de mal conocidas e “incorporadas” por la conciencia humana. Quizás con “quiebre” se esté utilizando una expresión que no da el ancho. En algún momento de este siglo se abrió un *abismo* que separó este *algo* de todo lo anteriormente visto.”<sup>378</sup>.

Con acierto, en “1945, recién ocurrida la barbarie nazi, Hannah Arendt afirmaba: “el problema del mal será la cuestión fundamental de la vida intelectual de posguerra en Europa”. Pese a que este vaticinio no se llegase a cumplir de la manera en que esperaba su autora, lo cierto es la reflexión acerca de esta materia fue adquiriendo progresivamente más interés a medida que, con el paso de los años y de las décadas, se fueron descubriendo y desvelando los crímenes y los procedimientos empleados por el nazismo en su proyecto totalitario.”<sup>379</sup>.

Ahora bien, debemos señalar que el análisis de los aspectos del ‘Mal’ en esta tesis, no pretenden ser un relato o compendio del horror.

Entonces, es propicio recordar lo que pensaron los integrantes de la CONADEP<sup>380</sup> cuando explicaron que “Al redactar este informe existieron dudas en cuanto a la adopción del sistema de exposición más adecuado para este tema con el objeto de evitar que este capítulo ... se convirtiera en una enciclopedia del horror. No encontramos sin embargo la forma de eludir esta estructura del relato. Porque en definitiva ¿qué otra

---

<sup>376</sup> Kant, Immanuel, *La religión... Op. Cit.* p. 58.

<sup>377</sup> Leiva Bustos, Javier, “Mal absoluto...”, *Op. Cit.*, p.62.

<sup>378</sup> Mayne-Nicholls Klenner, Michael, “El Mal... *Op. Cit.*”, pp. 88-89.

<sup>379</sup> Leiva Bustos, Javier, “Modalidades del mal durante el nacionalsocialismo”, en *Quaderns de Filosofia*, España, Vol. 5, N° 1, 2018, p. 12.

<sup>380</sup> Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas.

cosa sino un inmenso muestrario de las más graves e incalificables perversiones han sido estos actos, sobre los que gobiernos carentes de legitimidad basaron gran parte de su dominio sobre toda una nación?<sup>381</sup>

Por lo tanto, para comprender porqué el problema del mal sería un tema de debate primordial de la intelectualidad de posguerra, es necesario escuchar las voces de sobrevivientes de delitos contra la humanidad, por ejemplo, los del nazismo o de la última dictadura militar Argentina.

### **11.2.1. Primo Levi.**

Una clara muestra de lo referido anteriormente, es el caso de Primo Levi, uno de los sobrevivientes de los campos de concentración nazi.

Primo Levi quería que su testimonio sirviera para que nunca más se repita en la humanidad lo padecido durante el terrorismo de estado nazi.

Levi decía que su declaración “no está dedicada a los padres, sino a más bien a los hijos, y a los hijos de los hijos, con el fin de demostrar qué clase de reservas de ferocidad yacen en el fondo del espíritu humano, y qué clase de peligros amenazan, hoy como ayer, a nuestra civilización.”<sup>382</sup>.

Asimismo, Levi repetía que él hablaba “de los campos de concentración nazis porque allí fue donde estuvimos, y porque constituyen la página más deleznable de la historia humana. ... Sabemos que se han cometido otras formas del mal en el mundo, que se siguen cometiendo: a todo ese mal se extiende nuestra condena.”<sup>383</sup>.

Relata Primo Levi que las “primeras noticias sobre los campos nazis de exterminio empezaron a difundirse en el año crucial de 1942. Eran noticias vagas, pero acordes entre sí: perfilaban una matanza de proporciones tan vastas, de una crueldad tan exagerada, de motivos tan intrincados, que la gente tendía a rechazarlas por su misma enormidad. Es significativo que este rechazo hubiese sido confiadamente previsto por los propios culpables; muchos sobrevivientes (entre otros, Simón Wiesenthal en las últimas páginas de *Gli assassini sono fra noi*, Garzanti, Milán, 1970) recuerdan que los soldados de las SS se divertían en advertir cínicamente a los prisioneros: «De cualquier manera que termine esta guerra, la guerra contra vosotros la hemos ganado; ninguno de vosotros quedará para contarlo, pero incluso si alguno lograra escapar el mundo no lo creería. Tal

---

<sup>381</sup> Secretaria de Derechos Humanos de la Nación (CONADEP), *Nunca más: informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Eudeba, Buenos Aires, 2007, p. 30.

<sup>382</sup> Levi, Primo; de Benedetti, Leonardo, *Así fue Auschwitz: testimonios 1945-1986*, Ariel, Buenos Aires, 2015, p.85.

<sup>383</sup> *Ibidem*, p. 98

vez haya sospechas, discusiones, investigaciones de los historiadores, pero no podrá haber ninguna certidumbre, porque con vosotros serán destruidas las pruebas. Aunque alguna prueba llegase a subsistir, y aunque alguno de vosotros llegara a sobrevivir, la gente dirá que los hechos que contáis son demasiado monstruosos para ser creídos: dirá que son exageraciones de la propaganda aliada, y nos creerá a nosotros, que lo negaremos todo, no a vosotros. La historia del *Lager*, seremos nosotros quien la escriba». Es curioso que esa misma idea («aunque lo contásemos, no nos creerían») aflorara, en forma de sueño nocturno, de la desesperación de los prisioneros. ... pero es importante subrayar ya cómo ambas partes, las víctimas y los opresores, se daban cuenta de la enormidad y, por consiguiente, de lo imposible que sería darle credibilidad, a lo que estaba sucediendo en los *Lager*... Por fortuna, las cosas no han sucedido como temían las víctimas y los nazis esperaban.”<sup>384</sup>.

Recuerda Levi que “Hasta septiembre no hubo niños en Auschwitz: se los asfixiaba con gas a su llegada. Después de esa fecha empezaron a llegar familias enteras de polacos, arrestados por casualidad durante la insurrección de Varsovia: y éstos fueron tatuados todos, incluidos los recién nacidos. La operación era poco dolorosa y no duraba más de un minuto, pero era traumática. Su significado simbólico estaba claro para todos: es un signo indeleble, no saldréis nunca de aquí. Es la marca que se imprime a los esclavos y a las bestias destinadas al matadero, y es en lo que os habéis convertido. Ya no tenéis nombre: éste es vuestro nombre. La violencia del tatuaje era gratuita, era un fin en sí misma, era un mero ultraje. ¿No eran suficientes los tres números de tela cosidos a los pantalones, a la chaqueta y al abrigo de invierno? No, no eran suficientes: se necesitaba uno más, un mensaje no verbal para que el inocente sintiese escrita su condena sobre la carne. Era también una vuelta a la barbarie mucho más perturbadora para los judíos ortodoxos; precisamente hecha para distinguir a los judíos de los «bárbaros», el tatuaje está prohibido por la ley mosaica (Levítico, 1928).”<sup>385</sup>.

Continúa Levi relatando que “Entonces por primera vez nos damos cuenta de que nuestra lengua no tiene palabras para expresar esta ofensa, la destrucción de un hombre. En un instante, con intuición casi profética, se nos ha revelado la realidad: hemos llegado al fondo. Más bajo no puede llegarse: una condición humana más miserable no existe, y no puede imaginarse. No tenemos nada nuestro: nos han quitado las ropas, los

---

<sup>384</sup> Levi, Primo, “Los hundidos y los salvados”, en *Trilogía de Auschwitz*, Editor Digital Yorik & Faro47, 2013, p. 320.

<sup>385</sup> *Ibidem*, pp. 386-387.

zapatos, hasta los cabellos; si hablamos no nos escucharán, y si nos escuchasen no nos entenderían. Nos quitarán hasta el nombre: y si queremos conservarlo deberemos encontrar en nosotros la fuerza de obrar de tal manera que, detrás del nombre, algo nuestro, algo de lo que hemos sido, permanezca.”<sup>386</sup>.

Levi sigue recordando y nos dice “Imaginaos ahora un hombre a quien, además de a sus personas amadas, se le quiten la casa, las costumbres, las ropas, todo, literalmente todo lo que posee: será un hombre vacío, reducido al sufrimiento y a la necesidad, falto de dignidad y de juicio, porque a quien lo ha perdido todo fácilmente le sucede perderse a sí mismo; hasta tal punto que se podrá decidir sin remordimiento su vida o su muerte prescindiendo de cualquier sentimiento de afinidad humana; en el caso más afortunado, apoyándose meramente en la valoración de su utilidad. Comprenderéis ahora el doble significado del término «Campo de aniquilación», y veréis claramente lo que queremos decir con esta frase: yacer en el fondo. *Häftling*: me he enterado de que soy un *Häftling*. Me llamo 174517; nos han bautizado, llevaremos mientras vivamos esta lacra tatuada en el brazo izquierdo.<sup>387</sup>... queda claro que hay entre los hombres dos categorías particularmente bien distintas: los salvados y los hundidos.”<sup>388</sup>.

Explica Levi que una vez dentro del campo de concentración “han sido vencidos antes de empezar... Su vida es breve pero su número es desmesurado; son ellos, los *Muselmänner*, los hundidos, los cimientos del campo; ellos, la masa anónima, continuamente renovada y siempre idéntica, de no-hombres que marchan y trabajan en silencio, apagada en ellos la llama divina, demasiado vacíos ya para sufrir verdaderamente. Se duda en llamarlos vivos: se duda en llamar muerte a su muerte, ante la que no temen porque están demasiado cansados para comprenderla. Son los que pueblan mi memoria con su presencia sin rostro, y si pudiese encerrar a todo el mal de nuestro tiempo en una imagen, escogería esta imagen, que me resulta familiar: un hombre demacrado, con la cabeza inclinada y las espaldas encorvadas, en cuya cara y en cuyos ojos no se puede leer ni una huella de pensamiento.”<sup>389</sup>.

Por sobrevivientes como Primo Levi, pudimos enterarnos que en el hacer habitual “de los campos de exterminación se realizan el odio y el desprecio difundido por la propaganda nazi. Aquí no estaba presente sólo la muerte sino una multitud de detalles maníacos y simbólicos, tendentes todos a demostrar y confirmar que los judíos, y los

---

<sup>386</sup> Levi, Primo, “Si esto es un hombre”, en *Trilogía de Auschwitz*, Editor Digital Yorik & Faro47, 2013, p. 28.

<sup>387</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>388</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>389</sup> *Ibidem*, p. 80.

gitanos, y los eslavos, son ganado, desecho, inmundicia. Recordad el tatuaje de Auschwitz, que imponía a los hombres la marca que se usa para los bovinos; el viaje en vagones de ganado, jamás abiertos, para obligar así a los deportados (¡hombres, mujeres y niños!) a yacer días y días en su propia suciedad; el número de matrícula que sustituye al nombre; la falta de cucharas (y, sin embargo, los almacenes de Auschwitz contenían, en el momento de la liberación, toneladas de ellas), por lo que los prisioneros habrían debido lamer la sopa como perros; el inicuo aprovechamiento de los cadáveres, tratados como cualquier materia prima anónima, de la que se extraía el oro de los dientes, los cabellos como materia textil, las cenizas como fertilizante agrícola; los hombres y mujeres degradados al nivel de conejillos de Indias para, antes de suprimirlos, experimentar medicamentos. La manera misma elegida para la exterminación (al cabo de minuciosos experimentos) era ostensiblemente simbólica. Había que usar, y se usó, el mismo gas venenoso que se usaba para desinfectar las estibas de los barcos y los locales infestados de chinches o piojos. A lo largo de los siglos se inventaron muertes más atormentadoras, pero ninguna tan cargada de vilipendio y desdén.”<sup>390</sup>.

En este camino de ultraje infinito a la dignidad humana, Levi decía que “Los campos de exterminio fueron, además de lugares de suplicio y de muerte, lugares de perdición. Jamás la conciencia humana fue violada, herida, distorsionada como en esos campos: en ningún lugar se produjo de forma más contundente una demostración de lo que antes mencionaba, la prueba de lo tenue y lábil que es toda conciencia, de lo fácil que resulta subvertirla y sumergirla.”<sup>391</sup>.

Levi no puede olvidar que todos los seres humanos que fueron prisioneros (o secuestrados) en los campos de concentración, y que no eran “aptos para el trabajo, no regresó nadie. Eran los ancianos, los enfermos, los niños y las madres que no habían querido abandonar a sus hijos. No lo supimos hasta mucho tiempo después: fueron hacinados en las cámaras de gas y quemados en los hornos crematorios. Para eso existía Auschwitz, para eso servía Auschwitz.”<sup>392</sup>.

En los escasísimos o casi inexistentes días de descansos en los centros clandestinos de detención nazi, Primo Levi tampoco olvida que en “los raros momentos de pausa, de ausencia de dolor físico y malestar, como por ejemplo los excepcionales días de descanso... están repletos de otra clase de dolor, no menos angustioso: **es el dolor**

---

<sup>390</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>391</sup> Levi, Primo; de Benedetti, Leonardo, *Así fue Auschwitz... Op. Cit.*, p. 100.

<sup>392</sup> *Ibidem*, p. 108.

**humano**, el que nace del regreso a la conciencia, de recuperar la percepción de lo lejos que queda tu casa, de lo improbable de la libertad, del recuerdo de tus seres queridos, vivos e inaccesibles, o enviados a la muerte como ganado al matadero.”<sup>393</sup>.

Es por todo ello, que el ‘Mal’ padecido por Levi, le hace concluir de manera categórica, que “el ultraje es incurable: se arrastra con el tiempo y las Erinnias, en las que es preciso creer, no acosan tan sólo al torturador (si es que lo acosan, con la ayuda de la justicia humana o sin ella), perpetúan el ultraje cometido por él al negar la paz al atormentado.”<sup>394</sup>.

### **11.2.2. Jean Améry.**

Otra de las voces y testimonios imprescindibles para abordar el ‘Mal’, es la del escritor y filósofo austriaco Hans Maier, conocido como Jean Améry, uno de los sobrevivientes del campo de exterminio de Auschwitz.

Sobre el libro escrito por Améry denominado *Más allá de la culpa y la expiación*, Primo Levi dijo “No pueden leerse sin espanto las palabras que ha dejado escritas Jean Améry, el filósofo austríaco torturado por la *Gestapo* porque había sido miembro activo de la resistencia belga, y después deportado a Auschwitz porque era judío... La tortura fue para él una muerte interminable: Améry... se suicidó en 1978.”<sup>395</sup>.

Si Primo Levi, que ha retornado de entre los muertos, se espanta con el relato de Améry, ello no hace más que confirmar la característica única y propia de la magnitud del daño que provocan los Delitos de Lesa Humanidad.<sup>396</sup>.

En el invierno de Bruselas de 1976, Jean Améry escribió un nuevo prólogo al libro antes aludido y decía que “Desde la redacción de este libro hasta el día de hoy han pasado más de trece años; no han sido años buenos. Basta con leer los informes de *Amnesty International* para percatarse de que este lapso de tiempo, en cuanto a horrores, rivaliza con las peores épocas de una historia tan real como desaforada. A veces se diría que Hitler ha conseguido un triunfo póstumo. Invasiones, agresiones, torturas, destrucciones del ser humano en su esencia. Las señales abundan. ... los escuadrones de la muerte en Brasil y Argentina...”<sup>397</sup>.

---

<sup>393</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>394</sup> Levi, Primo, “Los hundidos... *Op. Cit.*, p. 328.

<sup>395</sup> *Ibidem*.

<sup>396</sup> Rozanski, Carlos, “Delitos de lesa humanidad y genocidio, origen y sentido de las prohibiciones”, en *Los juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Atuel, Buenos Aires, 2011, p. 196.

<sup>397</sup> Améry, Jean, *Más allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, Editor digital Titivillus, 2017, p. 20.

Dando testimonio, Améry manifiesta que “Cuando se habla de la tortura hay que tener cuidado de no exagerar. Lo que se me infligió en aquella inefable cámara de Breendonk no fue ni con mucho la forma más grave de suplicio. No se me introdujeron agujas incandescentes bajo las uñas, ni se apagaron cigarros sobre mi torso desnudo. Sólo sufrí lo que aún he de narrar más adelante; fue un tormento relativamente benigno y tampoco ha dejado en mi cuerpo cicatrices llamativas. Y sin embargo, veintidós años después de lo sucedido, sobre la base de una experiencia que no agotó todas las posibilidades del dolor físico, me atrevo a afirmar que la tortura es el acontecimiento más atroz que un ser humano puede conservar en su interior.”<sup>398</sup>.

Prosigue Améry relatando y confiesa que “no sé exactamente qué es la dignidad humana. ... Por tanto, ignoro si quien recibe una paliza de la policía pierde la dignidad humana. Sin embargo, estoy seguro de que ya con el primer golpe que se le asesta pierde algo que tal vez podríamos denominar provisionalmente *confianza en el mundo*.”<sup>399</sup>.

Asimismo, Améry no vacila en afirmar que “sólo en la tortura el hombre se transforma totalmente en carne: postrado bajo la violencia, sin esperanza de ayuda y sin posibilidad de defensa, el torturado que aúlla de dolor es sólo cuerpo y nada más. Si es verdad lo que Thomas Mann describió hace muchos años en la *Montaña mágica*, que, en realidad, el ser humano es tanto más corporal cuanto más desesperadamente el dolor se apodera del cuerpo, entonces la tortura es la más espantosa de todas las bacanales del cuerpo.”<sup>400</sup>.

Sin dudas, el siguiente párrafo escrito por Améry fue el que conmovió y espanto a Levi, cuando el austriaco sentenció “Quien ha sufrido la tortura, ya no puede sentir el mundo como su hogar. La ignominia de la destrucción no se puede cancelar. La confianza en el mundo que ya en parte se tambalea con el primer golpe, pero que con la tortura finalmente se desmorona en su totalidad, ya no volverá a restablecerse. En el torturado se acumula el terror de haber experimentado al prójimo como enemigo: sobre esta base nadie puede otear un mundo donde reine el principio de la esperanza. La víctima del martirio queda inerme a merced de la angustia. Será *ella* quien de aquí en adelante reine sobre él.”<sup>401</sup>.

---

<sup>398</sup> *Ibidem*, pp. 44-45.

<sup>399</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>400</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>401</sup> *Ibidem*, p. 59.

Con una tremenda impotencia, pero develando la magnitud y la persistencia del daño que provocan los Delitos contra la Humanidad, Améry concluye afirmando “Yo, que he sido y aún soy víctima de los nazis...”<sup>402</sup>.

### 11.2.3. Las modalidades del ‘Mal’.

A pocos años de terminada la experiencia del horror perpetrado por el nazismo, que describiéramos en los acápites anteriores, Hannah Arendt escribía con impotencia lo siguiente:

“Cuando lo imposible es hecho posible se torna en un mal absolutamente incastigable e imperdonable que ya no puede ser comprendido ni explicado por los motivos malignos del interés propio, la sordidez, el resentimiento, el ansia de poder y la cobardía. ... Por eso no tenemos nada en qué basarnos para comprender un fenómeno que, sin embargo, nos enfrenta con su abrumadora realidad y destruye todas las normas que conocemos.”<sup>403</sup>.

Esta reflexión de Arendt, nos hace acordar a un pasaje de la novela *Cien años de soledad* de Gabriel García Márquez cuando dice:

“El mundo era tan reciente, que muchas cosas carecían de nombre, y para mencionarlas había que señalarlas con el dedo.”<sup>404</sup>.

Esa maldad descrita por Arendt, carecía de nombre, pero será el análisis de mujeres y hombres que nos revelarán su identidad, para ya nunca más señalarla con el dedo.

En consecuencia, veremos algunas de las distintas explicaciones o análisis sobre las modalidades del ‘Mal’, a fin de entender la maldad del siglo XX y XXI.

#### 11.2.3.1. Algunos análisis destacados.<sup>405</sup>

---

<sup>402</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>403</sup> Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Editor digital: Titivillus ePub base r1.2, 1951, p. 441.

<sup>404</sup> García Márquez, Gabriel, *Cien años de soledad. Edición conmemorativa*, Alfaguara, España, 2007, p. 9.

<sup>405</sup> Lecturas recomendadas para profundizar el análisis sobre las modalidades del ‘Mal’ en el siglo XX y XXI, a saber: **Raffin**, Marcelo, *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006; **Safranski**, Rüdiger, *El Mal o el drama de la libertad*, Buenos Aires, Tusquets Editores, 2014; **Pereira Garmendia**, Mario M., *Responsabilidad por los delitos atroces. Genocidio y lesa humanidad*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2016; **Garzón**, Baltasar; **Romero**, Vicente, *El alma de los verdugos*, Del Nuevo Extremo, Buenos Aires, 2008; **Pavlovsky**, Eduardo, *El señor Galíndez*, Corregidor, Buenos Aires, 2010; **Feinmann**, José P., *La sombra de Heidegger*, La Página, Buenos Aires, 2007; *La filosofía y el barro de la historia*, Planeta, Buenos Aires, 2015; *Filosofía y derechos humanos*, Planeta, Buenos Aires, 2019; **Thiebaut**, Carlos, “Mal, daño y justicia”, en *Revista de Filosofía Azafea*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2005, Vol. 7; **Valdecantos**, Antonio, “El mal común”, en *Revista de Filosofía Azafea*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2005, Vol. 7; **Croxatto**, Guido L., “Buscando un nuevo “piso” para el derecho. El Giro de Gustav Radbruch en la filosofía alemana: de los campos de exterminio alemanes al abandono del positivismo jurídico. Constitucionalismo y democracia. De la tensión al falso dilema.”, en *Argumentación, derechos humanos y justicia*, Buenos Aires, Astrea, 2017; **Marrades**, Julián, “La radicalidad del mal banal”, en *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, España,

Desde las diversas disciplinas, resaltamos los siguientes.

#### 11.2.3.1.1. Hannah Arendt.

La filósofa alemana, Hannah Arendt, luego de derrotado militarmente el nazismo, nos traerá para la discusión conceptos como los de ‘Mal radical o absoluto’, ‘banalidad del mal’, ‘delitos y delincuentes extraordinarios’, ‘delitos cometidos y sufridos en masa’, y preguntas sobre la posibilidad de identificar este ‘Mal’ o de poder castigarlo para lograr justicia, entre otros planteos.

Al respecto, Arendt en una de sus primeras reflexiones dirá que “Es inherente a toda nuestra tradición filosófica el que no podamos concebir un «mal radical», y ello es cierto tanto para la teología cristiana, que concibió incluso para el mismo Demonio un origen celestial, como para Kant, el único filósofo que, en término que acuñó para este fin, debió haber sospechado al menos la existencia de este mal, aunque inmediatamente lo racionalizó en el concepto de una «mala voluntad pervertida», que podía ser explicada por motivos comprensibles. Por eso no tenemos nada en qué basarnos para comprender un fenómeno que, sin embargo, nos enfrenta con su abrumadora realidad y destruye todas las normas que conocemos. Hay sólo algo que parece discernible: podemos decir que el mal radical ha emergido en relación con un sistema en el que todos los hombres se han tornado igualmente superfluos.”<sup>406</sup>.

Eso ocurrió por ejemplo “cuando el régimen nazi declaró que el pueblo alemán no quería judíos en Alemania, y que, además, deseaba que la totalidad del pueblo judío desapareciera de la faz de la tierra, con lo que un nuevo crimen, un crimen contra la

---

2002, Vol. 35; **Botero**, Adolfo J. y **Leal Granobles**, Yuliana, “El mal radical y la banalidad del mal: las dos caras del horror de los regímenes totalitarios desde la perspectiva de Hannah Arendt”, en *Universitas Philosophica*, 60, Año 30, Colombia, 2013; **Mancilla Troncoso**, Juan, “El olvido: una nueva banalidad del mal ¿Qué es lo que quedará de Chile?”, en *Logos: Revista de Lingüística, Filosofía y Literatura* 18 (1), Chile, 2008; **Douglas Price**, Jorge, “Juicios al mal radical Crímenes de lesa humanidad y justicia en la transición democrática argentina”, en *Revista de Filosofía del Derecho*, INFOJUS, C.A.B.A., 2012, Año I – N° 2; **Fallada**, Hans, *Solo en Berlín*, MAEVA, España, 2014; **Schlink**, Bernhard, *El lector*, Editorial digital Ariblack, 2014; **Hunziker**, Paula, *Filosofía, política y platonismo: una investigación sobre la lectura arendtiana de Kant*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2017; **Onfray**, Michel, “Un kantiano entre los nazis”, en *El sueño de Eichmann*, Editor digital Titivillus, 2008; **Mulisch**, Harry, *El juicio a Eichmann: Causa Penal 40/61*, Editor digital Titivillus, 1961; **Aletta de Sylvas**, Graciela, “Deutsches Requiem”, en *A Contracorriente*, EE.UU., Vol. 10, N° 2, 2013; **Forster**, Ricardo, *La travesía del abismo: mal y Modernidad en Walter Benjamin*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económico, 2014; **Feierstein**, Daniel, *Introducción a los estudios sobre genocidio*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económico, 2016; **Ricoeur**, Paul, *La memoria, la historia, el olvido*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económico, 2013; y **Jozami**, Eduardo; **Kaufman**, Alejandro; **Vedda**, Miguel, *Walter Benjamin en la ex ESMA. Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2013.

<sup>406</sup> Arendt, Hannah, *Los orígenes... Op. Cit*, p. 441.

humanidad -en el sentido de crimen «contra la condición humana» o contra la naturaleza de la humanidad-, hizo su aparición en la historia..”<sup>407</sup>.

A propósito de lo anterior, Arendt piensa que “es muy significativo, elemento estructural en la esfera de los asuntos públicos, que los hombres sean incapaces de perdonar lo que no pueden castigar e incapaces de castigar lo que ha resultado ser imperdonable. Ésta es la verdadera marca de contraste de esas ofensas que, desde Kant, llamamos “mal radical” y sobre cuya naturaleza se sabe tan poco. Lo único que sabemos es que no podemos castigar ni perdonar dichas ofensas, que, por consiguiente, trascienden la esfera de los asuntos humanos y las potencialidades del poder humano.”<sup>408</sup>.

Ahora bien, y a pesar “que ha generado algunas discusiones en quienes han estudiado su obra, Arendt habría utilizado la categoría de “mal absoluto” para describir a los crímenes cometidos y la de “mal banal”, para referirse a sus autores.”<sup>409</sup>.

La ‘banalidad del mal’ de Eichmann, “Arendt la revela durante el juicio llevado a cabo en Jerusalén en el año 1961, cuando en lugar de encontrar a alguien sobresaliente y notable, ve a una persona común. Pese a ello, lejos de minimizar la maldad, Arendt advierte que un mal inimaginable puede ser el resultado de una constelación de cualidades humanas comunes: su autor, sin darse cuenta de la inmoralidad de lo que está haciendo, comete estos crímenes siendo tan normal como todos sus pares.”<sup>410</sup>. La “la banalidad era un fenómeno que no podía pasar por desapercibido.”<sup>411</sup>.

Arendt relata que “Durante el interrogatorio policial, cuando Eichmann declaró repentinamente, y con gran énfasis, que siempre había vivido en consonancia con los preceptos morales de Kant, en especial con la definición kantiana del deber... Esta afirmación resultaba simplemente indignante, y también incomprensible, ya que la filosofía moral de Kant está tan estrechamente unida a la facultad humana de juzgar que elimina en absoluto la obediencia ciega.”<sup>412</sup>.

Por lo tanto, para Arendt, “El mal, en el *Tercer Reich*, había perdido aquella característica por la que generalmente se le distingue, es decir, la característica de constituir una tentación. Muchos alemanes y muchos nazis, probablemente la inmensa

---

<sup>407</sup> Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, Buenos Aires, Debolsillo, 2019, p. 391.

<sup>408</sup> Arendt, Hannah, *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires, 2019, p. 260.

<sup>409</sup> Rey, Sebastián, “La justificación del deber de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos”, en *Derechos Humanos. Reflexiones desde el Sur*, INFOJUS, Buenos Aires, 2012, p. 162.

<sup>410</sup> *Ibidem*.

<sup>411</sup> Arendt, Hannah; Fest, Joachin, *Eichmann war von empörender Dummheit. Gespräche und Briefe*, Piper, München, 2013, p. 43.

<sup>412</sup> Arendt, Hannah, *Eichmann... Op. Cit*, p. 199.

mayoría, tuvieron la tentación de no matar, de no robar, de no permitir que sus semejantes fueran enviados al exterminio (que los judíos eran enviados a la muerte lo sabían, aunque quizá muchos ignoraran los detalles más horribles), de no convertirse en cómplices de estos crímenes al beneficiarse con ellos. Pero, bien lo sabe el Señor, los nazis habían aprendido a resistir la tentación.”<sup>413</sup>.

Arendt también reconocía que el subtítulo de su libro *Eichmann en Jerusalén* “puede dar lugar a una auténtica controversia, ya que cuando hablo de la banalidad del mal lo hago solamente a un nivel estrictamente objetivo, y me limito a señalar un fenómeno que, en el curso del juicio, resultó evidente. Eichmann no era un Yago ni era un Macbeth, y nada pudo estar más lejos de sus intenciones que «resultar un villano», al decir de Ricardo III.”<sup>414</sup>.

A propósito de lo señalado antes, Arendt dirá que “Lo más grave, en el caso de Eichmann, era precisamente que hubo muchos hombres como él, y que estos hombres no fueron pervertidos ni sádicos, sino que fueron, y siguen siendo, terrible y terroríficamente normales. Desde el punto de vista de nuestras instituciones jurídicas y de nuestros criterios morales, esta normalidad resultaba mucho más terrorífica que todas las atrocidades juntas, por cuanto implicaba que este nuevo tipo de delincuente -tal como los acusados y sus defensores dijeron hasta la saciedad en Nuremberg-, que en realidad merece la calificación de *hostis humani generis*, comete sus delitos en circunstancias que casi le impiden saber o intuir que realiza actos de maldad.”<sup>415</sup>.

Por otro lado, en Arendt el concepto de “mal absoluto se verá reflejado en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, representando un mal que va más allá de lo imaginable y comprensible. Empero debe tenerse en cuenta que para Arendt su concepción del mal es secular, por lo que carece de implicancias religiosas o demoníacas.”<sup>416</sup>.

Como sabemos, Arendt asistió al juicio contra el criminal nazi Eichmann en la ciudad de Jerusalem, frente a la sentencia condenatoria, dijo que era muy importante lo sucedido, por cuanto se habían reconocido dos cuestiones centrales, una era que estábamos frente a un delito extraordinario (‘Mal radical’), y la otra, que también estábamos frente a un delincuente extraordinario (‘La banalidad del ‘Mal’).

---

<sup>413</sup> *Ibidem*, pp. 219-220.

<sup>414</sup> *Ibidem*, p. 417.

<sup>415</sup> *Ibidem*, pp. 402-403.

<sup>416</sup> Rey, Sebastián, “La justificación... *Op. Cit*, p. 162.

Entonces, ante la pregunta ¿para qué sirvió el juicio contra Eichmann?, Arendt pudo responder que “tan solo tiene una respuesta: para hacer justicia.”<sup>417</sup>.

En resumen, podemos afirmar que para Arendt “las nociones de mal radical y de banalidad del mal destacan el propósito totalitario de aniquilar la humanidad del ser humano así como sus capacidades de pensamiento, juicio y reflexión. Son las dos caras del horror causado por el totalitarismo: el primero muestra la voluntad de llevar a cabo el proceso de deshumanización, de acabar con la condición humana tal y como la conocemos, de hacer a los hombres superfluos, mientras que el segundo refleja las consecuencias que conlleva la abdicación de aquellas facultades que nos permiten discernir entre el bien y el mal para pasar a ser esclavos de una obediencia ciega ante una autoridad cruel y despótica.”<sup>418</sup>.

Finalmente, Arendt nos advierte que “Las soluciones totalitarias pueden muy bien sobrevivir a la caída de los regímenes totalitarios bajo la forma de fuertes tentaciones, que surgirán allí donde parezca imposible aliviar la miseria política, social o económica en una forma valiosa para el hombre.”<sup>419</sup>.

#### **11.2.3.1.2. Norberto Bobbio.**

Analizando el ‘Mal’ del siglo XX, Norberto Bobbio nos señala que existe “una distinción fundamental: el Mal tiene dos aspectos que, a pesar de que se suelen vincular a veces de forma injustificada, deben ser diferenciados con claridad. Estos son el Mal activo y el Mal pasivo. El primero es aquel que se hace, el segundo es aquel que se sufre. El Mal infligido y el Mal sufrido. En el concepto general del Mal comprendemos dos realidades humanas opuestas: la maldad y el sufrimiento. Dos figuras paradigmáticas de estos dos rostros del Mal, Caín y Job.”<sup>420</sup>.

Entonces, Bobbio explica que el “Mal activo y Mal pasivo forman una unidad inescindible, pero antes viene el activo, después el pasivo. No nos hubiera ocurrido el segundo si no nos hubiera ocurrido el primero.”<sup>421</sup>.

Finalmente, Bobbio nos dice que “El Mal activo bajo forma de voluntad de dominio, de prepotencia, de violencia en todas sus formas, del asesinato individual a la matanza, es objeto particular de reflexión sobre todo del historiador, del teólogo, del filósofo, de quien se plantea el problema del “Mal en el mundo”. El sufrimiento, por el

---

<sup>417</sup> Arendt, Hannah, *Eichmann... Op. Cit.*, p. 370.

<sup>418</sup> Leiva Bustos, Javier, “Mal absoluto... *Op. Cit.*, pp. 76-77.

<sup>419</sup> Arendt, Hannah, *Los orígenes... Op. Cit.*, p. 442.

<sup>420</sup> Bobbio, Norberto, “Los dioses que han caído. Algunas preguntas sobre el problema del Mal”, en *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, Ediciones Temas de Hoy, España, 1997, p. 232.

<sup>421</sup> *Ibidem*, p. 234.

contrario, es de todos, más escondido pero más extendido, y menos visible precisamente porque es más profundo. La pena de vivir se sustrae a la historia, sobre la escena en la que aparecen en primer plano los poderosos, los conquistadores, más los violentos que los violentados, más los jefes que los esclavos.”<sup>422</sup>.

#### **11.2.3.1.3. Carlos Santiago Nino.**

El gran jurista y filósofo argentino, Carlos S. Nino, con toda claridad afirmaba que “Las violaciones masivas de derechos humanos suponen el mal absoluto o lo que Kant denominó “mal radical”. Son ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado.”<sup>423</sup>.

Y agrega que “Si alguien, enfrentando a Adolf Hitler, le hubiera dicho que lo que hizo fue incorrecto, hubiera sonado casi risible. “Incorrecto” parece un adjetivo demasiado débil para calificar acciones que conscientemente provocaron la muerte de más de veinte millones de personas y sufrimientos inimaginables en muchos millones más. Otras palabras de condena moral como “atroz” o “aberrante” expresan meramente nuestra repulsa moral en forma más intensa, pero no brindan mayor claridad a su contenido descriptivo. Así, nuestro discurso moral parece alcanzar su límite externo cuando intenta manejar hechos de esta naturaleza.”<sup>424</sup>.

Recordaba Nino que “Hannah Arendt afirma que es muy poco lo que sabemos acerca de la naturaleza del mal radical. Así, sostiene que somos “incapaces de perdonar aquello que no [podemos] castigar [e] incapaces de castigar aquello que se ha vuelto imperdonable” ... En su concepción, el mal radical no puede ser castigado ni perdonado, y por lo tanto trasciende el reino de lo humano y destruye nuestras potencialidades. Esta imagen de impotencia frente al mal radical puede parecer a primera vista una simple imagen literaria, una forma de expresar la inadecuación de la evaluación social, de la justicia humana y de nuestra capacidad de castigar. Pero, sustancialmente, muestra la dificultad de responder al mal radical con las medidas ordinarias que aplicamos a los criminales comunes.”<sup>425</sup>.

Sobre el contexto o marco en que se producen estos delitos extraordinarios, Nino decía que “Estos hechos, susceptibles de ser colectivamente descriptos como mal radical, sólo pueden ejecutarse bajo condiciones políticas favorables (la más común de

---

<sup>422</sup> *Ibidem*, p. 233.

<sup>423</sup> Nino, Carlos S., *Juicio... Op. Cit.*, p. 41.

<sup>424</sup> *Ibidem*, pp. 41-42.

<sup>425</sup> *Ibidem*, p. 42.

ellas es la existencia de un régimen totalitario o al menos autoritario que restrinja la crítica y evite que el conocimiento de los hechos se extienda).<sup>426</sup>.

También con impotencia, Nino recordaba que “El misterio de cómo fue posible que tamaña maldad [nazismo] se apoderara de seres humanos y dispusiera de ellos para hacerles cometer tales acciones queda aún sin resolver.”<sup>427</sup>.

Nino señalaba que “el mal radical surge de varias tendencias endémicas de la sociedad argentina: una concepción orgánica de la sociedad que favorece a los grupos corporativos, la devaluación sistemática del Estado de Derecho y la concentración del poder. Detrás del fenómeno del mal radical yacen insidiosos patrones culturales que deben ser enfrentados si tal fenómeno quiere ser prevenido. En definitiva, creo que los juicios por violaciones masivas de derechos humanos pueden ser justificados sólo de forma prevencionista en la medida en que la persecución tienda a combatir esos patrones culturales y las tendencias que proveen suelo fértil para el mal radical.”<sup>428</sup>.

Es por ello, que es necesario “Vencer las consecuencias, como decía Nino, del “mal absoluto”, un mal que no se acaba aritméticamente a través de un juicio (que es necesario) en una fecha preestablecida, porque la esencial del mismo nace de la sociedad que lo albergó y lo alberga. El juicio debe cambiar la conciencia. El mal no se acaba con la condena, sino con el aprendizaje derivado (restablecer la idea de comunidad es restablecer los lazos sociales que rompió el Proceso).”<sup>429</sup>.

En consecuencia, Nino alega sin dudar que “En el caso de los derechos humanos, no hay escudo más seguro de protección que una conciencia colectiva alerta en defensa de la dignidad de la persona humana. Las leyes nacionales y los tratados internacionales son valiosos instrumentos de protección de tales derechos, sobre todo en cuanto pueden servir, como vimos, para promover esa conciencia, pero no pueden reemplazarla como garantía última de los derechos humanos.”<sup>430</sup>.

En definitiva, Nino piensa que “tal vez la falta de conciencia en la dignidad de la persona se deba en buena medida, como sugiere Hannah Arendt, a actitudes banales: a una sistemática superficialidad en el pensamiento, a no adoptar el punto de vista del otro, a moverse por eslóganes, a dejarse llevar por explicaciones poco consistentes.”<sup>431</sup>.

---

<sup>426</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>427</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>428</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>429</sup> Croxatto, Guido, “Democracia y derecho”, en *Página 12*, Buenos Aires, 26-11-2013.

<sup>430</sup> Nino, Carlos S., *Juicio al mal absoluto... Op. Cit.*, p. 307.

<sup>431</sup> *Ibidem*, p. 307.

## **12. Conclusiones previas.**

Nos toca dar ahora en el presente apartado nuestras conclusiones previas sobre lo abordado.

En primer lugar, diremos que en este capítulo 4 pudimos conocer los distintos enfoques o explicaciones sobre el concepto del 'Mal' a lo largo de la historia universal.

Con ello supimos que existían dos explicaciones generales sobre el 'Mal', la primera que llega hasta el siglo XIX, y la segunda que abarca los siglos XX y XXI.

En Santo Tomás de Aquino y en Kant tuvimos una referencia abarcadora sobre las explicaciones centrales del 'Mal' del periodo que llega hasta el siglo XIX, es por ello que entendimos que dichos filósofos son los que sobresalen en esa etapa referida a la temática en cuestión.

Luego, conocimos las explicaciones sobre el 'Mal' de parte de las propias víctimas del nazismo, como Primo Levi, Jean Améry, entre otras personas, que demostraron un quiebre o abismo total respecto a la concepción anterior de la maldad.

En segundo lugar, vimos los diversos análisis sobre las modalidades del 'Mal', y con ello supimos que esa maldad de los siglos XX y XXI al fin tenía nombre.

Entonces, fue con Arendt -influenciada por Kant- que nos enteramos que su nombre era 'Mal radical', y que estábamos frente a un delito extraordinario ('Mal radical'), como asimismo ante un delincuente extraordinario ('La banalidad del Mal').

Con Nino comprendimos que "las violaciones masivas de derechos humanos suponen el mal absoluto o lo que Kant denominó "mal radical".

En consecuencia, entendimos que la maldad del siglo XX y XXI llamada 'Mal radical o absoluto', es sinónimo de los Delitos de Lesa Humanidad.

En tercer lugar, y refrendando lo señalado oportunamente en el acápite de los Objetivos Secundarios, cuando decíamos que nuestro fin era analizar el concepto del 'Mal' desde distintas visiones para así comprender y demostrar la dimensión, gravedad y excepcionalidad de los daños producidos por los Delitos de Lesa Humanidad, pensamos que esa comprensión y demostración ha sido lograda.

A propósito de ello, debemos aclarar, que para poder lograr dicho objetivo, tuvimos que dar una fuerte e importantísima presencia en este capítulo a las voces (testimonios) de los sobrevivientes, víctimas del nazismo.

Por lo tanto, reiteramos que el presente análisis del 'Mal' en esta tesis no pretende ser un compendio del horror, sin embargo, no encontramos la manera de eludir esta forma del relato.

Finalmente, este capítulo no solo nos explica que es el 'Mal' del siglo XX y XXI, sino también nos permitirá saber que los Delitos de Lesa Humanidad son el referido 'Mal'.

**Parte Tercera**

**La prescripción en la acción reparatoria  
por daños causados por delitos de lesa humanidad**

**Capítulo 5**

**El debate en la Argentina sobre la prescripción de la acción civil**

**13. Introducción.**

El presente capítulo tiene por objeto principal realizar un análisis de la aplicación que tiene la institución de la prescripción liberatoria, respecto a las acciones reparatorias por daños derivadas de la comisión de los delitos de lesa humanidad.

El abordaje de esta temática obedece a que la doctrina y la jurisprudencia nacional se han mostrado contradictorias en torno a aceptar que la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad se hace extensiva a la acción reparatoria que emanan de estos ilícitos internacionales.

Con ello, podemos decir junto a Montilla Zavalía, que “Se encuentra fuera de toda discusión que la acción penal para investigar y exigir la responsabilidad penal de delitos de lesa humanidad resulta imprescriptible. El conflicto se centra, entonces, en la posibilidad de que la acción civil emergente del daño causado prescriba o no conforme las normas civiles.”<sup>432</sup>

**14. Acción civil resarcitoria.**

Comenta Sebastián García Amuchástegui “que mediante la acción civil resarcitoria se persigue obtener, necesariamente, la *reparación por los daños y perjuicios ocasionados* a raíz de aquellas conductas subsumibles, en lo que aquí interesa, en los mentados crímenes internacionales, especialmente el de lesa humanidad.”<sup>433</sup>

El autor citado, “se refiere -específicamente- al derecho de las víctimas (o sus causahabientes) a obtener una reparación económica por la comisión de crímenes internacionales *atribuibles al Estado*, lo cual presupone un especial marco de referencia

---

<sup>432</sup> Montilla Zavalía, Feliz Alberto, *La acción de responsabilidad derivada del delito de lesa humanidad a la luz del Código Civil y Comercial y el régimen de responsabilidad del Estado*, en *El Derecho*, Buenos Aires, 27/04/2016, ISSN 1666-8987, N°13.944, Año LIV, ED 267, p. 2.

<sup>433</sup> García Amuchástegui, Sebastián F., “Análisis de la prescriptibilidad de la reparación por crímenes de derecho internacional desde la perspectiva penal y su relación con la acción civil en la República Argentina”, en *Responsabilidad jurídico-penal de civiles en delitos de lesa humanidad. El caso argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 2022, p. 60.

pues la misma encontró su génesis en el desarrollo de la *dictadura cívico-militar* que azotó la Argentina entre los años (principalmente) de 1970 y 1983.”<sup>434</sup>

Afirma García Amuchástegui, que “precisamente, la comprobación de la existencia del *terrorismo de Estado* en dicho país ha quedado acreditada, por un lado, a partir de numerosas sentencias emitidas por diversos órganos judiciales, y por otro lado, conforme distintos instrumentos históricos que han dado cuenta de dicha situación y de la configuración de los requisitos estructurales, principalmente, del crimen de lesa humanidad (v.gr.: ataque sistemático o generalizado contra la población civil por parte de un Estado, entre otros requisitos); especificándose en la delación, secuestro, tortura, enclaustramiento en centros clandestinos de detención y el homicidio planificado, entre otras tantas aberraciones conforme el “plan de reorganización nacional” tendiente a aniquilar a los “contrarios”.”<sup>435</sup>

De esta forma, dice el autor referido, que “los reclamos que encuentren su basamento en la realización de los mentados crímenes internacionales pueden ser dirigidos, en principio, en contra de personas físicas por su actuación como autores, cómplices o instigadores de la dictadura cívico-militar o de personas jurídicas, especialmente en este último caso del Estado, todo ello conforme la responsabilidad *devenida a partir de la realización de actos ilícitos*.”<sup>436</sup>

La CSJN “ha desarrollado una prolifera tarea en orden a dilucidar los alcances de la responsabilidad del Estado por actos o hechos *ilícitos, postulando* –no sin ambivalencias- *la teoría del órgano* por la cual se atribuye al Estado las conductas de sus agentes en forma *directa y objetiva*.”<sup>437</sup>

Recuerda García Amuchástegui, que “hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial en la Argentina (CCyC), los aspectos concernientes a la *responsabilidad extracontractual del Estado* se consideraban regulados a partir de la interpretación de dos disposiciones principales del Código Civil derogado, a saber: *a)* la primera concerniente al art. 1112 que estatuyó la responsabilidad del funcionario público, y *b)* del art. 1113 del mismo cuerpo legal, que establecía la obligación de reparar impuesta directamente al Estado, como empleador o principal que debía responder por el hecho de sus dependientes. A ello debe agregarse que en dicha tarea interpretativa, también se entendía

---

<sup>434</sup> *Ibidem*.

<sup>435</sup> *Ibidem*, pp. 60-61.

<sup>436</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>437</sup> *Ibidem*.

aplicable *la prescripción bienal de las acciones por responsabilidad extracontractual o aquiliana.*"<sup>438</sup>

Además, vale tener presente, que "en la Argentina se establecieron una serie de *leyes reparatorias*, tendientes a instituir un sistema de indemnizaciones a las víctimas de delitos cometidos durante la dictadura cívico-militar. En tal sentido, el Congreso de la Nación a los fines de evitar, entre otras finalidades, que las víctimas del terrorismo de Estado se vieran privadas de todo resarcimiento económico producto –en lo que aquí interesa y entre otras varias consideraciones- del paso del tiempo sancionó, entre otras, a las leyes 24.043 (detenidos ilegítimamente), 24.411 (familiares de desaparecidos) y 25.914 (nacidos en cautiverio), las cuales *evidenciaron un verdadero subsistema de responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima*, declarándose, en algunos supuestos, la *ausencia de plazo de caducidad* (ley 27.143) para solicitar los beneficios establecidos, por ejemplo, en la ley 24.411."<sup>439</sup>

Dichas reparaciones "se suponen optativas y su percepción conlleva a la renuncia a todo tipo de derecho de indemnización, implicando, en definitiva, la exención de todo otro beneficio por el mismo concepto."<sup>440</sup>

Entonces, se "supone que la acción civil resarcitoria aquí analizada, no debe ser confundida con el *subsistema indemnizatorio* que las leyes de mención establecen, en el sentido de *reparaciones tarifadas* a cargo del Estado. Una y otra si bien se conectan con finalidades afines no se superponen en su aplicación, cuestión que incluso fue reconocida (al menos implícitamente) por la propia CSJN al señalar:

"Que con el objeto de reparar la injusticia que significaría privar a las víctimas de todo resarcimiento (tal como resultaría de la aplicación estricta de la legislación civil), el Congreso de la Nación sancionó, entre otras, las leyes 24.411 y 25.914. En los fundamentos expuestos y compartidos por las comisiones parlamentarias que intervinieron en la sanción de la primera de ellas se expresó: ... 'las soluciones económicas no van a ser respuesta al drama de los muertos, ni al de los detenidos-desaparecidos. Pero sí, y sobre todo, la solución económica planteada es una elemental respuesta a un problema que clama justicia', pues si bien todo el pueblo fue víctima de la dictadura, sin duda 'los

---

<sup>438</sup> *Ibidem.*

<sup>439</sup> *Ibidem*, pp. 61-62.

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 62.

mueritos, los detenidos desaparecidos y los que pasaron por las prisiones en los años pasados fueron los más injustamente castigados”.”.<sup>441</sup>

En definitiva, tanto el anterior Código Civil como las disposiciones que rigen actualmente en la Argentina (y en lo que aquí interesa la jurisprudencia de la CSJN), establecen la obligación de reparar los daños causados por el accionar ilícito de los agentes del Estado atribuidos a éste, encontrando su justificación en el principio *alterum non laedere*.<sup>442</sup>

Por lo tanto, y “tal como lo destacan Azar y Ossola, se consagra el *no dañar* constituye un principio de delimitación entre lo jurídico y lo no jurídico, de acogimiento de la autoderminación y el ejercicio de la libertad personal, y de ponderación para considerar ilícitos los actos que provoquen un daño a tercero.”.<sup>443</sup>

## **15. Prescripción de la acción civil.**

En este acápite, el instituto de la prescripción será observado desde tres ángulos diferentes, a fin de tener una visión general y particular, que nos ayudará a dar una respuesta al problema científico planteado en la presente tesis.

### **15.1. Una primera mirada.**

Reflexionando sobre el tiempo y el derecho, Luis Raffaghelli nos dice que, “el tiempo jurídico ha sido definido como... "el tiempo descrito por el derecho y al que el derecho adscribe consecuencias jurídicas". El transcurso del tiempo determina consecuencias jurídicas que transforman a lo fáctico en jurídico.”.<sup>444</sup>

Sin embargo, no siempre el tiempo histórico coincide con el tiempo jurídico, y dependiendo de las circunstancias de aquel, se reflejarán en la aplicación del derecho.<sup>445</sup>

Los delitos de lesa humanidad obligaron inexorablemente a interpretar el derecho con una visión asentada en los derechos humanos.<sup>446</sup>

Y desde allí nacieron los grandes instrumentos jurídicos de la humanidad, primero en el derecho internacional consuetudinario, plasmado luego en los Tratados y Convenciones a partir de la primera y segunda guerra mundial con el nacimiento de la OIT en 1919; la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y Pactos

---

<sup>441</sup> *Ibidem*, pp. 62-63.

<sup>442</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>443</sup> *Ibidem*.

<sup>444</sup> Raffaghelli, Luis A., “Imprescriptibilidad de la acción civil derivada de delitos de lesa humanidad. El tiempo histórico y el derecho”, en *La Ley*, 2012, Cita: TR LALEY AR/DOC/1235/2012.

<sup>445</sup> *Ibidem*.

<sup>446</sup> *Ibidem*.

subsiguientes<sup>447</sup>, nos rememora Raffaghelli.

Relata el autor citado, que “el instituto de la prescripción es una derivación del tiempo en el derecho. Es un legado **del primitivo derecho romano**, cuando regía el principio de que las acciones eran perpetuas, exigibles todo el tiempo. Recién con **Justiniano**, en el **530**, se establece entre las reglas de **Teodosio** que todas las acciones prescribían a los treinta años, pero diferenciando a la Iglesia Católica con un plazo de cien años para las acciones personales, reales e hipotecarias. Era el tiempo en que el **derecho canónico** teñía las obligaciones y los contratos con reglas como la del *pacta sunt servanda* o la *exceptio non adimpleti contractus* y fundamentalmente la de la bona fide que incorpora la doctrina eclesiástica a las instituciones civiles, es decir la de comportarse con buena fe, como requisito necesario para invocar la prescripción extintiva.”<sup>448</sup>

Al respecto, “los **códigos de derecho canónico de 1917 y de 1983 -canon 198-** promulgado por el **Papa Juan Pablo II** estableció: ... "Ninguna prescripción tiene validez si no se funda en la buena fe, no solo al comienzo sino durante todo el decurso de tiempo requerido para la misma".”<sup>449</sup>

Es oportuno acordarse, que “en la nota al art. 3980 del Código Civil, Vélez Sarsfield, con cita de Aubry y Rau; Zachariae y Marcadé señala que la imposibilidad material de obrar como impedimento de la prescripción le parece equitativa y por ende, sostengo, confiere una variable de equidad al Juez. Y trae a colación los tiempos de guerra como impedimento por fuerza mayor.”<sup>450</sup>

## 15.2. Una segunda mirada.

Con Gabriel Hernán Quadri nos preguntamos si ¿La prescripción extingue la acción o el derecho? Con anterioridad a la reforma, la doctrina generalmente se inclinaba por la primera de esas opciones.<sup>451</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico, el transcurso del tiempo produce la modificación sustancial del derecho en razón de la inacción de su titular, que pierde la facultad de exigirlo compulsivamente aun cuando aquél subsiste en el carácter de obligación natural.<sup>452</sup>

---

<sup>447</sup> *Ibidem*.

<sup>448</sup> *Ibidem*.

<sup>449</sup> *Ibidem*.

<sup>450</sup> *Ibidem*.

<sup>451</sup> Quadri, Gabriel H., *Prescripción Liberatoria y Caducidad en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Erreius, 2017, p. 4.

<sup>452</sup> *Ibidem*, p. 5.

Así el concepto, medianamente generalizado hasta la reforma, era que la prescripción extinguía la acción y no el derecho. ¿Esto sigue siendo así en el CCyCN? Hasta ahora, la doctrina no es pacífica.<sup>453</sup>

Esbozando un parecer personal, creemos que, aún en el ámbito del CCyCN y no obstante la supresión en este cuerpo normativo de la regulación acerca de las obligaciones naturales, *la prescripción sigue estando relacionada con la posibilidad de accionar judicialmente*.<sup>454</sup>

La lectura de los artículos 2560 a 2654 parece darnos la razón: en todos ellos, el verbo utilizado es “*prescribe*”, y ¿cuál es el sujeto de cada una de las oraciones?<sup>455</sup>

Pues, según el artículo, se habla “*del reclamo*”, “*el pedido*”, “*la acción*” o “*las acciones*”.<sup>456</sup>

En doctrina, Descalzi lo analiza del mismo modo y llega a idéntica conclusión (que la prescripción afecta a la acción, no al derecho).<sup>457</sup>

Por lo demás, el artículo 250 también confluye a la misma conclusión, y hasta con mayor intensidad.<sup>458</sup>

Al regular la dispensa, dice que el juez “puede dispensar de la prescripción ya cumplida *al titular de la acción*, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente *el ejercicio de la acción*”.<sup>459</sup>

Parecería, entonces, que el advenimiento del nuevo Código no ha provocado mayores cambios en el estado de cosas.<sup>460</sup>

De este modo, es que -según entendemos- la prescripción continúa siendo – en el contexto del CCyCN y genéricamente considerado el instituto- lo mismo que era en el ámbito del Código Civil: *un medio extintivo de la acción*.<sup>461</sup>

Couture entendía a la acción como el poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales; en esencia, una forma típica del derecho de petición ante la autoridad.<sup>462</sup>

---

<sup>453</sup> *Ibidem*.

<sup>454</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>455</sup> *Ibidem*.

<sup>456</sup> *Ibidem*.

<sup>457</sup> *Ibidem*.

<sup>458</sup> *Ibidem*.

<sup>459</sup> *Ibidem*.

<sup>460</sup> *Ibidem*.

<sup>461</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>462</sup> *Ibidem*.

Al respecto, Quadri por su parte dice que no podemos más que plegarnos a esta noción. Entonces, y en definitiva, lo que la prescripción aniquila es justamente esta posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales; no se extingue la pretensión, que aún no ha sido instaurada, sino que lo que se pierde es, justamente, este poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales para lograr el reconocimiento del derecho respectivo.<sup>463</sup>

Amén de lo cual la prescripción -para configurarse- necesariamente requiere de un pronunciamiento judicial que así lo exprese; no hay declaración de prescripción extrajudicial.<sup>464</sup>

Ahora, ¿cuál es el fundamento en virtud del cual el Estado preavisa que, transcurrido un término determinado, el titular del derecho ya no podrá accionar? Parecería, en principio, bastante injusto retacear, por el solo transcurso del tiempo el auxilio jurisdiccional al titular del derecho (no en vano, se ha calificado a la prescripción como un instituto “antipático”); pero también parecería que los derechos no pueden quedar perpetuamente indefinidos.<sup>465</sup>

Así ha dicho la doctrina que la prescripción es, quizás, uno de los institutos que de forma más acabada pone en evidencia la constante tensión que el derecho exterioriza entre la justicia y la seguridad. Mientras la justicia pide que se asegure el respeto de los derechos individuales, la seguridad exige poner fin a situaciones inestables, siendo necesario a los fines de lograr un adecuado orden social encontrar la armonía entre estos aspectos, aparentemente en constante contradicción.<sup>466</sup>

Según lo han expresado Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, la prescripción es una figura del derecho común que reivindica la búsqueda de paz social.<sup>467</sup>

Moisset de Espanés agrega que si no existiera la prescripción se viviría en un estado de permanente incertidumbre, e indica que la ley por razones de orden público o interés social da una solución tajante a este estado de cosas: quiere firmeza, certidumbre, seguridad, estabilidad.<sup>468</sup>

Por su parte, el jurista Afarian nos explica que “la prescripción es un modo de adquisición de un derecho o de liberación de una obligación determinada por el transcurso

---

<sup>463</sup> *Ibidem*.

<sup>464</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>465</sup> *Ibidem*, pp. 11-12.

<sup>466</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>467</sup> *Ibidem*.

<sup>468</sup> *Ibidem*.

del tiempo. Ésta no afecta al derecho en sí mismo, sino que impide al reclamante de tal la interposición de una acción contra el posible demandado, que transforma la obligación en natural (art. 515, inciso 2º del Código Civil de Vélez Sársfield y 2538 del Código Civil y Comercial de la Nación).<sup>469</sup>

Asimismo, Afarian sostiene que “el fundamento más importante del instituto de la prescripción es la seguridad jurídica. La eventual posibilidad de que tal solución resulte inicua o injusta, cede frente el valor del orden social y la mencionada seguridad. Mantener la imprescriptibilidad de la acción, o la omisión de su reglamentación por una ley en particular, generaría incertidumbre e imposibilidad de previsibilidad en las relaciones jurídicas. La prescripción también posee como fundamento la terminación de la conflictividad entre particulares o entre éstos y el Estado. El mantenimiento de la paz social, la estabilidad en los negocios, son otros de los principios fundamentales en los que se sustenta...”.<sup>470</sup>

A propósito de ello, Botassi nos dice que “Cierto es, que el fundamento de la prescripción reside en la conveniencia general de liquidar situaciones inestables, y de este modo se otorga seguridad y fijeza a los derechos y se aclara la situación de los patrimonios (Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Ed. Perrot, Bs. As., 1984, Tº II, pág. 672)”.<sup>471</sup>

Finalmente, Botassi afirma que “Queda claro, entonces, que se trata ésta, de una institución más cercana a la seguridad jurídica que a la justicia.”<sup>472</sup>

### **15.3. Una tercera mirada.**

Es necesario señalar que la prescripción liberatoria es una institución creada para dar estabilidad y firmeza a los negocios, disipar incertidumbres y poner fin a la indecisión de los derechos; más abreviadamente, tiene por fundamento resguardar el valor seguridad... Es decir, su horizonte de sentido no son consideraciones de justicia sino consideraciones pragmáticas relativas a la certeza de las relaciones jurídicas poniendo un límite a los conflictos patrimoniales como una forma de procurar la paz social.<sup>473</sup>

---

<sup>469</sup> Afarian, Jorge Rubén, *Imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias conexas a crímenes de lesa humanidad*, en Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia, Buenos Aires, Año 1, Número 3, Abril – Julio 2016, ISSN 2448-5128, p. 38.

<sup>470</sup> *Ibidem.*, p.38.

<sup>471</sup> Botassi, Carlos A., *Lesas humanidad, responsabilidad civil del Estado y prescripción*, en La Ley 2013-C, 643, Cita Online: AR/DOC/1397/2013.

<sup>472</sup> *Ibidem.*

<sup>473</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, en autos “c/Herrera...”, *Ob. Cit.*

Entonces, frente a la cuestión traída a estudio cabe legítimamente preguntarse si resulta genuino que el Estado se desembarace de su obligación de proporcionar una justa reparación integral por graves violaciones a los derechos humanos que a su amparo se han cometido.<sup>474</sup>

En la misma línea y a propósito del tema abordado se ha dicho que “una cosa es que el Estado establezca esa institución para los conflictos patrimoniales entre particulares y otra distinta es que lo haga también para los conflictos que lo involucran. ¿El mismo Estado, so pretexto de la previsibilidad, puede perdonarse ciertas injusticias patrimoniales que haya cometido? ¿Puede hacerlo en todos los casos? ¿O es más razonable recurrir a una pauta que sólo se lo permita, cuando la solución del conflicto resulte equitativa? Esta última opción resulta más compatible con el accionar y los cometidos estatales.”.<sup>475</sup>

Desde otro ángulo, se sostuvo que “el principio resarcitorio es el elemento per se de la imprescriptibilidad. No es el penal, porque éste es finito, se agota con la desaparición de los responsables fácticos e ideológicos de la barbarie. En cambio los Estados responsables persisten en el tiempo más allá de la vida de los genocidas. En consecuencia, la cualidad que hace a la existencia de la imprescriptibilidad es la resarcitoria porque al presuponerse la perpetuidad de los Estados modernos ésta se extiende ilimitadamente en el tiempo... porque es el Estado en definitiva quien por acción u omisión ha provocado el daño resarcible.”.<sup>476</sup>

Por otra parte, se dijo “que la prescripción no puede separarse sin más de la pretensión jurídicamente demandable (CSJN, Fallos: 308:1101). En consecuencia, cuando nos encontramos ante un reclamo indemnizatorio generado por un accionar ilícito cuya acción penal debe considerarse imprescriptible por derivar de la comisión de un delito de lesa humanidad, y dado que en estas cuestiones, la acción civil es una consecuencia del hecho ilícito mencionado, con cierta dosis de accesoriedad que sella su suerte, sobre todo teniendo en cuenta el régimen del derecho internacional en vigor respecto de ésta cuestión, esta última acción debe considerarse también imprescriptible.”.<sup>477</sup>

---

<sup>474</sup> *Ibidem*.

<sup>475</sup> Sánchez, Fabio F., ¿Son prescriptibles las acciones resarcitorias de daños originados por delitos de lesa humanidad?, en *La Ley*, Buenos Aires, 2008. Cita Online: AR/DOC/2783/2008.

<sup>476</sup> Díaz, Carlos A., *La imprescriptibilidad Penal y Resarcitoria de los Crimines de Lesa Humanidad*, Librería de la Paz, 2006, p. 137.

<sup>477</sup> Jiménez, Eduardo P., “Acerca de la imprescriptibilidad de las acciones civiles para reclamar daños y perjuicios derivados de delitos de lesa humanidad”, en *La Ley*, Buenos Aires, IX-84, 2010, Cita Online: AR/DOC/5585/2010.

Desde otra mirada, se han pronunciado “sobre la necesaria accesoriadad entre ambas acciones en lo relativo a ésta especial clase de delitos. En efecto, es reconocido que tanto la pena como la indemnización son ambas consecuencias de actos contrarios a derecho, es decir injustos. La diferencia entre ellos es que el injusto penal prevé, cuando es culpable, la aplicación de alguna de las penas previstas por el Código Penal y el injusto civil es origen y fuente de la obligación de resarcir el daño causado, en tanto la normativa del Código Civil. Pero cuando ambas consecuencias están unidas por el hilo conductor que encuentra su origen en el acto disvalioso, objetivamente individualizado como un curso causal que necesariamente produce ambas consecuencias, la dependencia es total y entonces ambas esferas normativas están tan imbricadas que es imposible separarlas.”<sup>478</sup>.

Es decir, se pone en crisis el argumento de la disponibilidad y renunciabilidad de la acción resarcitoria, que nos viene dado desde los tiempos de “Olivares”, al respecto se dijo:

“En definitiva, la Corte IDH afirma que tanto el deber de investigar y perseguir violaciones graves a los derechos humanos —no sólo delitos de lesa humanidad— como el de ofrecer una reparación adecuada a las víctimas no puede ser obviado mediante la invocación a normas de derecho interno. Y ello, al menos, parece poner alguna sombra sobre la caracterización que la Corte ofrece de la acción de reclamo de resarcimiento patrimonial como “disponible y renunciable” y sustancialmente distinta de la obligación de evitar la impunidad. Quien ha sido víctima puede optar por no reclamar una indemnización si así lo desea, pero ello no implica que las autoridades u otros particulares puedan escudarse, sin más, en el régimen legal de la prescripción si sucede lo contrario, sin considerar antes si efectivamente la reparación ha sido satisfecha en plenitud.”<sup>479</sup>.

Asimismo, han recordado que “las diversas normativas en materia de indemnizaciones por los llamados delitos de lesa humanidad procuraron en los últimos años en la argentina reparar económicamente los daños sufridos sin importar que las acciones por responsabilidad civil estuvieran prescriptas. En cuanto a la estricta aplicación de la ley 24.447, como punto de partida es necesario explicitar que el eventual crédito a favor de particulares contra el Estado Nacional surge a partir del dictado de la presente sentencia y no de la fecha en que la ley incluye como momento de caducidad, criterio éste que implícitamente fue acordado por el Estado Nacional al refrendar indemnizaciones a

---

<sup>478</sup> Reynaga, Juan C., *Crimen Organizado y Delitos Federales Complejos*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2018, p. 313.

<sup>479</sup> *Ibidem*, p. 314.

víctimas del terrorismo de estado desde los comienzos de la democracia a la actualidad, tanto por expedientes administrativos —en referencia a la temática— como por sentencias judiciales que lo imponen. De igual modo y en mérito a la obligación de cumplimiento dada por el gobierno argentino a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la reparación integral a las víctimas importa una forma de evitar las sanciones internacionales que podría haber sufrido nuestro Estado, por lo que la aplicación de la ley 24.447 importa incumplir dicho compromiso internacional dado en el marco referenciado. Completando lo expresado con los fallos Giroldi, Ekmekjian, Fibraca, Haguelin y Cafés La Virginia, surge que la Corte implícitamente exceptúa los derechos emergentes de los rigores de la ley 24.447 -de normativa interna de emergencia de un Estado-.”<sup>480</sup>.

También se tuvo presente, “a los fines de contar con una mayor base de apoyo en la cuestión a resolver cuadra resaltar que la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán en expediente “Cabe Estructura SC vs Universidad Nacional de Catamarca” rechaza el planteo del Estado Nacional acerca de la aplicación de la Ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra éste último.”<sup>481</sup>.

Otras voces, han opinado que “la idea del instituto de la prescripción es sustentada por, entre otros valores, la seguridad jurídica y la estabilidad de los negocios. Empero, cuando de violaciones de Derechos Humanos se trata, estas dos consideraciones son peligrosas.”<sup>482</sup>

Dice Afarian que “Concuerdo con Juan Justo cuando dice: “La idea de que la seguridad jurídica puede preservarse mediante la conservación de actos de lesa humanidad parece desatender que nuestra forma de convivencia se asienta en que la certeza de las relaciones y la seguridad jurídica se garantizan mediante el respeto de los derechos humanos, con lo cual disociarlos no parece conteste con una firme convicción en pos del Estado de Derecho.”<sup>483</sup>

Finalmente, el jurista Afarian -con un argumento fuerte- afirma que “No puede predicarse la seguridad jurídica cuando ésta sustenta resultados injustos y contrarios a los mayores de derechos de las personas. La prescripción civil es utilizada cuando la relación se sustenta en la igualdad contractual de las partes (como la celebración de un contrato de

---

<sup>480</sup> *Ibidem*, pp. 314-315.

<sup>481</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>482</sup> Afarian, Jorge R., *Imprescritibilidad ...*, Ob. Cit., p. 58.

<sup>483</sup> *Ibidem*.

compraventa o la locación de un inmueble), y no, como en estos casos, cuando estamos frente a casos de terrorismo de Estado.”<sup>484</sup>

## **16. La jurisprudencia de la CSJN sobre la prescripción de la acción civil.**

El presente acápite tiene por objeto realizar un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la prescripción liberatoria en las acciones reparatorias por daños derivados de los delitos de lesa humanidad perpetrados en nuestro país.

Si bien, diferentes tribunales han tratado la prescripción aludida de distintas maneras, la Corte Suprema fijó su posición en siete casos, y ellos son “Olivares” de 1988, “Tarnopolsky” de 1999, “Larrabeiti Yañez” de 2007, “Villamil” de 2017, “Ingenieros” de 2019, “Yoma” 2020 y “Crosatto” de 2020.

Vale remarcar, que en dichos precedentes se “encuentra fuera de toda discusión que la acción penal para investigar y exigir la responsabilidad penal de delitos de lesa humanidad resulta imprescriptible. El conflicto se centra, entonces, en la posibilidad de que la acción civil emergente del daño causado prescriba o no conforme las normas civiles.”<sup>485</sup> internacionales o de Justicia.

Por lo tanto, y como dice la jurista chilena Mayra Feddersen “en el caso de la prescripción civil este debate aún se encuentra inconcluso y como se verá... genera importantes problemas.”<sup>486</sup>.

En consecuencia, analizaremos la jurisprudencia del Alto Tribunal argentino sobre el instituto de la prescripción liberatoria en las acciones reparatorias por los daños emanados de los delitos de lesa humanidad.

### **16.1. “Olivares”<sup>487</sup> (1988).**

El Sr. José Abelardo Olivares interpuso una acción civil contra el Estado Nacional por cobro de los daños y perjuicios que, según adujo, le habría causado la detención a que fue sometido por el Poder Ejecutivo Nacional, a la cual califica como ilegítima y arbitraria.

---

<sup>484</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>485</sup> Montilla Zavalía, Félix A., “La acción de responsabilidad derivada del delito de lesa humanidad a la luz del Código Civil y Comercial y el régimen de responsabilidad del Estado”, en *El Derecho*, Buenos Aires, N° 13.944, 2017, p. 2.

<sup>486</sup> Feddersen, Mayra, “Prescripción de acciones civiles en Chile”, manuscrito, en *Centro Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Chile, 2010, p. 2.

<sup>487</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Olivares, Jorge Abelardo v. Estado Nacional Argentino”, JA 1988-III-93. (Cita Online –Thomson Reuters–: 04\_311v1t253).

La parte demandada pidió el rechazo de la demanda, a cuyo efecto sostuvo - entre otras defensas- que se había operado la prescripción liberatoria. El señor juez federal de primera instancia de Río Cuarto, Provincia de Córdoba, consideró que, si bien era cierto que la acción estaba prescripta, el demandante se beneficiaba con la dispensa que regula el art. 3980 del Código Civil. Con relación a ello, estimó que el plazo de tres meses que la citada norma consagra había comenzado a correr con la asunción de las autoridades constitucionales (10 de diciembre de 1983), lo que, aunado al hecho de que la demanda fue deducida el 9 de marzo de 1984, lo llevó a rechazar el planteo de la parte demandada. En cuanto al fondo del asunto, hizo lugar parcialmente al reclamo indemnizatorio del actor.

A su turno, la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, después de resolver que el término de la prescripción ya había transcurrido al tiempo de interponerse la demanda, abordó lo concerniente a si la prescripción cumplida podía considerarse dispensada por aplicación del art. 3980 del Código Civil -como se había decidido en primera instancia-, interrogante al que dio respuesta negativa por apreciar que no se daban los presupuestos que condicionan la aplicación del citado precepto.

Contra ese pronunciamiento el actor y víctima, el Sr. Olivares, dedujo el recurso extraordinario, cuya denegación motivó el recurso de hecho.

Los argumentos destacados en base al objeto del presente apartado, a nuestro entender, fueron los siguientes, a saber:

Como se podrá observar, el voto mayoritario plantea la prescripción de la acción en cuestión, negándole además procedencia a la dispensa de la prescripción, y finalmente que se trata de un interés personal que no afecta el orden institucional, tal como surge de los siguientes sumarios:

“2. Ref.: Gobierno de facto. El art. 3980 del Código Civil requiere, para su aplicación, que por razón de dificultades o imposibilidad de hecho se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de la acción, circunstancias éstas que deben ser apreciadas y concretamente en relación con la persona del demandante y no por meras consideraciones de índole general relativas a la situación del país, a la existencia de autoridades de facto, o a la aplicación por éstas de un régimen de terrorismo de Estado en el caso concreto.”<sup>488</sup>

“4. Ref.: Gobierno de facto. La pretensión de que un sistema de gobierno constituye "in genere" un aparato intimidatorio que haría aplicable el art. 4030 del Código Civil, de manera que el curso de la prescripción sólo comenzase con la caída de aquél,

---

<sup>488</sup> *Ibidem*.

importaría un paréntesis en la vida argentina durante el cual el transcurso del tiempo sería inoperante para la tutela de la seguridad jurídica, conclusión que no resulta posible sin ley específica que lo imponga.”.<sup>489</sup>

“6. Ref.: Gravedad institucional. Daños y perjuicios. No se advierte que en una demanda de indemnización de daños y perjuicios esté en juego más que el interés personal del reclamante y no las instituciones del Estado; si no aparecen comprometidas las bases mismas de éste, el número de sujetos afectados por los actos que motivan la demanda no basta para acreditar un serio interés comunitario en juego.”.<sup>490</sup>

“8. Ref.: Prescripción. Privación ilegal de la libertad. Daños y perjuicios. Pacto de San José de Costa Rica. Interpretación de los tratados. Ninguna de las normas del Pacto de San José de Costa Rica establece la imprescriptibilidad de las acciones civiles de indemnización de perjuicios ocasionados por la privación de la libertad que tenga lugar en desmedro de los principios aceptados por el pacto.”.<sup>491</sup>

En cambio, el voto de la minoría se compone por las disidencias de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué. Dichas disidencias, son muy interesantes, ya que si bien no se basan en la imprescriptibilidad de la acción civil, sí plantean la dispensa de la prescripción por la existencia del Terrorismo de Estado, de acuerdo al siguiente fundamento que nosotros consideramos relevante, a saber:

“10. Ref.: Sentencia arbitraria. Daños y perjuicios. Prescripción. Estado de sitio. Detención de personas. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que consideró inaplicable la dispensa de la prescripción cumplida (art. 3980 del Código Civil) a la acción por los daños y perjuicios que le habrían causado al actor la detención a que fue sometido por el Poder Ejecutivo Nacional, omitiendo considerar la prueba de la que surge que el actor y el demandado coincidieron en la existencia de terrorismo de Estado entre los años 1976 y 1983.”.<sup>492</sup>

Finalmente, vale tener presente, que la Corte Suprema el mismo día que resolvió “Olivares”, resolvía el caso “Di Cola” en idéntico sentido.<sup>493</sup>

---

<sup>489</sup> *Ibidem.*

<sup>490</sup> *Ibidem.*

<sup>491</sup> *Ibidem.*

<sup>492</sup> *Ibidem.*

<sup>493</sup> “En ese sentido, corresponde detenerse en el examen de las sentencias recaídas en las causas “Di Cola, Silvia c/Estado Nacional Argentino” y “Olivares, Jorge Abelardo c/Estado Nacional Argentino”, ambas de fecha 16 de agosto de 1988. Las causas resultaron sustancialmente análogas en el desarrollo de los hechos, pues en los dos casos se trataba de demandas de daños y perjuicios contra el Estado nacional, en virtud de la detención a la que fueron sometidos los actores por el Poder Ejecutivo nacional. ... En el caso “Di Cola”, la acción fundante de la pretensión resarcitoria lo constituyó a detención de la actora, que se extendió desde 1976 hasta 1982, oportunidad en la que por el decr. 28 del 7/1/82 el arresto pasó a tener la modalidad de libertad vigilada, estado que sólo cesó con el dictado del decr. 1103 del 2/11/82 (consid. 5º de la sentencia de la Corte). ... En ambos supuestos, por el voto de la mayoría de sus integrantes, la

## 16.2. “Tarnopolsky”<sup>494</sup> (1999).

“El 10 de septiembre de 1987 Daniel Tarnopolsky demandó al Estado Nacional y a Armando Lambruschini y Emilio Massera -ex jefes de la Armada- por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la privación ilegal de la libertad y posterior desaparición de sus padres y hermanos ocurrida en julio de 1976. La sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa 13/84 condenó a Emilio E. Massera como partícipe cooperador necesario de la privación ilegal de la libertad, calificada por haber sido cometida con violencia y amenazas en los casos -entre muchos otros- 200 a 203 inclusive, correspondientes a los familiares desaparecidos de Daniel Tarnopolsky.”<sup>495</sup>.

Nos comenta María Guembe que “La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo liberó de responsabilidad a Lambruschini y limitó la responsabilidad de Massera en la medida de la participación que le fue atribuida en la condena penal recaída en la causa 13/84 antes mencionada, es decir, por privación ilegítima de la libertad, pero no por muerte.”<sup>496</sup>.

Asimismo, “En relación al Estado Nacional, la Cámara resolvió sobre la base de la atribución de responsabilidad al Estado por la actuación irregular de sus órganos, con motivo de los delitos cometidos contra los familiares de Tarnopolsky. Así, estableció el monto del resarcimiento en 250 mil pesos por daño material y un millón de pesos por daño moral. La Cámara condenó a Massera -en forma solidaria con el Estado- a pagar la suma

---

*Corte Suprema declaró prescriptas las acciones resarcitorias por aplicación del plazo bienal del art. 4037 del Cód. Civil y en lo que aquí interesa, consideró que para que resulte aplicable la dispensa de la prescripción establecida en el art. 3980 del citado Código es necesario que las circunstancias que hagan susceptible la mentada imposibilidad de hecho sean “apreciadas concretamente en relación con la persona del demandante y no por meras consideraciones de índole general relativas a la situación del país, a la existencia de autoridades de facto, o a la aplicación por estas de un régimen de terrorismo de Estado en el caso concreto” y que por lo tanto la pretensión del actor “se contraponen al criterio fijado por esta Corte en el sentido de que la alegada violencia o el miedo, suficientes para viciar un acto, no imponen la postergación del comienzo de la prescripción hasta que haya cesado el orden institucional durante cuya vigencia actuaron los funcionarios a quienes se imputa tal acto”. Con sustento en los argumentos arriba expresados, consideró que al tiempo en que las demandas fueron promovidas (9/3/84) las correspondientes acciones de daños y perjuicios se hallaban prescriptas por aplicación del art. 4037 del Código Civil.”, en: Mertehikian, Eduardo, *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema.*, Buenos Aires, el autor, 2006, pp. 138-139.*

<sup>494</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Tarnopolsky, Daniel c/ Estado Nacional y otros s/ proceso de conocimiento”, exp. n° T. 71. XXXII, 31-08-1999.

<sup>495</sup> Guembe, María J., “Reparación económica de los crímenes de la dictadura. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Tarnopolsky.”, *CELS*, Buenos Aires, capítulo 5, p. 48; <http://www.cels.org.ar/common/documents/2000.Capitulo1.pdf>; -fecha de captura 20-11-2018-.

<sup>496</sup> *Ibidem*.

de 120 mil pesos. La decisión de la Cámara fue recurrida por las partes, por lo que el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.”<sup>497</sup>.

Sobre los puntos sobresalientes del precedente en cuestión, Guembe nos relata que “Uno de los motivos que llevaron a Tarnopolsky a recurrir la sentencia de Cámara fue la limitación de la responsabilidad de Massera. Sobre este punto la Corte Suprema, afirmó que “... la obligación de quien ha actuado como órgano del Estado surge de la prueba del desempeño irregular -en el caso, comisión de delitos penales- de la función. El damnificado pudo haber demandado solamente al Estado, habida cuenta de que toda la actividad estatal consiste en las acciones u omisiones de sus órganos, pero prefirió dirigir su acción contra el Estado y contra el funcionario que cometió la actitud irregular. Este responde civilmente por su conducta personal y la ilicitud debe ser demostrada. En el sub lite, la única prueba atinente a los actos de Massera consiste en los hechos juzgados en la causa penal 13/84 (...) Puesto que el codemandado Massera sólo fue condenado por la privación ilegal de la libertad, calificada, en los casos 200 a 203 que aquí interesan pero no por la muerte de los familiares del actor, corresponde confirmar la decisión del a quo en cuanto ciñe la obligación de responder de este funcionario a su actuación individual”<sup>498</sup>.

Sobre la defensa estatal, “Uno de los motivos que argumentaron los abogados del Estado en la apelación fue la prescripción de la acción interpuesta por Tarnopolsky. El Estado sostuvo que el término de la prescripción -fijado por el Código Civil en dos años- debe computarse a partir de la fecha de la privación ilegal de la libertad que según afirmó es un hecho instantáneo.”<sup>499</sup>.

Guembe prosigue relatándonos que “Sobre este punto el voto mayoritario de la Corte Suprema afirmó que la causa de la obligación que reclamó Tarnopolsky es un delito que se perpetró a partir de julio de 1976 y tuvo ejecución continuada en el tiempo. Esta afirmación se sustentó en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.”<sup>500</sup>.

Además, la Corte dijo en esa oportunidad que “El curso de la prescripción comienza contarse a partir del momento en que la responsabilidad existe y ha nacido la

---

<sup>497</sup> *Ibidem*.

<sup>498</sup> *Ibidem*, pp. 47/48.

<sup>499</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>500</sup> *Ibidem*.

acción para hacerla valer, hecho que acontece como regla general cuando ocurre el ilícito que origina la responsabilidad. Sin embargo, existen excepciones y este caso constituye una de ellas, puesto que el daño no puede apreciarse hasta tanto no cese la conducta ilícita que es de ejecución continuada.”<sup>501</sup>.

Al respecto, Guembe nos dice que “En este sentido, la Corte afirmó que “aun cuando es razonable sostener que el actor pudo vincular causalmente al Estado Nacional con los actos ilícitos de julio de 1976, en razón de la actuación de quienes detentaban la autoridad pública al tiempo de los hechos, ello no obsta a la existencia de causas que impidieron el curso de la prescripción. En efecto, dado que la privación de la libertad fue seguida por la desaparición de los familiares del actor, quien no tuvo conocimiento o noticia sobre su cautiverio o fallecimiento, esta situación obstaba a la comprensión por el damnificado de la magnitud del daño, y por ende, a la posibilidad de computar el plazo de la prescripción liberatoria del deudor”<sup>502</sup>.

Finalmente, Guembe nos trae el último razonamiento, “En cuanto al plazo desde el cuál, según la Corte Suprema, debe contarse el término de prescripción el fallo sostiene “que en atención a que el Estado Nacional no informó nunca sobre la muerte de los familiares del actor ni éstos aparecieron con vida, el *dies a quo* del plazo de prescripción debe situarse en la fecha en que, en virtud de una ficción, se puso término desde el punto de vista jurídico al estado de incertidumbre. No interesa a estos efectos la fecha establecida judicialmente como de fallecimiento presunto de las víctimas, sino el dictado de la sentencia que el 7 de octubre de 1985 definió la situación de los familiares de Daniel Tarnopolsky”. En razón de esta consideración, la Corte confirmó el rechazo de la defensa de prescripción.”<sup>503</sup>.

### **16.3. “Larrabeiti Yañez”<sup>504</sup> (2007).**

Resulta que “Mario Roger Julien Cáceres y Eva Grisonas, padres biológicos de los demandantes (Claudia Victoria y Anatole Alejandro), habían sido víctimas del operativo dirigido por las fuerzas de seguridad contra la vivienda familiar, tomada por asalto el 26 de septiembre de 1976. El primero, aparentemente, fue muerto en el tiroteo o habría sido trasladado a la República del Uruguay. La madre y sus dos hijos pequeños

---

<sup>501</sup> *Ibidem*.

<sup>502</sup> *Ibidem*, pp. 48/49.

<sup>503</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>504</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Larrabeiti Yañez, Anatole Alejandro c/ Estado Nacional s/ Proceso de Conocimiento, exp. n° L. 632.XLI, 30-10-2007.

fueron detenidos y conducidos al centro clandestino de detención "Automotores Orletti". En diciembre de 1976 los dos niños fueron hallados por carabineros en una plaza de la ciudad de Valparaíso, República de Chile. Después de ser alojados en un orfanato, fueron entregados a la custodia del cirujano chileno Larrabeiti Yañez y su esposa, quienes los adoptaron. Mientras la adopción se hallaba en trámite, en 1979 su abuela paterna María Angélica Cáceres de Julien, después de deducir sin éxito reiterados habeas corpus ... para que las autoridades argentinas informasen sobre el paradero de su familia, fue informada de que sus nietos se hallaban en Chile. Se comunicó para hacerles saber su origen y tomar contacto con ellos y el 2 de agosto de 1979, en nombre propio, de su cónyuge, y de la abuela materna de los demandantes, firmó un acuerdo con el matrimonio Larrabeiti-Yañez, con el propósito de que los menores conocieran sus verdaderos nombres, sin perjuicio del mantenimiento de sus nombres adoptivos. Además, consintió la adopción y acordó un régimen de visitas con miras a mantener la vinculación de los niños con su familia de sangre.”<sup>505</sup>.

Los puntos jurídicos relevantes del fallo, a nuestro entender, fueron los siguientes: “El Máximo Tribunal estimó que la acción civil que reclamaba resarcimiento podía prescribir, pues “es inadmisibles el argumento según el cual la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial derivado de la desaparición forzada de personas es imprescriptible porque nace de delitos de lesa humanidad, pues la primera atañe a materia disponible y renunciable, mientras que, desde la óptica del reproche penal, la persecución se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados” (consid. 5º).”<sup>506</sup>.

Es decir, sostenían que, “al tratarse de una cuestión puramente patrimonial, tal reclamo reviste los caracteres de disponibilidad y renunciabilidad, lo que tornaría aplicable las normas de prescripción de derecho común (fallo “Olivares”<sup>507</sup>).<sup>508</sup>

Finalmente, otro aspecto destacado del precedente en cuestión, fue el voto del Dr. Carlos S. Fayt, cuando dice que “La admisión de la excepción de prescripción no importa dejar sin reparar los daños sufridos por los actores como consecuencia del incalificable accionar de quienes usurparon el gobierno de la Nación, precisamente con el

---

<sup>505</sup> *Ibidem*.

<sup>506</sup> *Ibidem*.

<sup>507</sup> CSJN, “Olivares, Jorge A.”, *Op. Cit.*

<sup>508</sup> Afarian, Jorge R., “Imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias conexas a crímenes de lesa humanidad”, en *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, Buenos Aires, Número 3, 2016, p. 50.

objeto de reparar la injusticia que significaría privar a las víctimas de todo resarcimiento el Congreso de la Nación sancionó las leyes 24.411 y 25.914 (Considerando 7°).<sup>509</sup>

#### **16.4. “Villamil” (2017).**

A casi 10 años del fallo “Larrabeiti Yañez” de la Corte Suprema, específicamente, el día 28 de marzo del 2017 nos anoticiábamos que tres<sup>510</sup> de los cinco jueces integrantes de nuestro Alto Tribunal le negaban a la Sra. Amelia Ana María Villamil la indemnización por los daños provenientes de los delitos de lesa humanidad cometidos en perjuicio de su familia.

Vale recordar, que en la presente causa se trataba la demanda interpuesta por la Sra. Villamil contra el Estado Nacional, mediante la cual solicitó el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la desaparición forzada de su hijo Jorge Ayastuy y de su nuera Marta Elsa Bugnone, acontecida en el año 1977 y ejecutada por grupos de tareas bajo las ordenes de la última dictadura.

Por su parte, “el Estado Nacional contestó la demanda, planteó la excepción de prescripción de la acción y pidió el rechazo de la demanda. Esta defensa fue rechazada por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata que declaró imprescriptibles a estas pretensiones. Esta resolución fue impugnada por el Estado Nacional mediante un recurso extraordinario federal que la Corte Suprema declaró admisible, para así revocar la sentencia apelada y concluir en que estas acciones están sujetas a plazo de prescripción.”<sup>511</sup>

La Corte Suprema en la sentencia antes referida reafirma la doctrina del precedente “Larrabeiti Yáñez”, en donde se “dictó una sentencia en la que el voto de la mayoría fue firmado por los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz, mientras que los jueces Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti opinaron en disidencia. Mediante el voto conjunto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, la Corte Suprema concluyó que dichas reclamaciones no son imprescriptibles y que, por ende, para dar lugar a una sentencia condenatoria por la responsabilidad del Estado, las acciones están sometidas a las disposiciones que establecen el plazo de prescripción dentro del cual deben ser útilmente promovidas. Los jueces Maqueda y

---

<sup>509</sup>CSJN, Buenos Aires, en autos “Larrabeiti Yañez... *Op. Cit.*

<sup>510</sup> Los jueces Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz.

<sup>511</sup> CSJN, “Villamil, Amelia Ana c. Estado Nacional s/daños y perjuicios”, 28/03/2017, AR/JUR/3720/2017.

Rosatti votaron en disidencia sosteniendo que esta clase de acciones eran imprescriptibles, fundando sus opiniones en mediante sendos votos individuales.”<sup>512</sup>

El voto de la mayoría, entendió que como en “el caso ya existía un precedente "Larrabeiti Yáñez", dictado en 2007 y suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Argibay (Fallos: 330:4592), el que resulta [según ellos] de aplicación directa al caso y al que se remite. Allí se diferenciaron ambas situaciones, sobre la base de que la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial es materia disponible y renunciable, mientras que la imprescriptibilidad de la persecución penal en materia de lesa humanidad se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados. En suma, se sostuvo que en un caso está en juego el interés patrimonial exclusivo de los reclamantes, mientras que en el otro está comprometido el interés de la comunidad internacional, de la que Argentina es parte, en que tales delitos no queden impunes, lo que impide cualquier asimilación de ambos tipos de casos y, por lo tanto, que se declare la imprescriptibilidad de las acciones de daños como la aquí intentada. La opinión de la mayoría dejó en claro que no existía al momento en que la prescripción de la acción operó -16 de noviembre de 1995- ninguna norma que dispusiera esa solución. Agregó que tampoco resultaría aplicable al caso la imprescriptibilidad fijada en el artículo 2561 *in fine* del Código Civil y Comercial, en virtud de lo dispuesto expresamente por el artículo 2537 del mismo cuerpo legal (“Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior”).”<sup>513 514</sup>

---

<sup>512</sup> *Ibidem*.

<sup>513</sup> <http://www.cij.gov.ar/nota-25380-La-Corte-Suprema--por-mayor-a--ratific--su-precedente-sobre-la-prescripci-n-de-acciones-civiles-contra-el-Estado-en-juicios-de-lesa-humanidad.html>; fecha de captura 06-07-2017.

<sup>514</sup> Es oportuno recordar lo que dijo el Procurador Fiscal Dr. Víctor Abramovich cuando opinó lo contrario a lo sostenido por el voto mayoritario de la Corte en “Villamil” sobre la interpretación del art. 2561 *in fine* del nuevo Código Civil y Comercial, en consecuencia, esto fue lo que dictamino: “La eficacia temporal de la imprescriptibilidad de las acciones derivadas de delitos de lesa humanidad prevista en el mencionado artículo 2.561 del Código Civil y Comercial de la Nación es determinada por el principio general establecido en el artículo 7 de ese código. En este sentido, entiendo que no es aplicable el artículo 2.537, que establece que “Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior [...]”. En efecto, tal como expuse, el artículo 2.561 no modifica los plazos de prescripción, sino que directamente excluye de la regla de la prescripción a las consecuencias civiles de los ilícitos más aberrantes para la conciencia universal en consonancia con los principios internacionales. Por ello, ese supuesto no se encuentra comprendido por el artículo 2.537 que rige la aplicación en el tiempo de las modificaciones de los plazos de prescripción. De acuerdo con el artículo 7 y con la doctrina de la Corte Suprema, la ley aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro, a las relaciones y situaciones jurídicas existentes en cuanto no estén agotadas, y a las consecuencias que se encuentren en curso o no se hayan consumido bajo el régimen anterior (Fallos: 327:1139, “Cordero”; 338:706, “D.L.L., V.G.”; 339:349, “Terren”).”

En cambio, el magistrado Maqueda en su voto disidente reconoció el derecho de las víctimas de delitos de lesa humanidad a obtener del Estado la reparación de los daños causados sin sujeción a plazo alguno de prescripción.<sup>515</sup>

Maqueda dijo que la declaración de imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias tuvo fundamento en las normas y principios del sistema internacional de protección de los derechos humanos, que recepta la propia CN, y que fueran ya aplicados en la jurisprudencia desarrollada por la C.S.J.N. al declarar la imposibilidad de amnistiar, indultar o declarar la prescripción penal en materia delitos de lesa humanidad.<sup>516</sup>

También resaltó que estos postulados fueron recogidos por el legislador en el nuevo CCyCN al adecuar a ellos la legislación infraconstitucional.<sup>517</sup>

Maqueda, en su voto, sostuvo que del derecho internacional consuetudinario, receptado por la Constitución Nacional al momento de su sanción, y de las normas del derecho convencional a las que la reforma constitucional de 1994 les dio esa misma jerarquía, se deriva que el Estado argentino ha asumido un fuerte compromiso internacional en virtud del cual la garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos humanos comprende tanto el derecho de las víctimas y sus familiares al conocimiento de la verdad y el castigo penal de los autores de delitos de lesa humanidad como el de obtener una reparación de los daños sufridos.<sup>518</sup>

El juez Maqueda, advirtió que tanto la acción de daños y perjuicios como la penal derivan de un mismo crimen internacional. Por lo tanto, reconocida la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad desde la óptica penal, por constituir éstos serios actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, sería inadmisibles sostener que la reparación económica a cargo del Estado de las consecuencias de esos crímenes pueda quedar sujeta a algún plazo de prescripción.<sup>519</sup>

Maqueda destaca que la fuente de la responsabilidad en materia de delitos de lesa humanidad se encuentra en las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que persiguen la protección de un bien jurídico que se halla en un plano superior: la dignidad humana.<sup>520</sup>

---

<sup>515</sup><http://www.cij.gov.ar/nota-25380-La-Corte-Suprema--por-mayor-a--ratific--su-precedente-sobre-la-prescripci-n-de-acciones-civiles-contra-el-Estado-en-juicios-de-lesa-humanidad.html>; fecha de captura 06-07-2017.

<sup>516</sup> *Ibidem.*

<sup>517</sup> *Ibidem.*

<sup>518</sup> *Ibidem.*

<sup>519</sup> *Ibidem.*

<sup>520</sup> *Ibidem.*

El juez Maqueda concluye en que la acción indemnizatoria que puede derivarse de esos delitos tiene carácter humanitario y que, en consecuencia, por sobre los objetivos que persigue el instituto de la prescripción debe primar la obligación asumida por el Estado Argentino de garantizar la reparación a las víctimas, de forma tal que se asegure su realización como seres humanos y se restaure su dignidad.<sup>521</sup>

Por su parte, el juez Rosatti, en su voto en disidencia, sostuvo que si es imprescriptible la persecución de los delitos de lesa humanidad -consecuencia penal-, como ya lo ha sostenido la Corte en diversos precedentes, debe ser imprescriptible también el derecho de las víctimas para reclamar la reparación pecuniaria -consecuencia indemnizatoria-, cuando los daños estén debidamente acreditados.<sup>522</sup>

Fundamentó esta conclusión en que resulta irrazonable y absurdo que el mismo Estado (si bien no el mismo Gobierno), causante de un perjuicio de la magnitud propia de los delitos de lesa humanidad, se escude en el instituto de la prescripción liberatoria para no cumplir con una obligación única, indiscutible y de naturaleza esencialmente reparatoria, que aunque pueda ser intelectualmente separable de su aspecto penal, es moralmente indisoluble.<sup>523</sup>

Asimismo, Rosatti sustentó su voto disidente en el “principio general” que establece el artículo 19 de la CN, según el cual se “prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero”, principio que –como ha dicho la Corte reiteradas veces- se encuentra “entrañablemente vinculado a la idea de reparación”; y en diversas disposiciones internacionales, tales como el Conjunto de Principios Actualizados para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad (Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas, E/CN.4/2005/102/Add.1), en el que se destaca la necesidad de adoptar medidas nacionales e internacionales para que, en interés de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, se asegure conjuntamente el respeto efectivo del derecho a saber que entraña el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener una reparación, sin los cuales no puede haber recurso eficaz contra las consecuencias nefastas de la impunidad.<sup>524</sup>

Finalmente, el juez Rosatti invocó los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a

---

<sup>521</sup> *Ibidem.*

<sup>522</sup> *Ibidem.*

<sup>523</sup> *Ibidem.*

<sup>524</sup> *Ibidem.*

Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 60/147, por el que se reconoce que, al hacer valer el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las mismas, los supervivientes y las generaciones futuras, y reafirma los principios jurídicos internacionales de responsabilidad, justicia y estado de derecho.<sup>525</sup>

#### **16.5. “Ingegnieros” (2019).**

La historia de esta sentencia es larga, y sus aristas son variadas puesto que no solo involucra cuestiones de derecho civil, sino también de derecho laboral.<sup>526</sup>

En este caso, la acción laboral fue instada por la hija de un trabajador de Techint SA contra esta última empresa, en reclamo por el resarcimiento por el daño emergente ante la desaparición de su padre en las instalaciones de la empresa. La empresa opuso la excepción de prescripción del plazo, en virtud de la ley de accidentes y enfermedades laborales (9688). En esta oportunidad, los jueces no consideraron necesario evaluar si cabía aplicar subsidiariamente el art. 3980 del Cód. Civil y analizar los impedimentos por los cuales no se hizo valer el derecho en el plazo común previsto por la ley.<sup>527</sup>

En su lugar, afirmaron que se trataba de determinar si en el ámbito del derecho de gentes e incluso en nuestro derecho constitucional interno la acción resarcitoria de los daños provocados por los delitos de lesa humanidad es imprescriptible como las acciones de derecho penal. Frente a dicho interrogante, los jueces entendieron que no existe razón para distinguir las consecuencias resarcitorias del actuar ilícito respecto de las punitivas, puesto que ello hace al deber internacionalmente asumido de la reparación plena. Por otro lado, la desaparición de la víctima se había efectuado en el lugar de trabajo, por lo que, de acuerdo con las pruebas aportadas en la causa, también cabía la responsabilidad del empleador en virtud del art. 19 de la ley 9688.<sup>528</sup>

El 03/02/2017, semanas antes del dictado del fallo "Villamil", el Procurador Fiscal ante la CS, Víctor Abramovich, emitió su dictamen en "Ingegnieros". Realizó una

---

<sup>525</sup> *Ibidem.*

<sup>526</sup> Afarian, Jorge, “La nueva modificación del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad. Un recorrido por las recientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *La Ley*, 13/04/2021, Cita: TR LALEY AR/DOC/588/2021.

<sup>527</sup> *Ibidem.*

<sup>528</sup> *Ibidem.*

remisión expresa al Cód. Civ. y Com., en especial al art. 2561, y entendió que esta norma era aplicable al caso. En efecto, como expresó, este artículo "excluye de las reglas de la prescripción a las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad, esto es, conductas que por su gravedad y significado trascienden la esfera de los individuos como perpetrados o víctimas, y repugnan la conciencia de la humanidad en su conjunto" (Dictamen del Procurador, pto. IV).<sup>529</sup>

De acuerdo con Abramovich, esta norma procuró receptor en la esfera civil los principios emergentes del derecho internacional vinculados a delitos de lesa humanidad, "a fin de atribuir responsabilidad por la comisión de los hechos ilícitos, asegurar la reparación de las víctimas de las más graves violaciones de derechos humanos y propender a la búsqueda de la verdad de lo sucedido (...)" (Dictamen del Procurador, pto. IV). En este sentido, al igual que la imprescriptibilidad en el ámbito penal, la imprescriptibilidad de las acciones de responsabilidad civil "procura evitar los factores que determinan la impunidad de los autores y responsables de estos crímenes, contribuir con el derecho a la verdad, la memoria y la justicia y asegurar el acceso a las víctimas a la reparación" (Dictamen del Procurador, pto. IV).<sup>530</sup>

Entendió que no era aplicable el art. 2537, puesto que el art. 2561 no modifica los plazos de prescripción, sino que directamente excluye de esta regla a las consecuencias civiles de delitos de lesa humanidad, en consonancia con las obligaciones internacionales a cargo de los estados. Agregó que, por mandato del art. 7° del Cód. Civ. y Com. sobre la eficacia temporal de las leyes, el art. 2561 es aplicable debido a que esta trata sobre una relación jurídica existente que aún no se ha agotado. El delito civil comenzó a producirse a partir de la desaparición de Ingegnieros y la víctima aún se encuentra desaparecida (argumento consonante, por ejemplo, con el fallo "Tarnopolsky"), más allá de la declaración judicial de su desaparición forzada. Sumado a ello, la ley 9688 no contiene una regla de prescripción con relación a las acciones derivadas de los delitos de lesa humanidad, por lo que corresponde recurrir subsidiariamente a las reglas contenidas en el derecho común, en este caso el art. 2561 del Cód. Civ. y Com., como recurso para proteger al trabajador/a.<sup>531</sup>

Posteriormente el día 09/05/2019, la Corte Suprema dicta su fallo, en similares términos que la mayoría en "Villamil", pero con diferentes expresiones

---

<sup>529</sup> *Ibidem.*

<sup>530</sup> *Ibidem.*

<sup>531</sup> *Ibidem.*

particulares a favor y en disidencia. La mayoría de la CS, en lo que aquí interesa, considera viable la prescripción opuesta por la defensa de Techint SA. En efecto, de acuerdo con la defensa de la empresa, la CNTrab. se apartó de la doctrina establecida en "Larrabeiti Yáñez", al no distinguir entre la acción penal proveniente de los delitos de lesa humanidad y la acción de resarcimiento patrimonial, ya que esta atañe a una materia disponible por las partes. Por ende, es inatendible la imprescriptibilidad a las acciones civiles (y, por extensión, las laborales) en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>532</sup>

En concordancia con "Villamil", la CS consideró que en las acciones indemnizatorias está en juego el interés patrimonial de los reclamantes, mientras que en las acciones penales está comprometido el interés de la comunidad internacional. El art. 2561 no sería aplicable, en virtud del 2537 del Cód. Civ. y Com. (contrariamente a lo dispuesto por el Procurador Fiscal), ya que los plazos de prescripción no se encontraban vigentes al momento del dictado del nuevo Código, extintos mucho tiempo antes de la interposición de la demanda en 2008. La necesidad de otorgar certeza a las obligaciones, fundamento del instituto de la prescripción, no puede desconocerse aún en esta clase de delitos.<sup>533</sup>

Lo verdaderamente novedoso del voto de la mayoría es su expresa alusión a un caso reciente de la Corte IDH, "Órdenes Guerra vs. Chile", en el que se estableció que la prescripción no puede ser impedimento para las víctimas, en su derecho a una reparación plena. Ello en virtud de la obligación de índole internacional que pesa sobre el Estado. Sin embargo, irónicamente, la CS utilizó este precedente para alejarse de las conclusiones de este y expresó que las circunstancias analizadas por la Corte IDH son bien diferentes que las de "Ingegnieros". Aquí no se juzga la responsabilidad estatal, ni las reparaciones otorgadas por este.<sup>534</sup>

En su voto concurrente, el juez Ricardo Lorenzetti hizo especial hincapié en el necesario respeto que deben dispensarse a los precedentes de la CS, tanto por esta en situaciones similares como por los tribunales inferiores, por razones de seguridad jurídica y la posición de la CS como máxima intérprete constitucional. La CNTrab., en los dos fallos dictados a propósito de "Ingegnieros", no tuvo en consideración los precedentes de la CS (a excepción del voto en disidencia de la jueza García Margalejo). Respecto de los

---

<sup>532</sup> *Ibidem.*

<sup>533</sup> *Ibidem.*

<sup>534</sup> *Ibidem.*

precedentes, Lorenzetti se refiere al pronunciamiento en "Larrabeiti Yáñez", en el que se declaró la prescriptibilidad de las acciones civiles (y laborales) conexas a delitos de lesa humanidad, dado su carácter disponible, renunciable y exclusivo de las partes interesadas en su percepción. Sin perjuicio de ello, aun asiste el derecho a reclamar la reparación económica reconocida en las leyes especiales. Este criterio es coincidente con el art. 4019 del Cód. Civil vigente en la época en la que los hechos del presente reclamo se suscitaron, que consagra como principio general que todas las acciones civiles son prescriptibles.<sup>535</sup>

El juez Lorenzetti tampoco declara aplicable el art. 2561 del Cód. Civ. y Com., dado lo dispuesto por el art. 2537 del mismo cuerpo legal, cuestión ya analizada por la Corte Suprema en "Villamil". Agrega a su vez, que el art. 2561 declara imprescriptibles las "acciones civiles" derivadas de delitos de lesa humanidad, no así las de carácter estrictamente laboral. Del lado del derecho internacional, tampoco existe ninguna norma que avale aquella imprescriptibilidad, remitiéndose a los fundamentos que en este sentido ofreció la CS en "Villamil".<sup>536</sup>

En cuanto al voto en disidencia conjunto de los jueces Maqueda y Rosatti, en lo sustancial se remiten a sus respectivas opiniones en el fallo "Villamil", particularmente en su análisis del instituto de la prescripción y la consiguiente imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias, en sintonía con las disposiciones de la CN (principalmente el art. 19), instrumentos, declaraciones y sentencias de la CS en materia de derechos humanos. No dejan de agregar que "dichos principios fueron recogidos por el legislador al adecuar a ellos el ordenamiento infraconstitucional mediante la incorporación de disposiciones que reconocen su primacía y que, en lo que específicamente atañe a la cuestión bajo examen, establecen que las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles (cfr. arts. 10, 2º y 2561 del Cód. Civ. y Com.)" (pto. 6).<sup>537</sup>

Los jueces realizan una reseña sobre el accionar de la dictadura cívico-militar, con sus objetivos y finalidades, además del rol de la empresa Techint S.A. en aquel contexto. Concluyen que más allá de que las demandas en sede penal y en sede civil posean fundamentos muy diversos, ellas son complementarias y el Estado cumple adecuada y acabadamente con las obligaciones asumidas en materia de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos al atender ambos ámbitos. En este sentido, son tan importantes la investigación y punición de los delitos de lesa humanidad,

---

<sup>535</sup> *Ibidem.*

<sup>536</sup> *Ibidem.*

<sup>537</sup> *Ibidem.*

como su reparación. A su vez, citan los considerandos de la sentencia de la Corte IDH, en "Órdenes Guerra vs. Chile", a favor de la reparación plena ante delitos de lesa humanidad.<sup>538</sup>

Finalmente, los jueces hacen hincapié en que la demanda resarcitoria fue interpuesta ante una empresa privada, basándose en la participación necesaria que tuvieron sus directivos o jerárquicos junto con el terrorismo de Estado. Al respecto, aportan las consideraciones y conclusiones de la CNTrab. sobre la participación empresarial en la desaparición de Ingegnieros. Más allá de que en "Villamil" el demandado fue el Estado y aquí fue la empresa Techint S.A., los jueces expresan que los fundamentos normativos y jurisprudenciales son aplicables y declaran la imprescriptibilidad de la acción resarcitoria, dado que el origen del reclamo fue el mismo: un crimen de lesa humanidad. Los estados tienen el deber de erradicar la impunidad, no solo en el ámbito penal, sino en lo que concierne a las reparaciones.<sup>539</sup>

#### **16.6. "Yoma" (2020).**

En el presente caso, el actor José Tomás Yoma promovió demanda contra el Estado nacional por la reparación de los daños y perjuicios sufridos por haber sido forzado a exiliarse del país junto con su esposa y abandonar su trabajo como empleado de la Universidad Nacional de Córdoba. Su esposa fue arbitrariamente detenida (su hijo nació en cautiverio) y el exilio de la familia se produjo entre los años 1975 y 1983, en los que se radicaron en Venezuela. En aquel período nacieron otros dos hijos del matrimonio. A tal efecto, planteó la imprescriptibilidad de la acción civil emergente de delitos de lesa humanidad. El Estado nacional planteó la excepción de prescripción de la acción civil (art. 4037 del Cód. Civil), la que fue declarada improcedente en primera instancia. Apelada la sentencia, la Cámara Federal de la Cuarta Circunscripción Judicial (CFCCJ) fue por el camino contrario, y aseveró que la reparación dineraria responde al interés estricta y exclusivamente patrimonial de los particulares y constituye materia disponible y renunciabile.<sup>540</sup>

La actora interpuso una queja ante la denegación del recurso extraordinario. El 17/10/2019, la CS, por la mayoría compuesta por los jueces Carlos Rosenkrantz, Ricardo Lorenzetti y la jueza Elena Highton de Nolasco, se remite a la sentencia "Villamil" por razones de brevedad, y declaró improcedente el recurso extraordinario. Por otro lado,

---

<sup>538</sup> *Ibidem.*

<sup>539</sup> *Ibidem.*

<sup>540</sup> *Ibidem.*

el juez Juan Carlos Maqueda, en su disidencia también se remite a sus votos en "Villamil" e "Ingenieros" para apoyar la declaración de imprescriptibilidad de la acción resarcitoria.<sup>541</sup>

El único juez que ofrece un voto más sustancial es Horacio Rosatti, también en disidencia. Es interesante que, con cita a otras sentencias de la CS, el voto equipara el término "detención" al lapso transcurrido en el exilio por personas perseguidas ilegalmente, pues este término, no solo en esa ley sino también para el sentido común, significa distintas formas de menoscabo a la libertad ambulatoria. En este sentido, el caso amplía las situaciones y demandas susceptibles de ser reclamadas a partir de las nuevas (y no tan nuevas) disposiciones nacionales (como las de la CN y el Cód. Civ. y Com.) e internacionales (como los tratados internacionales con jerarquía constitucional del art. 75, inc. 22 de la CN).<sup>542</sup>

Finalmente, y de acuerdo con numerosas consideraciones que son casi idénticas a sus votos en "Villamil" e "Ingenieros", concluye que tanto la acción indemnizatoria como la penal se derivan de un mismo hecho, y que, reconocida la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad desde la óptica penal, la reparación indemnizatoria de esos crímenes no puede sujetarse a plazo de prescripción liberatoria, en contra de las obligaciones de reparación integral a la cabeza del Estado.<sup>543</sup>

#### **16.7. "Crosatto" (2020).**

Sobre el caso nombrado, Ernesto Lombardi nos dice que "el 12 de noviembre de 2020 la CS ha dictado el Fallo Crosatto, declarando inadmisibile el recurso extraordinario presentado por dos víctimas que reclamaban la reparación civil de los daños derivados de los delitos de lesa humanidad por ellos sufridos en la última dictadura cívico militar. Lo hizo por el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sin fundamentar y basándose en dos precedentes. Se impuso el criterio de la mayoría conformada los jueces Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos Fernando Rosenkrantz, junto a la jueza Elena I. Highton de Nolasco, quienes mantienen una contumaz interpretación que contradice la voluntad soberana de quienes tienen la facultad constitucional de legislar, y

---

<sup>541</sup> *Ibidem.*

<sup>542</sup> *Ibidem.*

<sup>543</sup> *Ibidem.*

del Poder Ejecutivo que ha promulgado y publicado las leyes que contradicen esa posición.”<sup>544</sup>.

Asimismo, Lombardi manifiesta que “es justo mencionar los votos en disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda, que ratificaron sus posiciones en fallos anteriores a favor de la imprescriptibilidad, que compart[e].”<sup>545</sup>.

La mayoría cortesana mencionada “ha impuesto el principio, que no es pacífico para la doctrina, que incluye a las víctimas de estos aberrantes delitos, en la concepción que compartimenta al derecho penal respecto del resto de las materias. Es decir, se considera penalmente imprescriptibles a aquellos aberrantes delitos, por tratarse de crímenes que afectan a la humanidad toda, sin embargo, su reparación civil y laboral sigue atada a las normas de la prescripción liberatoria, por entenderlas como meras cuestiones patrimoniales y, por lo tanto, renunciables y disponibles.”<sup>546</sup>.

Los votos en disidencia conformada por “los jueces Rosatti y Maqueda, que ratificaron sus posiciones en fallos anteriores a favor de la imprescriptibilidad ... Es a su vez la plasmada en el Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994, en el año 2014 y más contundentemente a fines de 2020 con la ley 27.586.”<sup>547</sup>.

Recordemos, que la presente sentencia fue “dictada al día siguiente de la sanción de la ley 27.586, modificatoria del Cód. Civ. y Com. Aquí, al igual que en “Ingenieros”, los actores Julio D’Alessandro y Hugo Crosatto, eran trabajadores y representantes sindicales de la empresa Daimler Chrysler Argentina (ex Mercedes Benz Argentina). Ellos inician una demanda contra el Estado nacional y la empresa por los daños y perjuicios sufrieron con motivo de la connivencia de la empresa y el Estado durante el período 1975-1983, que incluye la persecución de la que fueron víctimas al haber sido señalados por su empleadora como opositores al gobierno.”<sup>548</sup>

En instancias anteriores, los jueces hicieron lugar a la excepción de prescripción opuesta tanto por el Estado nacional (sustentada en el plazo bienal del art. 4037 del antiguo Cód. Civil) como por la empresa (no existe un hecho antijurídico atribuible

---

<sup>544</sup> Lombardi, Ernesto F., “La república en un diálogo de sordos”, Buenos Aires, en *La Ley Revista DPyC*, Año XI, Número 4, Mayo 2021, p. 81.

<sup>545</sup> *Ibidem*.

<sup>546</sup> *Ibidem*, pp. 81-82.

<sup>547</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>548</sup> Afarian, Jorge, “La nueva... *Op. Cit.*”

a su accionar, además de que la imprescriptibilidad civil es inviable). Tanto en primera como en segunda instancia se refirieron al extenso período (veintitrés años) entre la posibilidad de plantear la demanda y su efectiva interposición por parte de los actores. Además, la acción resarcitoria es pasible de prescripción, debido a que constituye materia disponible por los afectados.<sup>549</sup>

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, incluso expresó que el "clima de terror y miedo" que se habría prolongado luego de 1983 "no reviste entidad suficiente para justificar una demora de más de dos décadas en iniciar la acción de responsabilidad civil, más aún a partir del clima democrático que reinó en el país desde el año 1983, cuando comenzaron a juzgarse penalmente los crímenes que aquí se invocan" (voto del juez Rosatti, pto. 2).<sup>550</sup>

Los actores, ante las respuestas negativas a su pretensión acudieron a la CS y afirmaron, en lo que aquí interesa, que las decisiones se encuentran en franca oposición al art. 2561 del Cód. Civ. y Com., puesto que este es plenamente aplicable al caso. En idéntica mayoría y minoría que en el caso "Yoma", es el juez Rosatti quien hace una reseña del caso y, al igual que el voto del juez Maqueda en este caso, se remite a las disidencias en "Villamil" e "Ingegnieros" para aceptar la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias conexas a crímenes de lesa humanidad.<sup>551</sup>

Si bien, en lo sustancial, ninguna de las dos últimas sentencias aporta nuevos fundamentos a la imprescriptibilidad, sí es interesante como ampliación y justificación de los casos en los que tal reparación puede exigirse. Sin perjuicio de que estos no son los primeros casos de aquella ampliación, sí aportan en la temática de la prescripción. A la vez, constituyen reafirmaciones de las visiones amplias que deben primar en la interpretación del derecho internacional y el derecho interno. ... aun las disidencias pueden constituir insumos para las modificaciones normativas posteriores.<sup>552</sup>

### **17. La doctrina argentina sobre la prescripción de la acción civil.**

En la doctrina nacional distinguimos claramente dos posturas antagónicas respecto a la procedencia o no de la imprescriptibilidad referida.

A continuación, en este acápite trataremos dichas posturas doctrinarias.

---

<sup>549</sup> *Ibidem.*

<sup>550</sup> *Ibidem.*

<sup>551</sup> *Ibidem.*

<sup>552</sup> *Ibidem.*

### 17.1. Tesis negatoria.

En la tesis negatoria sobre la procedencia de la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias por daños derivados de la comisión de delitos de lesa humanidad, encontramos la postura de Aída **Kemelmajer de Carlucci**, quien afirma que “un nuevo paso, muy peligroso en mi opinión, se ha dado a favor de la imprescriptibilidad en un caso en el que se demandó a un particular, a quien se sindicó como cómplice de los delitos de lesa humanidad ... Por mi parte, no me animo a vaticinar la imprescriptibilidad, especialmente, frente a lo dispuesto por las Reglas de UN, ates transcriptas, que expresamente aceptan la prescriptibilidad, si bien señalando que el plazo no debe ser angustiante.”<sup>553</sup>.

Por otra parte, Ricardo **Guibourg** refiriéndose a una posible respuesta de la CIDH sobre el tema, nos dice “Se ha pronunciado sobre la imprescriptibilidad de la acción penal, pero no sobre la civil. Es difícil decir qué es lo que resolvería, pero el impulso justiciero que se advierte en el derecho internacional humanitario permite conjeturar una aceptación de la imprescriptibilidad”<sup>554</sup>.

Prosigue Guibourg, y “Alerta, entonces, sobre el problema de la eliminación de las garantías, a la manera del derecho penal del enemigo, que puede extenderse a un “derecho civil del enemigo”<sup>555</sup>.

Dice Guibourg que “No se pretende defender a tales enemigos, que también son los nuestros, pero como cada uno tiene sus propios grupos de enemigos, tratemos de reconstruir un derecho general en el que las preferencias morales del intérprete, buenas o malas, desempeñen un papel menos trascendente que el que se le asigna crecientemente”<sup>556</sup>.

El constitucionalista Jorge Alejandro **Amaya**, hace un análisis crítico sobre los votos mayoritarios de los camaristas del fuero laboral en el fallo “Ingenieros”, que es interesante traerlo a debate, a fin de entender la posición negativa sobre la procedencia de la imprescriptibilidad de la acción civil resarcitoria aludida.

Allí, Amaya afirma que “[e]n términos de la clara doctrina sentada por el

---

<sup>553</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Las medidas de reparación en las sentencias en las que la Argentina resultó condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Sumario XII. *La cuestión de la prescripción de la acción para reclamar la indemnización de los daños causados por ataques a los derechos humanos*, en La Ley Online, Thomson Reuters, Cita Online AP/DOC/135/2013.

<sup>554</sup> Guibourg, Ricardo, *Imprescriptibilidad de la responsabilidad civil por crímenes contra la humanidad*, La Ley -LL 2012-B-161-.

<sup>555</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Las medidas...Op. Cit.*

<sup>556</sup> Guibourg, Ricardo, *Imprescriptibilidad de la responsabilidad civil por crímenes contra la humanidad*, La Ley -LL 2012-B-161-.

Máximo Tribunal al respecto que, en el caso y a mi criterio no resultaba dispensable por el Tribunal de alzada en consideración a la particular temática federal tratada que trasciende por cierto el reclamo laboral, los jueces tenían ante sí -aunque el contexto parezca indicar lo contrario- un caso "jurídicamente fácil" porque el derecho y la doctrina del Alto Tribunal dejaba al descubierto una solución inequívoca, a través de un razonamiento judicial deductivista." <sup>557</sup>

A pesar de ello, dice Amaya, que "movidos por su cosmovisión histórica política del país y su posición ideológica, trazaron razonamientos en base a presupuestos fácticos inexistentes o no probados; y reglas y principios interpretados y adaptados a su deseada solución final: la imprescriptibilidad -en el marco del bloque de constitucionalidad federal- de la acción resarcitoria de daños derivados de un accidente laboral, vinculado -supuestamente- a un delito de lesa humanidad." <sup>558</sup>

Para finalizar, el autor citado, dijo en ese momento "Desconocemos el estado procesal actual de la causa, pero cabe esperar por el bien del derecho de nuestro país, que la arbitrariedad manifiesta de esta sentencia sea oportunamente dejada sin efecto por la Corte Suprema de Justicia." <sup>559</sup>

Por su parte, Edgardo **López Herrera** dice que "No es posible aplicar esa especie de paralelismo de las formas, ni es cierto que la imprescriptibilidad penal provoque una imprescriptibilidad civil. Incluso los autores que propugnan la imprescriptibilidad de la acción civil reconocen que "los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen universalmente [...] la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, incluyendo la desaparición forzada de personas y el derecho de las víctimas, de la cual no necesariamente se sigue que las consecuencias civiles de tales crímenes de Derecho Internacional no podrían estar sujetas a prescripción" <sup>560</sup>

Además, López Herrera afirma que "La prescripción penal y la civil, si bien ambas son extintivas, una de la pena y de la acción penal y la otra de la acción civil, son distintas, porque las acciones que extinguen también lo son" <sup>561</sup>

López Herrera entiende que "La diferencia más sustancial es que la prescripción penal de delitos de lesa humanidad, por el principio de personalidad de la

---

<sup>557</sup> Amaya, Jorge A., "La seducción política del derecho", en *La Ley*, Cita: TR LALEY AR/DOC/4788/2012.

<sup>558</sup> *Ibidem*.

<sup>559</sup> *Ibidem*.

<sup>560</sup> López Herrera, Edgardo S., *La Corte Suprema de la Nación rechaza la imprescriptibilidad de la acción de daños sufridos por los familiares de desaparecidos durante la dictadura*, en *La Ley*, Thomson Reuters, Cita Online: 0003/013600.

<sup>561</sup> *Ibidem*.

pena, declara imprescriptibles acciones o penas inseparables de la persona. Dicho de otra manera, en la prescripción penal, aun de las acciones imprescriptibles, hay un claro límite final de la acción penal que es la muerte del imputado. En cambio, en las acciones civiles rigen dos principios distintos: el de la transmisibilidad del crédito y de la deuda y el de la posibilidad de accionar contra otros responsables. Si fuese cierta esta relación entre la imprescriptibilidad penal y civil, deberíamos aceptar que cuando el imputado muere la acción civil comienza a prescribir, lo que no es cierto si la persona sigue desaparecida, como tampoco lo es que si se encuentran los cadáveres de las víctimas, la acción penal del delito de lesa humanidad de desaparición forzada de personas inicia su prescripción.”<sup>562</sup>

Declarar imprescriptible una acción de daños, según López Herrera, “quiere decir que es posible reclamar los daños no sólo al autor de la desaparición sino también a sus herederos y a los responsables y obligados a garantizar su conducta, en especial al Estado, que ya ha ofrecido una reparación a las víctimas en cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos, reparación que está sujeta a plazos de caducidad.”<sup>563</sup>

Asimismo, López Herrera manifiesta que “Sobre este punto se ha pronunciado por primera vez la Corte Suprema en el caso anotado, y ha dicho que este tipo de acciones civiles de daños no son imprescriptibles. Así, en el consid. 5 del voto de la mayoría, conformada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay, claramente se dice que “...no es atendible el argumento en virtud del cual la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial es imprescriptible porque nace de delitos de lesa humanidad, imprescriptibles desde la óptica del reproche penal. Ello es así porque la primera atañe a materia disponible y renunciable, mientras que la segunda, relativa a la persecución de los delitos de lesa humanidad, se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados (conf. Fallos 311:1490).”<sup>564</sup>

Para López Herrera “el fallo tiene notables aciertos, y sólo hemos disentido en el inicio del curso de la prescripción. ... Con este fallo quizás haya un ahorro en las indemnizaciones a pagar.”<sup>565</sup>

---

<sup>562</sup> *Ibídem.*

<sup>563</sup> *Ibídem.*

<sup>564</sup> *Ibídem.*

<sup>565</sup> *Ibídem.*

En este caso la C.S.J.N. “sabe que los hermanos Larrabeiti Yañez pueden cobrar la indemnización prevista en la ley 24.411. No sólo ellos pueden hacerlo sino también cualquier otra víctima, aun si no inició acción de daños hasta la fecha por la prórroga contenida en la ley 26178. Dicho de otro modo: la Corte está muy al tanto de que no deja a nadie sin una reparación a cargo del Estado. No interesa que no sea integral, pero es una indemnización de daños al fin, que en la medida en que no sea confiscatoria con la relación a los daños sufridos será constitucional.”.<sup>566</sup>

Finalmente alega López Herrera que “Con este nuevo criterio difícilmente pueda demandarse al Estado por la acción común de daños. Además, muchas de las acciones iniciadas dos años después de conocido el informe de la Conadep se verán destruidas por la prescripción. Las víctimas sólo tienen el camino de la reparación administrativa y tarifada, mientras no se decida no renovar los plazos de caducidad. Es eso o la nada. Como dice la canción, el Estado ahora tiene la sartén por el mango y el mango también. Con “Larrabeiti Yañez” son las mayorías políticas del Congreso las que decidirán hasta cuándo se puede solicitar este tipo de beneficios.”.<sup>567</sup>

## 17.2. Tesis positiva.

Para iniciar este acápite, es interesante lo que nos señala Juan Carlos **Hitters**, que “Antes que nada, conviene alertar que el tema de la prescripción de la reparación en los delitos de lesa humanidad tiene que ser estudiado a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de los tratados que lo regulan, porque desde la fría vertiente del derecho civil y del derecho penal común no cabe duda de que, por regla, las cuestiones en general prescriben en el transcurso del tiempo, tanto las acciones, como las indemnizaciones y las penas, por razones de seguridad jurídica. Ya los viejos romanos decían que los pleitos tengan fin, lo que conlleva en paralelo el postulado de la indestructibilidad de la cosa juzgada.”.<sup>568</sup>

Nos menciona **Montilla Zavalía**, que “Entre la doctrina predomina la posición de considerar que la acción de resarcimiento civil por los delitos de lesa humanidad resulta imprescriptible”.<sup>569</sup>

---

<sup>566</sup> *Ibíd.*

<sup>567</sup> *Ibíd.*

<sup>568</sup> Hitters, Juan Carlos, “¿Prescribe la reparación civil en los delitos de lesa humanidad? Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina (mayoría y minoría) y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos”, en *LA LEY*, 21/08/2019, Cita Online: AR/DOC/2406/2019, p. 1.

<sup>569</sup> Montilla Zavalía, Feliz Alberto, *La acción de responsabilidad derivada del delito de lesa humanidad a la luz del Código Civil y Comercial y el régimen de responsabilidad del Estado*, en *El Derecho*, Buenos Aires, 27/04/2016, ISSN 1666-8987, N°13.944, Año LIV, ED 267, p. 2.

Al respecto, **Morlachetti** dice que “es a partir de su obligación básica de respetar y de asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos que el Estado debe garantizar el acceso igual y efectivo a la justicia; a la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y el acceso a información pertinente sobre los abusos y los mecanismos de reparación. Y es en esta inteligencia de que la reparación integral impuesta por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (LA 1994-B-1615) y la normativa internacional debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio a fin de no incurrir en responsabilidad internacional, que la acción civil o administrativa que persiga la reparación de las víctimas en casos de crímenes de lesa humanidad no debería estar sujeta a prescripción.”.<sup>570</sup>

Por su lado, **Botassi** dice que así “como quedó superado el debate respecto de la vindicta penal el tema todavía registra algún grado de controversia con relación a la posibilidad de prescripción de la acción (mal llamada “civil”) indemnizatoria. En este terreno las aguas están divididas, registrándose posturas partidarias de la extinción de la acción a los dos años de ocurridos los hechos por aplicación del artículo 4037 del Código Civil (salvo naturalmente circunstancias excepcionales de suspensión o interrupción) sin que falten quienes piensan que la imprescriptibilidad de la pena se extiende a la acción indemnizatoria. Nos enrolamos decididamente en la segunda postura, no sólo porque desde el punto de vista axiológico es la que mejor atiende a la posición de la víctima sino también por estrictas razones jurídicas...”.<sup>571</sup>

Continua Botassi considerando “que tanto la responsabilidad penal como la reparatoria resultan inescindibles debido a que la obligación de los Estados no se agota con el juzgamiento y condena de los culpables del ilícito sino que se extiende al deber de resarcir a las víctimas. Sobre todo si se advierte que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone en su artículo 27 que los Estados partes no pueden invocar reglas de derecho interno para desconocer sus compromisos internacionales. Diferenciar los aspectos penales y los civiles de los delitos de lesa humanidad, para concluir que la reparación de los daños queda burlada debido al transcurso del tiempo, hace incumplir la obligación internacional de compensar a las víctimas del terrorismo de

---

<sup>570</sup> Morlachetti, Alejandro, *Crímenes de lesa humanidad. El deber internacional de la reparación integral y la imprescriptibilidad de la acción civil*, en La Ley, Thomson Reuters, Cita Online: 0003/013312.

<sup>571</sup> Botassi, Carlos A., *Lesas humanidad, responsabilidad civil del Estado y prescripción*, en La Ley 2013-C,643, Cita Online: AR/DOC/1397/2013.

Estado antes recordada, habilitando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”<sup>572</sup>

Para concluir su análisis, Botassi nos dice que “parece evidente que desde la óptica de los objetivos y funciones del Estado la prescripción extintiva de los derechos individuales debe admitirse excepcionalmente cuando resulte equitativa por dirimir conflictos dudosos según las circunstancias de la causa. En materia de delitos de lesa humanidad, en cambio, probada la autoría y responsabilidad de agentes estatales en sentido amplio (incluyendo que participaron de los hechos dañosos), retornando con las penurias conocidas el Estado de Derecho no resulta éticamente tolerable, ni jurídicamente procedente, privar de compensación a quienes soportaron gravísimos daños morales, psíquicos, espirituales y también patrimoniales.”<sup>573</sup>

El jurista Carlos Alberto **Díaz** sostuvo que “el principio resarcitorio es el elemento per se de la imprescriptibilidad. No es el penal, porque éste es finito, se agota con la desaparición de los responsables fácticos e ideológicos de la barbarie. En cambio los Estados responsables persisten en el tiempo más allá de la vida de los genocidas. En consecuencia, la cualidad que hace a la existencia de la imprescriptibilidad es la resarcitoria porque al presuponerse la perpetuidad de los Estados modernos ésta se extiende ilimitadamente en el tiempo... porque es el Estado en definitiva quien por acción u omisión ha provocado el daño resarcible.”<sup>574</sup>

Por otra parte, Eduardo **Jiménez** afirma “que la prescripción no puede separarse sin más de la pretensión jurídicamente demandable (CSJN, Fallos: 308:1101). En consecuencia, cuando nos encontramos ante un reclamo indemnizatorio generado por un accionar ilícito cuya acción penal debe considerarse imprescriptible por derivar de la comisión de un delito de lesa humanidad, y dado que en estas cuestiones, la acción civil es una consecuencia del hecho ilícito mencionado, con cierta dosis de accesoriedad que sella su suerte, sobre todo teniendo en cuenta el régimen del derecho internacional en vigor respecto de ésta cuestión, esta última acción debe considerarse también imprescriptible.”<sup>575</sup>

---

<sup>572</sup> *Ibidem*.

<sup>573</sup> *Ibidem*.

<sup>574</sup> Díaz, Carlos Alberto, *La imprescriptibilidad Penal y Resarcitoria de los Crimines de Lesa Humanidad*, Librería de la Paz, 2006, con Prólogo de Adolfo Pérez Esquivel, p. 137.

<sup>575</sup> Jiménez, Eduardo P., *Acerca de la imprescriptibilidad de las acciones civiles para reclamar daños y perjuicios derivados de delitos de lesa humanidad*, en La Ley RCyS2010-IX,84, Cita Online: AR/DOC/5585/2010.

Jiménez concluye diciendo “Entiendo que los términos de la norma son suficientemente precisos como para afirmar que las acciones (también las civiles a fin de obtener las reparaciones pertinentes) son imprescriptibles...”.<sup>576</sup>

Otra mirada sustancial, es la que nos brinda Juan Carlos **Reynaga** cuando dice “...adelantamos que habremos de pronunciarnos sobre la necesaria accesoriadad entre ambas acciones en lo relativo a ésta especial clase de delitos. En efecto, es reconocido que tanto la pena como la indemnización son ambas consecuencias de actos contrarios a derecho, es decir injustos. La diferencia entre ellos es que el injusto penal prevé, cuando es culpable, la aplicación de alguna de las penas previstas por el Código Penal y el injusto civil es origen y fuente de la obligación de resarcir el daño causado, en tanto la normativa del Código Civil. Pero cuando ambas consecuencias están unidas por el hilo conductor que encuentra su origen en el acto disvalioso, objetivamente individualizado como un curso causal que necesariamente produce ambas consecuencias, la dependencia es total y entonces ambas esferas normativas están tan imbricadas que es imposible separarlas.”<sup>577</sup>.

Además, Reynaga pone en crisis el argumento falaz de la disponibilidad y renunciabilidad de la acción resarcitoria, que nos viene dado desde los tiempos de “Olivares”, al respecto nos dice:

“En definitiva, la Corte IDH afirma que tanto el deber de investigar y perseguir violaciones graves a los derechos humanos —no sólo delitos de lesa humanidad— como el de ofrecer una reparación adecuada a las víctimas no puede ser obviado mediante la invocación a normas de derecho interno. Y ello, al menos, parece poner alguna sombra sobre la caracterización que la Corte ofrece de la acción de reclamo de resarcimiento patrimonial como “disponible y renunciable” y sustancialmente distinta de la obligación de evitar la impunidad. Quien ha sido víctima puede optar por no reclamar una indemnización si así lo desea, pero ello no implica que las autoridades u otros particulares puedan escudarse, sin más, en el régimen legal de la prescripción si sucede lo contrario, sin considerar antes si efectivamente la reparación ha sido satisfecha en plenitud.”<sup>578</sup>.

Asimismo, es necesario tener presente el análisis del jurista catamarqueño cuando dice que “Al respecto, las diversas normativas en materia de indemnizaciones por los llamados delitos de lesa humanidad procuraron en los últimos años en la argentina

---

<sup>576</sup> *Ibidem*.

<sup>577</sup> Reynaga, Juan C., *Crimen Organizado y Delitos Federales Complejos*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2018, p. 313.

<sup>578</sup> *Ibidem*, p. 314.

reparar económicamente los daños sufridos sin importar que las acciones por responsabilidad civil estuvieran prescriptas. En cuanto a la estricta aplicación de la ley 24.447, como punto de partida es necesario explicitar que el eventual crédito a favor de particulares contra el Estado Nacional surge a partir del dictado de la presente sentencia y no de la fecha en que la ley incluye como momento de caducidad, criterio éste que implícitamente fue acordado por el Estado Nacional al refrendar indemnizaciones a víctimas del terrorismo de estado desde los comienzos de la democracia a la actualidad, tanto por expedientes administrativos —en referencia a la temática— como por sentencias judiciales que lo imponen. De igual modo y en mérito a la obligación de cumplimiento dada por el gobierno argentino a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la reparación integral a las víctimas importa una forma de evitar las sanciones internacionales que podría haber sufrido nuestro Estado, por lo que la aplicación de la ley 24.447 importa incumplir dicho compromiso internacional dado en el marco referenciado. Completando lo expresado con los fallos Giroldi, Ekmekjian, Fibraca, Haguelin y Cafés La Virginia, surge que la Corte implícitamente exceptúa los derechos emergentes de los rigores de la ley 24.447 —de normativa interna de emergencia de un Estado—.”<sup>579</sup>.

Y, concluyendo Reynaga, dice que “A los fines de contar con una mayor base de apoyo en la cuestión a resolver cuadra resaltar que la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán en expediente “Cabe Estructura SC vs Universidad Nacional de Catamarca” rechaza el planteo del Estado Nacional acerca de la aplicación de la Ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra éste último.”<sup>580</sup>.

Lombardi señala que la mayoría de la Corte Suprema “ha impuesto el principio, que no es pacífico para la doctrina, que incluye a las víctimas de estos aberrantes delitos, en la concepción que compartimenta al derecho penal respecto del resto de las materias. Es decir, se considera penalmente imprescriptibles a aquellos aberrantes delitos, por tratarse de crímenes que afectan a la humanidad toda, sin embargo, su reparación civil y laboral sigue atada a las normas de la prescripción liberatoria, por entenderlas como meras cuestiones patrimoniales y, por lo tanto, renunciables y disponibles.”<sup>581</sup>.

---

<sup>579</sup> *Ibidem*, pp. 314-315.

<sup>580</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>581</sup> Lombardi, Ernesto F., “La república en un diálogo de sordos”, Buenos Aires, en *La Ley Revista DPyC*, Año XI, Número 4, Mayo 2021, pp. 81-82.

El autor citado, dice que “en principio, que no ha sido la regla que las víctimas reclamaran como actor civil en juicios de lesa humanidad, ni que demandaran en sede civil o laboral, por los daños derivados de los aberrantes delitos sufridos. Y cuando lo han hecho su interés estaba puesto más en el simbolismo del reconocimiento del daño causado que en el aspecto patrimonial. Ello se debe a que las prioridades fueron otras, que pasan por andariveles que hacen a necesidades más espirituales que materiales. Es por eso por lo que el camino recorrido a través de décadas de lucha, de las víctimas sobrevivientes, de sus familiares, de los organismos de DD.HH. y en definitiva del pueblo que ha acompañado esa lucha, se resume en tres palabras, que son, *Memoria, Verdad y Justicia*. De modo, que todo lo que contribuya a darle contenido a esos tres significantes, hace a la reparación integral, y están imbuidos de un carácter espiritual: “[I]nsusceptible de apreciación económica”.”.<sup>582</sup>

Sin embargo, -afirma Lombardi- que “cuando hablamos de daños por graves violaciones a los DD.HH., especialmente a los cometidos en la última dictadura cívico militar, emerge el instituto de la prescripción liberatoria, que es la cortapisa que pretende diferenciar, según la materia del derecho que lo trate, si son imprescriptibles o no.”.<sup>583</sup>

Nos termina diciendo que, “La sombra del poder económico condiciona el derecho de las víctimas a la reparación integral en sede civil y laboral, subordinándolas a someterse, en razón de la certidumbre, a proveer a la “estabilidad y firmeza a los negocios”, como dijera la CS al fundamentar el instituto de la prescripción: “la prescripción es una institución de orden público creada para dar estabilidad y firmeza a los negocios, disipar incertidumbres y poner fin a la indecisión de los derechos”. Claro que ello no debiera ser de esa manera, dado que esos daños, se derivan de delitos de lesa humanidad o de graves violaciones a los DD.HH.”.<sup>584</sup>

También traemos la posición de Marcelo Pablo **Fortín**, cuando analiza el fallo “Villamil” de la CSJN, afirmando que le “aparece infundada la idea de que la comunidad internacional sólo tiene interés en la persecución y en que no queden impunes los delitos de lesa humanidad pero no en la reparación de las víctimas. La Corte no sólo no acompaña ningún elemento de juicio para sostener su posición (no cita autoridad, jurisprudencia o documentación internacional alguna en tal sentido), sino que las manifestaciones de la propia comunidad referida la contradicen. El estatuto de la Corte

---

<sup>582</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>583</sup> *Ibidem*.

<sup>584</sup> *Ibidem*, p. 83.

Penal Internacional representa sin duda una de las manifestaciones más importantes de la comunidad internacional en el contexto de los delitos de lesa humanidad, y allí sí se regula en el art. 75, como clara expresión de interés, lo relativo a la reparación civil de las víctimas.”<sup>585</sup>.

Además, prosigue diciendo que no ve “con claridad por qué habría que deducir la inevitable prescripción del carácter renunciable y disponible de la materia en juego en las acciones civiles. Cre[e] que nada se opone a considerar que las acciones civiles vayan acompañadas del carácter imprescriptible, y esta visión del tema encuentra el apoyo del legislador argentino en el nuevo Código Civil al establecer la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad (art. 2561). Halla armonía, asimismo, con la posición jurídica que se deduce de la decisión de la Sala II de la Cámara Federal platense en el caso Villamil y de los votos de los jueces Rosatti y Maqueda.”<sup>586</sup>.

“Incluso, [dice Fortín] si hacemos un poco de historia, vemos que las acciones civiles no siempre estuvieron ligadas a la prescripción. En Roma, en la época antigua y clásica, no se conoció la prescripción de las acciones del *ius civile*, lo cual apenas varió cuando el pretor insertó en el edicto acciones enteramente nuevas que debían ejercitarse al año. Sólo a partir del comienzo del Siglo III, en la época de los Severos, se introdujo la *longi temporis praescriptio* de 10 o 20 años a favor del poseedor de fundos provinciales para oponerse a la acción del propietario (Cód. Lib. VII T. 33), aunque las acciones personales permanecieron imprescriptibles (Savigny, Sistema del derecho romano actual, 1879) hasta el año 424, cuando **Teodosio II** estableció una prescripción general de treinta años tanto para acciones reales como para las personales (*longissimmi temporis praescriptio*, Cód. Lib. VII T. XXXIX 1); ciertas acciones, empero, no reconocieron límite temporal, como la vinculada al cobro de deuda por cargas públicas (Cód. Lib. VII T. XXXIX 6).” <sup>587</sup>.

Finalmente, Fortín manifiesta que “No se puede dejar de advertir, por otro lado, que la acción penal y la civil derivan de un mismo hecho, un crimen internacional, y reconocida la imprescriptibilidad de la acción penal, sería inadmisibles sostener que la acción civil prescribiera.”<sup>588</sup>.

---

<sup>585</sup> Fortín, Marcelo P., “Simposio sobre justicia y crímenes de lesa humanidad”. *La nueva orientación de la CSJN frente al derecho internacional de los derechos humanos*, La Plata, CPM Ediciones, 2019, p.29.

<sup>586</sup> *Ibidem*.

<sup>587</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>588</sup> *Ibidem*.

Desde su óptica, Jorge Rubén **Afarian** nos dice que “De esta manera, finaliza una discusión como la vigente en “Olivares”, en la que la Corte Suprema entendió que: *“Ninguna de las normas del Pacto de San José de Costa Rica establece la imprescriptibilidad de las acciones civiles de indemnización de perjuicios ocasionados por la privación de la libertad que tenga lugar en desmedro de los principios aceptados por el pacto.”* (CSJN, 1988).”<sup>589</sup>

No se trata “de la primera norma positiva que lo establece explícitamente para ciertos delitos: el art. 36 de la Constitución Nacional, producto de la reforma de 1994, impone las sanciones del art. 29 a quienes, como consecuencia de “actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático” -actos insanablemente nulos-, “usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o de las provincias, los que responderán civil y penalmente por sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles”<sup>590</sup>

Como puede apreciarse, “contamos con una norma de similares características incluso en la Carta Magna de la Nación, y desde hace más de dos décadas. El artículo del nuevo Código Civil y Comercial sólo viene a completar la exigencia constitucional de una reparación integral ante vejaciones y violaciones de derechos fundamentales, más aún luego de la reforma constitucional de 1994, con la inclusión de los nuevos derechos y garantías, además los tratados y declaraciones de derechos humanos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22).”<sup>591</sup>

Continúa diciendo Afarian que “Tan solo por citar un ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 63, inciso 1º, establece el derecho a una justa indemnización a la parte lesionada.”<sup>592</sup>

Afarian explica que “La idea del instituto de la prescripción es sustentada por, entre otros valores, la seguridad jurídica y la estabilidad de los negocios. Empero, cuando de violaciones de Derechos Humanos se trata, estas dos consideraciones son peligrosas.”<sup>593</sup>

Dice Afarian que coincide “con Juan Justo cuando dice: “La idea de que la seguridad jurídica puede preservarse mediante la conservación de actos de lesa humanidad parece desatender que nuestra forma de convivencia se asienta en que la

---

<sup>589</sup> Afarian, Jorge Rubén, *Imprescriptibilidad ...*, ob. cit., p. 55.

<sup>590</sup> *Ibidem.*, p. 55.

<sup>591</sup> *Ibidem.*, p. 55.

<sup>592</sup> *Ibidem.*, p. 56.

<sup>593</sup> *Ibidem.*, p. 58.

certeza de las relaciones y la seguridad jurídica se garantizan mediante el respeto de los derechos humanos, con lo cual disociarlos no parece conteste con una firme convicción en pos del Estado de Derecho.”.<sup>594</sup>

Finalizando, Afarian afirma que “No puede predicarse la seguridad jurídica cuando ésta sustenta resultados injustos y contrarios a los mayores de derechos de las personas. La prescripción civil es utilizada cuando la relación se sustenta en la igualdad contractual de las partes (como la celebración de un contrato de compraventa o la locación de un inmueble), y no, como en estos casos, cuando estamos frente a casos de terrorismo de Estado.”.<sup>595</sup>

A propósito de ello, **Raffaghelli** se pregunta “si el ánimo de aquel en cuyo favor se va a prescribir en el caso [“Ingegneros”] estuvo guiado de buena fe, a sabiendas que su ex-dependiente fue secuestrado de la oficina de personal por fuerzas irregulares a las que desde la empresa se le franqueó el acceso, más allá de las consideraciones jurídicas resueltas por este pronunciamiento y el que sobrevendrá. Creo sin ambages, que la decisión adoptada por este pronunciamiento no es mera retórica jurídica, sino que se inscribe en la evolución del derecho, a diferencia de aquellos que guardan los temores respecto de su interpretación futura en tanto aplicación del *ius cogens*, en su relación con las garantías internas de los Estados.”.<sup>596</sup>

En consecuencia, afirma Raffaghelli que “la decisión implica también la redefinición del papel del Juez en el estado constitucional de Derecho, de un juez activo y comprometido con los derechos humanos. Esos temores sobre el futuro solo pueden disiparse con la consolidación de la dimensión sustancial del sistema democrático al decir de Ferrajoli, la tutela y efectividad de los principios y derechos fundamentales. Y para ello también es necesario resignificar el contrato social internacional, avanzando del status de los derechos del ciudadano al respeto irrestricto de los de la persona: la ley del más débil.”.<sup>597</sup>

Finalizando, Miguel **Piedecasas**, sostiene que “La consagración como principio general (2560, CCC), el agregado en la parte final del artículo 2537, CCC; los fundamentos expuestos por el legislador; la interpretación propiciada por la CIDH en “Órdenes Guerra”; nos llevan a considerar que la imprescriptibilidad en esta clase de

---

<sup>594</sup> *Ibidem.*, p. 58.

<sup>595</sup> *Ibidem.*, p. 59.

<sup>596</sup> Raffaghelli, Luis A., “Imprescriptibilidad... *Op. Cit.*

<sup>597</sup> *Ibidem.*

acciones es un axioma que se ha consagrado con basamento convencional de los derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN y 1 y 2 del CCC) y por ende comprende a toda clase de acciones, por hechos anteriores o posteriores a la reforma, ya que instrumentos accesorios que hacen a la seguridad jurídica (como la prescripción), cuando entran en colisión con esta clase de principios, son modales, no sustanciales y por ende, como bien lo sostiene el art. 1 del CCC, deben interpretarse y resolverse de conformidad con los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte (interpretación que ha sido realizada en este sentido por la CIDH) y para que esta norma no produzca tales efectos (imprescriptibilidad) deberá plantearse, sostenerse y lograrse su eventual inconstitucionalidad (para aquellos que así lo consideren procedente).<sup>598</sup>

## **18. Análisis sobre las sentencias de la CSJN.**

En el presente acápite daremos distintos análisis o miradas sobre las sentencias de la CSJN sobre la problemática abordada.

### **18.1. Una primera mirada: el fin de la unanimidad cortesana.**

En primer lugar, debemos señalar que desde el precedente “Olivares” hasta “Villamil”, observamos un importante cambio, ya que con éste último fallo se terminó la unanimidad cortesana de considerar pasibles de prescripción a las acciones civiles resarcitorias en cuestión, tal como lo demuestran los votos fundados de los jueces supremos Maqueda y Rosatti, porque antes en la Corte Suprema no existía la voz de la imprescriptibilidad para dichas pretensiones, lo que devela que la cuestión lejos de cerrarse se encuentra en pleno debate.

### **18.2. Los sesgos cognitivos.**

Observamos en el considerando noveno<sup>599</sup> del fallo “Villamil”, un claro “sesgo cognitivo” en el que incurrió el voto de la mayoría, a fin de poder sostener el argumento de la prescripción de la acción resarcitoria analizada.

---

<sup>598</sup> Piedecabras, Miguel A., “Imprescriptibilidad de las acciones por daños derivados de delitos de lesa humanidad (en virtud de la reforma del Código Civil y Comercial)”, RC D 3401/2020. Fecha de captura: [6/11/2022]: <https://miguelpiedecabras.com.ar/imprescriptibilidad-de-las-acciones-por-danos-derivados-de-delitos-de-lesa-humanidad/>

<sup>599</sup> “Considerando... 9°) Respecto del primer argumento reseñado, debe precisarse que la extensión de la imprescriptibilidad de las acciones penales derivadas de delitos de lesa humanidad al ámbito indemnizatorio propugnada en el fallo apelado es contraria al criterio sostenido por esta Corte en el precedente “Larrabeiti Yáñez” (Fallos: 330:4592), el que resulta de aplicación directa al caso y al que se remite. Allí se rechazó expresamente el argumento esgrimido en la sentencia apelada, afirmándose que “no es atendible el argumento en virtud del cual la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial es imprescriptible porque nace de delitos de lesa humanidad, imprescriptibles desde la óptica del reproche penal. Ello es así porque la primera atañe a materia disponible y renunciante, mientras que la segunda, relativa a la persecución de los delitos de lesa humanidad, se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados” (considerando 5°, primer voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, al que adhirieron en su voto concurrente los jueces Petracchi y Argibay). En suma, se sostuvo que en un caso está en juego el interés patrimonial exclusivo de los reclamantes, mientras que en el otro está comprometido el interés de la comunidad internacional, de la que Argentina es

Al respecto, es importante tener presente la explicación sobre los sesgos cognitivos en las decisiones judiciales, es decir, sobre los heurísticos en el derecho, a saber:

“Los heurísticos son estrategias que constituyen atajos para simplificar la toma de decisiones. En el ámbito judicial acudir a ellos puede importar, por un lado, un ahorro de energía cognitiva por el cumulo de trabajo, facilitando la tarea del operador judicial, pero, por otro -inconvenientemente usados-, pueden forzar errores que pasan desapercibidos.”<sup>600</sup>

El sesgo aparece “en la tendencia a tener demasiado en cuenta una opinión, referencia o información anterior, tomándolo sin mayor análisis.”<sup>601</sup>

Sobre los sesgos cognitivos de disponibilidad o de accesibilidad, tenemos en cuenta que “Este heurístico ocurre por la facilidad con que disponemos de información, evocamos ejemplos o asociaciones; pueden intervenir distintas variables, como frecuencia, familiaridad con los datos, prioridad o, por el contrario, recencia.”<sup>602</sup>

Entonces, “Este sesgo demuestra que el cerebro tiene, en términos de neurocientíficos, a mantener el *statu quo*, a seguir con el hábito de pensar lo mismo, aplicar las normas de la misma manera, sin ajustar los cambios. Por eso hay desfasaje temporal entre los cambios normativos y las decisiones de los operadores jurídicos o, dicho de otra manera, se genera resistencia a abandonar anteriores categorías y crear nuevas.”<sup>603</sup>

En consecuencia, podemos decir que los jueces que formaron la mayoría en “Villamil” han incurrido en un *sesgo cognitivo*, por cuanto se han limitado a reproducir sin ahondar en los fundamentos, es decir, explicar y justificar el motivo por el cual las acciones civiles de daños y perjuicios derivados de delitos de Lesa Humanidad son *materia disponible y renunciabile*.

Vemos que todo se origina en el precedente “Olivares”, ya que a partir de allí la Corte Suprema empieza a utilizar el atajo de transcribir sin explicar y dar las razones dogmáticas y prácticas del porqué sería materia disponible y renunciabile.

---

parte, en que tales delitos no queden impunes, lo que impide cualquier asimilación de ambos tipos de casos y, por lo tanto, que se declare la imprescriptibilidad de las acciones de daños como la aquí intentada.”

<sup>600</sup> Suárez Filippín, María E., “Los heurísticos en el derecho. Manifestaciones de sesgos cognitivos en las decisiones judiciales”, en *El Derecho*, Buenos Aires, N° 14.249, 2017, p. 1.

<sup>601</sup> *Ibidem*.

<sup>602</sup> *Ibidem*, p. 3

<sup>603</sup> *Ibidem*.

### **18.3. Reconocimiento de la gravedad de los Delitos de Lesa Humanidad.**

En “Olivares” el voto de la mayoría desconoce de manera arbitraria el hecho notorio y público de la ausencia del Estado de Derecho que vivimos los argentinos a partir de la instauración -del quiebre constitucional- del golpe de estado del 24 de marzo de 1976 al 10 de diciembre de 1983, que instauró el Terrorismo de Estado mediante la dictadura más feroz y sangrienta de nuestro país, tal como surge del Informe de la Conadep “Nunca Más”, del “Juicio a los Comandantes de las Juntas”, y todos los demás juicios que tramitan y siguen tramitándose en la Justicia Federal Argentina sobre los delitos de lesa humanidad perpetrados en esa época.

En cambio, el voto de la minoría en “Olivares” toma una relevancia central, porque no sólo da cuenta de lo que significó el “Terrorismo de Estado”<sup>604</sup> que instaló la dictadura del autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”, sino que además contextualizó en tiempo y espacio al Sr. Olivares como víctima directa de esa feroz dictadura, que obviamente le impedía ejercer y reclamar sus derechos como lo hubiera podido hacer cualquier ciudadano en un Estado de Derecho.

Esto último, se ve con luminosidad en el precedente “Larrabeiti Yañez”, que a diferencia del voto mayoritario en “Olivares” reconocen la gravedad de los delitos de Lesa Humanidad y el Terrorismo de Estado que perpetró la dictadura referida, es decir, eso también fue un cambio sustancial, tal como lo demuestra el voto del Dr. Fayt., al reconocer la obligación del Estado a resarcir los daños a través de distintas leyes reparatorias.

### **18.4. Prescripción vs. Imprescriptibilidad de la acción civil.**

Ahora bien, descriptas las posturas de los jueces supremos, es oportuno decir, que al aceptar la prescripción de la acción civil por los daños y perjuicios provocados

---

<sup>604</sup> Definición del concepto de “Terrorismo de Estado” brindada por la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán en una causa sobre la desaparición forzada de cuatro personas (Griselda Ponce, Julio Burgos Ponce, Francisco Ponce y Yolanda Borda) ocurridas en la provincia de Catamarca, entre el 6 de abril de 1976 y el 27 de enero de 1977: “De cara al contexto histórico donde se desarrolló dicho accionar delictivo corresponde afirmar que a la fecha de los hechos, regía en la Argentina, una práctica que la doctrina ha definido como “terrorismo de estado” caracterizada por la suspensión absoluta de las garantías de los ciudadanos, con la consiguiente limitación sustancial del ejercicio de derechos individuales. Dicha práctica supuso en conjunto la implementación de un sistema de violencia desde el Estado hacia la ciudadanía caracterizado por la ilegitimidad, la desmesura, la impunidad, y el absoluto desprecio por la dignidad humana y los derechos fundamentales de la persona. (Cfr. Causa N° 45.709). Este Tribunal ha manifestado en reiteradas oportunidades que, de acuerdo al derecho penal internacional (consuetudinario y convencional) se configura un delito de lesa humanidad cuando se ejecutan hechos delictivos comunes (privación de libertad, torturas, violación, abusos, usurpación, homicidio, etc.) en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Por consiguiente, la perpetración de un solo comportamiento tipificado como delito por el derecho penal común puede constituir un crimen contra la humanidad si se ejecuta en un determinado contexto, es decir, si se ajusta al modelo de la comisión generalizada o sistemática. (Cfr. Causa 45.709).- Desde lo expuesto se podría concluir que, conforme el marco histórico en que se dieron los hechos que se investigan en estos autos, los mismos se habrían cometido en el contexto del terrorismo de estado vigente a dicha fecha, pudiendo confirmarse sobre tales condiciones, la calificación de delitos de lesa humanidad.”.- Cámara Federal de Apelaciones, Tucumán, en autos “Pretensio Querellante: Ponce, María Sara y otros. Imputado: Castañeda, Francisco Gabriel s/ Legajo de Casación”, exp. n° 600809/2000, 23-02-2018.

como consecuencia de delitos de Lesa Humanidad, estaríamos ante la dificultad de poder aprobar no solo un test de control de constitucionalidad o de convencionalidad, sino del valor Justicia, atento a los siguientes fundamentos:

Una correcta comprensión de la respuesta a la que aquí se arriba demanda traer a consideración la especial naturaleza de los delitos materia de la presente tesis, esto es, la circunstancia de que los injustos analizados configuran delitos de Lesa Humanidad y que por ello, entre otras notas características, portarían la de imprescriptibilidad.

Por ello, la prescripción liberatoria del Código Civil<sup>605</sup> no podría ser opuesta como causal extintiva de la acción civil referida.

Resulta oportuno, hacer mención aquí a la sentencia del 23 de noviembre de 2006 de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata en la causa "Villamil"<sup>606</sup>, en donde se sostuvo:

"...con respecto a los plazos de prescripción liberatoria que fija el Código Civil, es dable destacar que, en modo alguno podrían ser invocados con sustento, ya que "Debe recordarse que la prescripción no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandable" (Fallos:308:1101), y en este caso, el origen del reclamo reparatorio se basa en el daño ocasionado por un delito de lesa humanidad, y no en uno derivado de una relación meramente extracontractual, o de un delito penal que no tiene la especial connotación de su imprescriptibilidad."<sup>607</sup>

Tal como se observa en el fallo que acabamos de citar, da cuenta adecuadamente de dos extremos que interesa poner de resalto, y a propósito de ello, repetiremos a continuación en los próximos párrafos los fundamentos vertidos por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, a saber<sup>608</sup>:

Por una parte, la necesaria dependencia del instituto de la prescripción con relación a la pretensión que origina su articulación en el proceso. Y de la otra, el origen del daño que motiva la acción resarcitoria.<sup>609</sup>

A su vez, en cuanto al segundo de los extremos mencionados no puede omitirse explicitar que la prescripción liberatoria en tanto resulta normada por el Código

---

<sup>605</sup> Hablamos del código velezano específicamente, por cuanto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su reforma mediante la Ley 27.586 trajo una solución concreta a favor de la imprescriptibilidad de la acción civil.

<sup>606</sup> Cámara Federal de La Plata, Sala II, La Plata, en autos "Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios", exp. n° 3647, 23/11/2006.

<sup>607</sup> *Ibidem*.

<sup>608</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, Salta, en autos "c/Herrera, Rubén Nelson, y Otros s/Encubrimiento en concurso ideal con el tipo penal de omisión de represión de delincuentes; homicidio calificado en dos hechos en concurso real y lesiones; coacción agravada y lesiones, en perjuicio de Miguel Ragone, Santiago Catalino Arredes y Margarita Martínez de Leal", exp. n° 3115/09,12/12/2011.

<sup>609</sup> *Ibidem*.

Civil es un instituto que como legislación de fondo forma parte del “derecho interno” que se encuentra en relación de subordinación respecto de las normas internacionales del derecho internacional consuetudinario y convencional que regulan los delitos de lesa humanidad.<sup>610</sup>

La posición que acepta la imprescriptibilidad aludida, sería la correcta solución alcanzada y es la que mejor se aviene con una hermenéutica del orden jurídico nacional que armonice con las prescripciones del orden jurídico internacional que el Estado argentino se ha comprometido a observar, en particular las que regulan su responsabilidad frente a la violación de una obligación internacional.

En tal sentido, frente a la verificación de un hecho ilícito (delitos contra la Humanidad) imputable al Estado que produce un daño, surge su deber de repararlo adecuadamente.

Entonces surge imprescindible la aplicación del Principio *Alterum non laedere*, que “Significa “no dañar a otro”, y ha sido elaborado en el derecho romano por Ulpiano, para quien junto con “vivir honestamente” (*honeste vivere*) y “dar a cada uno lo suyo” (*suum ius cuique tribure*), conforma los tres principios cardinales que fundamentan lo “justo” (*ius*) Ulpiano, D.1.1.10.1 (Di Pedro).”.<sup>611</sup>

Comprendemos entonces, que “Es el principio madre, en esta regla o mandato general de conducta (verdadero mandamiento jurídico) se concentra o reduce todo el sistema, y así el filósofo italiano Norberto Bobbio sentenciaba que “si se concibiera un ordenamiento jurídico reducido a una sola norma particular, sería necesario elevar a norma particular el mandato *neminem laedere*”.”.<sup>612</sup>

En suma, “se trata de una regla transida de connotaciones morales que constituye un punto de referencia en la responsabilidad civil. Como razona Bueres, si se negara su presencia en el trasfondo del ordenamiento como cláusula general, habría que aceptar otra regla: es lícito dañar mientras una norma no prohíba un daño en concreto, lo que desde luego resulta inaceptable.”.<sup>613</sup>

### **18.5. Perspectivas iusfilosóficas.**

En esta ojeada, trataremos de indagar y detectar las perspectivas iusfilosóficas<sup>614</sup> existentes en los fallos “*Villamil*”<sup>615</sup>, “*Ingegnieros*”<sup>616</sup> y “*Crosatto*”<sup>617</sup>, en

---

<sup>610</sup> *Ibidem*.

<sup>611</sup> Ubiría, Fernando A., *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 30.

<sup>612</sup> *Ibidem*.

<sup>613</sup> *Ibidem*.

<sup>614</sup> Tomando como base las obras “*Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias.*”, Buenos Aires, Educa, 2015; “*La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*”, México, Tirant lo blach,

donde se declaró la prescripción de la acción -civil y/o laboral- reparatoria por daños derivados de la comisión de delitos de Lesa Humanidad perpetrados en nuestro país durante las décadas de 1970 y 1980.

Ahora bien, diremos que coincidimos con Vigo<sup>618</sup> cuando plantea la importancia que tiene la *Filosofía* para la comprensión y aplicación de las distintas ciencias, y particularmente, para la Ciencia Jurídica, ya que sin tener en cuenta a la *Filosofía del Derecho*, nuestro abordaje sobre la legalidad, no solo será incompleto sino además endeble o carente de fundamentación.

Por lo tanto, la Filosofía es central para la Ciencia del Derecho, no solo porque da fundamento al derecho, sino porque también nos permite detectar y diferenciar las distintas visiones o razonamientos del derecho y sus consecuencias en la práctica.

A propósito de ello, y efectuando un primer análisis, podemos distinguir tres razonamientos o visiones iusfilosóficas claras, como lo son la representada por las corrientes encarnadas en **Michel Foucault**<sup>619</sup> que entienden que el derecho “es una mera herramienta de poder, el aparato ideológico del Estado por definición. Un modo legitimado de violencia que trata de encubrir la verdadera lucha que existe en el seno de una sociedad; un elemento de dominación”, es decir, vincula derecho y poder. La segunda visión representada por **Hans Kelsen**<sup>620</sup> que expresa al positivismo jurídico que vincula el derecho con la norma y que entiende que la justicia absoluta es un ideal irracional, y la tercera visión que vincula derecho y justicia porque “lo que interesa esencialmente no es la formalidad con que la ley haya sido sancionada, sino la racionalidad de la ley que el Estado sanciona; porque una ley sancionada con perfección formal, si no es racional no es

---

2017; *“Fuentes del derecho”*, Buenos Aires, Astrea, 2018, y *“Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas”*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, todas de autoría del Dr. Rodolfo Luis Vigo.

<sup>615</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, exp. n° 203/2012 (48-V), 28-03-2017.

<sup>616</sup> <https://www.cij.gov.ar/nota-34417-Las-acciones-laborales-por-da-os-derivados-de-delitos-de-lesa-humanidad-son-prescriptibles.html>; fecha de captura 10-05-2019.

<sup>617</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Crosatto, Hugo Ángel y otro c/ Estado Nacional Ministerio del Interior y otro s/ daños y perjuicios”, exp. CCF 5746/2007/1/RH1, 12-11-2020.

<sup>618</sup> Ver: Vigo, Rodolfo L., “¿Deben los jueces saber filosofía?”, *LA LEY* 25/08/2009, 25/08/2009, 1 - LA LEY2009-E, 1326, Cita Online: AR/DOC/3018/2009.

<sup>619</sup> Conforme al documento “Saber y Poder”, de Michel Foucault, de la cursada de la Diplomatura en Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica de 2019, de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

<sup>620</sup> Conforme los documentos “Derecho” y “¿Qué es la Justicia?”, ambos de Hans Kelsen, de la cursada de la Diplomatura en Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica de 2019, de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

válida.”, es decir, es la corriente del derecho natural representada por **Cicerón**<sup>621</sup>, **Aristóteles**, **Santo Tomás**, **Tomás Casares**, **Villey**, **Kalinowski**, **Finnis** entre otros.

Pero, haciendo un análisis más amplio, podemos decir que existen<sup>622</sup> en la actualidad las siguientes perspectivas iusfilosóficas relevantes, tales como el **“iusnaturalismo”**, el **“iuspositivismo”**, el **“neoconstitucionalismo positivista crítico”**, el **“neoconstitucionalismo no positivista constructivista kantiano”**, el **“neoconstitucionalismo iusnaturalista aristotélico”**, y finalmente la representada por las corrientes denominada **“Critical Legal Studies”** encarnadas en figuras como **Duncan Kennedy**.

Todo ello nos hace recordar el diálogo entre Antígona y Creonte<sup>623</sup>, para coincidir con Rabbi-Baldi Cabanillas que “la polémica *iusnaturalismo-iuspositivismo* que muchos creyeron o desearon concluida, sigue abierta porque remite a tópicos en permanente discusión...”<sup>624</sup>.

Al referirse a “ese ‘eterno debate’ entre iusnaturalistas e iuspositivistas”, Vigo comparte “plenamente la convicción de Robert Alexy cuando no duda en sostener 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.”<sup>625</sup>.

Con razón “agrega Francisco Laporta: “el problema de las relaciones entre moral y derecho no es un tema de filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del derecho está.”<sup>626</sup>.

---

<sup>621</sup> Conforme documento “Derecho”, de Marco Tulio Cicerón, de la cursada de la Diplomatura en Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica de 2019, de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

<sup>622</sup> Ver las obras *“Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, Educa, 2015; *“La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”*, México, Tirant lo blach, 2017; *“Fuentes del derecho”*, Buenos Aires, Astrea, 2018, y *“Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas”*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, todas de autoría del Dr. Rodolfo Luis Vigo.

<sup>623</sup> “Creonte.- ¿Y, a pesar de ello, te atreviste a transgredir estos decretos? Antígona.- No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron. No iba yo a obtener castigo por ellas [transgredirlas] de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno.”, en Sófocles, *Antígona*, España, Planeta DeAgostini, 1995, p. 35.

<sup>624</sup> Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, “Estudios sobre la polémica iusnaturalismo-iuspositivismo (de la “lex corrupta” a los crímenes de lesa humanidad)”, en: <http://www.rabbibaldicabanillas.com/investigaciones/teoria-y-filosofia-del-derecho/estudios-sobre-la-polemica-iusnaturalismo-iuspositivismo/>, fecha de captura 11-01-2019.

<sup>625</sup> Vigo, Rodolfo L., *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias.*, Buenos Aires, Educa, 2015, p. 14.

<sup>626</sup> *Ibidem*.

Asimismo, nos recuerda Vigo, que “la lógica del modelo decimonónico se redujo al silogismo deductivo en tanto la norma legal dictada por el legislador “infalible” operaría como premisa mayor, y al caso judicial luego de subsumírsele en la hipótesis fáctica prevista en aquella se le aplicarían las consecuencias jurídicas respectivas.”<sup>627</sup>.

Agrega que, “una explicación de ese grave olvido de la retórica como ciencia y arte de la persuasión mediante la palabra en la formación de los juristas es que a partir de la revolucionaria asimilación entre derecho y ley, a los juristas solo les correspondía repetirla -“inanimadamente” según Montesquieu- en cada caso, por eso se les va a exigir a los jueces exclusivamente idoneidad científica, dado que el resto se daría por añadidura.”<sup>628</sup>.

Adelantamos, que en los casos “*Villamil*”, “*Ingenieros*” y “*Crosatto*”, detectamos en los votos de la mayoría una preeminencia de la visión “iuspositivista”, a diferencia de los votos de la disidencia, en donde encontramos las posiciones del neoconstitucionalismo en sus distintos matices.

En consecuencia, decíamos que creíamos en la existencia de la polémica aludida, por cuanto los votos de los jueces de la Corte en los casos referidos así lo reflejan, tal como lo pudimos ver anteriormente y como lo demostraremos a lo largo de los siguientes párrafos, a saber:

#### **18.5.1. “Villamil” (2017).**

Comenzaremos mirando el razonamiento jurídico utilizado en “*Villamil*” por la mayoría cortesana a la luz de esta polémica -expresa o tácita- antes descripta. A propósito de ello, es dable tener presente los considerandos n° 10 a 13 del voto mayoritario del mencionado precedente, a fin de detectar la o las visiones iusfilosóficas.

Por lo tanto, transcribiremos, a nuestro entender, las partes pertinentes y relevantes del fallo “*Villamil*”, a saber:

Considerando n° 10: “... **no existe** en el derecho argentino **norma** alguna que resulte de aplicación a los hechos... y que establezca la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias por daños derivados de delitos de lesa humanidad.” (el subrayado nos pertenece)

---

<sup>627</sup> *Ibidem*, pp. 202-203.

<sup>628</sup> *Ibidem*, pp. 204-205.

Considerando n° 11: “... **no existen normas** de derecho interno que dispongan la imprescriptibilidad que declaró la cámara.”. (el subrayado nos pertenece)

Considerando n° 12: “La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas **tampoco dispone** la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias derivadas de dicho delito, sino únicamente de las acciones penales ... De ninguno de los restantes tratados internacionales sobre derechos humanos... surge **norma alguna** que pudiera servir de justificación a la sentencia de cámara. ...”. (el subrayado nos pertenece)

Considerando n° 13: “... **inexistencia de norma positiva alguna**, que en el plano internacional, consagre la imprescriptibilidad declarada por la cámara...”. (el subrayado nos pertenece)

### 18.5.2. “Ingenieros” (2019).

Asimismo, pro seguiremos fijando la vista en el razonamiento jurídico del voto mayoritario en la causa “*Ingenieros*” del mismo modo que la anterior. Entonces, es dable tener presente los considerandos del voto de la mayoría del mencionado precedente, a fin de detectar las o la perspectiva filosófica del derecho.

Por lo tanto, transcribiremos los considerandos pertinentes del fallo para dicha tarea, a saber:

Considerando **6°)** Que, asimismo, en el citado precedente se destacó que **no existe en el derecho argentino norma alguna** que resulte de aplicación a los hechos que originaron el reclamo indemnizatorio y que establezca la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias por daños derivados de delitos de lesa humanidad (considerandos 11 a 13). (Rosenkratz). (el subrayado nos pertenece)

Considerando **12)** ... **La ley no puede dejar de aplicarse** simplemente porque se la considera inconveniente. ... Cualquier excepción debe **surgir de una fuente similar** o de una declaración de inconstitucionalidad. (el subrayado nos pertenece)

Considerando **13)** Que **tampoco puede extraerse una conclusión distinta interpretando otras fuentes del derecho vigente**. .... En efecto, **no existen normas de derecho interno que dispongan la imprescriptibilidad** de las acciones de indemnización derivadas de la ley 9688, como tampoco existía ninguna **norma** que dispusiera esa

*solución al momento en que la prescripción de la presente acción operó. (el subrayado nos pertenece)*

Considerando **14)** *Que, al igual que en el derecho interno, **no existe norma positiva en el plano internacional** que consagre la imprescriptibilidad declarada por el tribunal a quo. ... En virtud de lo expuesto, la conclusión de la cámara relativa a la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias..., no solo implica un apartamiento del a quo de la doctrina vigente, ... sino que **carece de fundamento normativo** tanto en el orden de nuestro derecho interno como en el del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en razón de que **no existe norma positiva** que consagre la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias como la deducida por la actora. (el subrayado nos pertenece)*

### **18.5.3. “Crosatto” (2020).**

Finalmente, mirando la decisión mayoritaria en la causa “Crosatto” de la misma manera anterior; resulta necesario transcribir su parte adecuada, a saber:

*“Considerando: Que con arreglo a lo decidido por el Tribunal en los precedentes “Villamil” (Fallos: 340:345) e “Ingegnieros, María Gimena” (Fallos: 342:761), el recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja, es inadmisibile (**art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**). Por ello, **se desestima la presentación directa. Devuélvanse los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, archívese.**”.* (el subrayado nos pertenece)

### **18.5.4. Visiones iusfilosóficas detectadas.**

Como se pudo apreciar en los considerandos transcritos de “Villamil”, “Ingegnieros” y “Crosatto”, los mismos develan que los jueces de la mayoría se enrolaron en las filas del iuspositivismo puro o excluyente, o sea, en la visión del *derecho como norma*.

Decimos que se inscribieron al iuspositivismo, por cuanto en lo que se basaron para tratar la acogida o rechazo de la pretensión de las partes actoras, era saber si existía alguna norma escrita o artículo de algún código o legislación, de forma expresa y taxativa, que establezca la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias por daños derivadas de los delitos de Lesa Humanidad.

Es decir, no solo no tuvieron en cuenta al *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (DIDH) en juego, sino que además ignoraron la *naturaleza* de la cuestión debatida (delitos de Lesa Humanidad), la relevancia sustancial del *contexto histórico* en el cual se provocaron los daños (terrorismo de Estado), y finalmente no atendieron a la trascendencia, magnitud y *excepcionalidad del daño*<sup>629</sup> sufrido por las víctimas directas o indirectas.

O sea, en los casos “*Villamil*”, “*Ingenieros*” y “*Crosatto*” no había lagunas en el derecho, ya que la respuesta debió ser analizada no solo a la luz del derecho positivo interno argentino, sino en base al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIHU) y a los valores jurídicos (Justicia) o “la moral interna del derecho”<sup>630</sup>.

Pensamos, que la autoridad infalible que buscó el voto de la mayoría, olvidó que dichas leyes o normas positivas que buscaron meticulosamente para justificar su decisión, fueron creadas para ser aplicadas a las relaciones entre particulares, o de estos con el Estado en el plano doméstico, pues no fueron elaboradas para regir la responsabilidad internacional del Estado que se origina con los delitos de Lesa Humanidad.

Este iuspositivismo se vio claramente aplicado cuando los magistrados supremos de la mayoría separan arbitrariamente las consecuencias jurídicas de un mismo hecho -delitos de Lesa Humanidad-, porque solo encontraron justificación normativa en el ámbito penal, pero como no encontraron esa misma norma en el campo laboral o civil, decidieron declarar prescripta la acción, vulnerando no solo el principio lógico de no contradicción, sino desconociendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a los valores jurídicos como *Justicia* o los *Derechos Fundamentales* que deben ponderarse en toda argumentación jurídica para la resolución de un caso.

A propósito de ello, nos permitimos preguntarnos con **Francesco Carnelutti**, lo siguiente:

**¿Son distintos por la sustancia del hecho, de manera que delito y daño constituyen dos cosas diversas? ¿O la diferencia está, en cambio, en la sanción, de modo que un mismo hecho cobra color de daño o de delito y, más aún, de delito o de**

---

<sup>629</sup> Recordemos que para Arendt o Nino, cuando nos referimos a estos daños, estamos hablando nada más y nada menos que del ‘Mal radical’ o ‘Mal absoluto’ y sus consecuencias individuales y colectivas extraordinarias.

<sup>630</sup> Fuller, Lon L., *La Moral del Derecho*, Chile, Ediciones Olejnik, 2019.

**daño resarcible o reparable, según se siga de él o no una sanción jurídica, o una antes que otra?**<sup>631</sup>

Asimismo, nos atrevemos a responder dicho interrogante con Carnelutti, a saber:

**“Por esta razón acto ilícito y daño resarcible no son sino dos caras del mismo prisma; la lesión de un interés se considera como acto ilícito en cuanto el derecho prohíbe el acto, que la provoca; se considera como daño resarcible en cuanto el derecho dispone la eliminación de las consecuencias del acto mismo. La diversidad, entonces, no está en el hecho, sino que *puede estar en la sanción.*”**<sup>632</sup>

Al respecto, Botassi manifiesta que surge “evidente que desde la óptica de los objetivos y funciones del Estado la prescripción extintiva de los derechos individuales debe admitirse excepcionalmente cuando resulte equitativa por dirimir conflictos dudosos según las circunstancias de la causa. En materia de delitos de lesa humanidad, en cambio, probada la autoría y responsabilidad de agentes estatales en sentido amplio (incluyendo que participaron de los hechos dañosos), retornando con las penurias conocidas el Estado de Derecho **no resulta éticamente tolerable**, ni jurídicamente procedente, privar de compensación a quienes soportaron gravísimos daños morales, psíquicos, espirituales y también patrimoniales.”<sup>633</sup>

Es pertinente sumar la reflexión de Vigo para seguir comprendiendo porqué decimos que los votos mayoritarios de la Corte en los fallos aludidos, fueron dogmáticamente positivistas, simplemente, porque no tuvieron en cuenta, que “El derecho fuera de la moral y sin vinculación a ella queda reducido a la fuerza y a la arbitrariedad.”<sup>634</sup>

Atento al razonamiento jurídico de la mayoría cortesana, es oportuno traer de nuevo las palabras de Vigo, cuando relata que “si nos remontamos al EDL [Estado Democrático Legal] está claro que la ley era expresión de la voluntad general y esta no necesitaba del respaldo de razones. El jurista en ese paradigma se pretendía que fuera el “ser inanimado, boca de la ley” que **Montesquieu** postuló para el juez, por eso la

---

<sup>631</sup> Carnelutti, Francesco, *Teoría del falso y El daño y el delito*, Buenos Aires, Librería El Foro, 2004, p. 251.

<sup>632</sup> *Ibidem*, p. 259.

<sup>633</sup> Botassi, Carlos A., “Lesas humanidad, responsabilidad civil del Estado y prescripción”, en *La Ley*, Buenos Aires, C, 2013, Cita Online: AR/DOC/1397/2013.

<sup>634</sup> Vigo, Rodolfo L., *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 35.

aplicación de la ley al caso se formulaba por medio de un silogismo deductivo en donde la premisa mayor era algún artículo del Código y la premisa menor un caso fácil que era instancia individual del caso genérico previsto en la ley, y al que en la conclusión se le aplicaban las consecuencias jurídicas de la premisa mayor. La **perspectiva kelseniana** sobre la voluntad y no la razón, pues esta estaba incapacitada para escoger entre diferentes opciones en materia de conductas y valores. La interpretación en la teoría pura se asimilaba a creación de la norma, la que se entendía en términos científicos como una opción irracional dentro del marco de opciones que le dejaba la norma superior.”<sup>635</sup>.

Entonces, el razonamiento jurídico del voto de la mayoría en los casos referidos se asimilaría al juez soñado por Montesquieu.

Siguiendo con Vigo, nos dice que “Es indudable cuánto ha potenciado el EDC [Estado Democrático Constitucional] el poder y la discrecionalidad judicial, y ello se revela en las diferentes líneas jurisprudenciales y en las mayorías y minorías de los tribunales, y precisamente frente a esa inevitable discrecionalidad autores muy variados han vuelto a hablar de **ética judicial**”<sup>636</sup>.<sup>637</sup>.

Tal como lo vimos, **“nos parece claro que a partir de la Segunda Guerra los derechos humanos quedan incorporados a la agenda jurídica, política y moral como un núcleo de juridicidad indisponible cuya violación compromete la validez de cualquier norma jurídica generando responsabilidad jurídica en aquellos que la han creado o aplicado.”**<sup>638</sup>.

Nos recuerda Vigo, que “los Tratados de Derechos Humanos están redactados con un lenguaje que remite a una **matriz iusnaturalista**, es que las notas invocadas expresamente en aquellos como las de “reconocimiento” de los derechos (no de creación), su universalidad e inalienabilidad solo pueden ser entendidos a partir de “algo” que es común a todo ser humano y que se proyecta al campo jurídico como derechos que valen al margen de que las autoridades los reconozcan o los violen.”<sup>639</sup>.

---

<sup>635</sup> Vigo, Rodolfo L., *Iusnaturalismo...*, Ob. Cit., pp. 244-245.

<sup>636</sup> Consultar por ejemplo el “Código Iberoamericano de Ética Judicial”, CABA, Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2018.

<sup>637</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>638</sup> Vigo, Rodolfo L., *Iusnaturalismo... Ob. Cit.*, p. 105.

<sup>639</sup> *Ibidem*, p. 105.

Por tanto, “es aquella dignidad inherente lo que constituye título suficiente para contar con ciertos derechos humanos que son naturales dado que se fundan en la naturaleza humana, pero esa existencia no implica el automático e inexorable respeto, vigencia y conocimiento de los derechos naturales, **de ahí que su violación genera responsabilidad jurídica, al margen de que lo contemple o no el derecho nacional positivo.**”<sup>640</sup>.

Afirma Vigo, “**está claro que los derechos humanos no valen ni obligan porque las autoridades o los ciudadanos han convenido en que valgan, sino que valen jurídicamente aunque no los reconozcan o explícitamente lo rechacen, de ahí la responsabilidad que suscita su violación, aunque esta sea conforme a la ley positiva.**”<sup>641</sup>.

En consecuencia, la decisión mayoritaria de la Corte Suprema al enrolarse en el iuspositivismo puro o excluyente para abordar los casos “*Villamil*”, “*Ingegnieros*” y “*Crosatto*”, no tuvo en cuenta el valor jurídico sagrado para todo Estado de Derecho Constitucional, como es el de Justicia, a saber:

“el Derecho no ha nacido tanto como una especulación referida a la idea de justicia sino para -utilizando la rica terminología de Recasens Siches- colmar una ineludible exigencia de seguridad de certeza en la vida social. **Sólo que la seguridad sin la justicia reduce la sociedad a un Estado opresor y policíaco, a la manera hobbesiana:** en el monstruoso *Leviatan* no hay lugar para otra cosa que no sea el más puro deseo de seguridad a fin de escapar de la lucha del hombre contra todos, y en el seno del cual el soberano nunca es injusto...”<sup>642</sup>.

Portela recuerda, que “con fino criterio, se sostuvo: “El Derecho tiende tanto a *la justicia como a la seguridad*. No toda seguridad merece protección; debe tratarse de una **seguridad justa**, o bien -dicho en otras palabras- de la seguridad del adquirente que ha actuado con buena fe, adecuando su conducta a los dictados de la ley y la justicia. Esa buena fe es el verdadero título para pretender la protección de la ley, y es el último fundamento de esa protección (CNCiv., sala F, 27-8-79...”<sup>643</sup>.

---

<sup>640</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>641</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>642</sup> Portela, Jorge G., *Una introducción a los valores jurídicos.*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2008, p. 71.

<sup>643</sup> *Ibidem*, p. 108

Obviamente que durante los hechos denunciados por las Sras. Villamil e Ingegnieros y por los Sres. Crosatto y D'Alessandro no existía la buena fe por parte del Estado ni por parte de los agentes estatales y/o privados y/o civiles vinculados a los terribles ilícitos referidos.

Además, “la idea del instituto de la prescripción es sustentada por, entre otros valores, la seguridad jurídica y la estabilidad de los negocios. Empero, cuando de violaciones de Derechos Humanos se trata, estas dos consideraciones son peligrosas.”<sup>644</sup>.

Al respecto, Afarian concuerda con Juan Justo cuando dice “la idea de que la seguridad jurídica puede preservarse mediante la conservación de actos de lesa humanidad parece desatender que nuestra forma de convivencia se asienta en que la certeza de las relaciones y la seguridad jurídica se garantizan mediante el respeto de los derechos humanos, con lo cual disociarlos no parece conteste con una firme convicción en pos del Estado de Derecho.”<sup>645</sup>.

Por lo tanto, “no puede predicarse la seguridad jurídica cuando ésta sustenta resultados injustos y contrarios a los mayores de derechos de las personas. La prescripción civil es utilizada cuando la relación se sustenta en la igualdad contractual de las partes (como la celebración de un contrato de compraventa o la locación de un inmueble), y no, como en estos casos, cuando estamos frente a casos de terrorismo de Estado.”<sup>646</sup>.

Entonces, se puede afirmar que los votos de la mayoría cortesana en “Villamil”, “Ingegnieros” y “Crosatto” olvidan -al decir de Portela- la “seguridad jurídica justa”, por cuanto no habrían tenido en mira el respeto por uno de los valores jurídicos fundamentales como son los Derechos Humanos al negar la reparación de daños derivados de delitos atroces como los de Lesa Humanidad.

Volviendo sobre el valor Justicia, que también habría sido vulnerado por el voto de las mayorías de la Corte, **Portela se acuerda que “También es interesante analizar que la expresión “hace justicia” puede significar tanto “aplicar el Derecho positivo”, es decir la legitimidad legalizada, como “buscar la solución justa”, aunque**

---

<sup>644</sup>Afarian, Jorge R., “Imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias conexas a crímenes de lesa humanidad”, en *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, Buenos Aires, 2016, Año 1, N° 3, p. 58.

<sup>645</sup> *Ibidem.*, p. 58.

<sup>646</sup> *Ibidem.*, p. 59.

sea independientemente de la legalidad vigente y en claro contraste con ella. En este último caso nos enfrentamos con el concepto de equidad, de claro cuño aristotélico.”<sup>647</sup>. Como lo dice -Legaz y Lacambra- “el ilustre iusfilosofó español: “No es la seguridad la que constituye un principio de valoración sino la justicia.”<sup>648</sup>.

Se ha dicho también, que “Si bien el juez no es el amo del proceso, ni le está permitido conducirlo a su arbitrio o violar las normas legales que lo regulan, tampoco reviste el carácter de un ente que mira con pasividad o indiferencia el triunfo de la malicia o de articulaciones leguyescas que sustentan en un cerrado formalismo, porque él debe responder, igualmente, a su sentido de justicia” (CNCiv., sala C, 28-3-74, E. D. 56-482).”<sup>649</sup>.

En definitiva, el sumario antes citado, podría ser una buena síntesis para definir y caracterizar el razonamiento jurídico de los votos de la mayoría de la Corte Suprema en los casos “Villamil”, “Ingegnieros” y “Crosatto”.

## **19. Reforma al Código Civil y Comercial (Ley 27.586).**

El Congreso Nacional argentino, el día 11 de noviembre de 2020, aprobó la Ley 27586 que modificó los artículos 2537, 2560 y 2561 del nuevo Código Civil y Comercial -en adelante CCC-, vinculados a la prescripción de las acciones por reparaciones de daños causados por delitos de lesa humanidad.

### **19.1. Sobre la imprescriptibilidad de las acciones por daños derivados de delitos de lesa humanidad.**

La Ley 27.586 que reformó el nuevo Código Civil y Comercial, en relación al artículo 2537, agregó un último párrafo que establece «Se exceptúa de lo prescripto anteriormente las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad».<sup>650</sup>

A propósito de la reforma aludida, el jurista Miguel Piedecabras, nos dice que de esta manera no rige el principio que hace a la vigencia de los plazos de prescripción de

---

<sup>647</sup> Portela, Jorge G., *Una introducción...Ob. Cit.*, p. 78.

<sup>648</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>649</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>650</sup> Piedecabras, Miguel A., “Imprescriptibilidad... *Op. Cit.*”

la ley nueva o la ley anterior, según sean mayores o menores en su extensión y se encuentren finalizados o no.<sup>651</sup>

Piedecosas sostiene que la razón es clara y ahora ha quedado expresado de esa manera en el texto legal: Las acciones derivadas de los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y por ende no se puede hablar de aplicación o vencimientos de uno u otro plazo por la simple razón de que no prescriben.<sup>652</sup>

Luego se ha reformado el artículo 2560, que es el que establece el plazo genérico de prescripción, o sea actúa a modo de principio general en relación al sistema de plazos de la prescripción liberatoria.<sup>653</sup>

Allí se ha agregado un párrafo inicial, que expresa: «Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles».<sup>654</sup>

Afirma Piedecosas, que se despeja toda duda respecto de que este es el principio estructural en esta materia y no puede ser alterado por las modalidades que hacen a la vigencia de una ley anterior o posterior o el momento en que el hecho se ha ejecutado.<sup>655</sup>

Finalmente, se modifica el artículo 2561, al derogarse el último párrafo (que se ha trasladado al art. 2560, CCC) que decía: «Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.»<sup>656</sup>

Por su parte, la jurista Aída Kemelmajer de Carlucci, dijo “Como se advierte, la reforma a los artículos 2560 y 2561 sólo es formal en tanto sólo importa el traslado de una frase (estaba en el 2561) a otro artículo (el 2560). El agregado al artículo 2537, en cambio, implica introducir una excepción a la regla de derecho transitorio.”<sup>657</sup>

## **19.2. Los fundamentos de la reforma.**

---

<sup>651</sup> *Ibidem.*

<sup>652</sup> *Ibidem.*

<sup>653</sup> *Ibidem.*

<sup>654</sup> *Ibidem.*

<sup>655</sup> *Ibidem.*

<sup>656</sup> *Ibidem.*

<sup>657</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La imprescriptibilidad de las acciones por reparación de daños causados por delitos de lesa humanidad”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2021, RC D 363/2022, p. 416.

Nos recuerda Piedecosas, que en el ingreso del proyecto al Senado, en sus fundamentos, se expresa que la preocupación que motiva esta iniciativa se acentúa en razón de lo resuelto por la CSJN en el precedente «Ingenieros c/ Techint S.A.». <sup>658</sup>

Se expresa en referencia al artículo 2537 del CCC que «La modificación de este precepto se fundamenta en la necesidad de coadyuvar a establecer la coherencia y no contradicción del sistema normativo, por cuanto si las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, no pueden estar sujetas a plazo alguno». <sup>659</sup>

Más adelante se agrega que «No obstante, resulta oportuno aclarar que, si **los delitos** de lesa humanidad son imprescriptibles, **las acciones** derivadas de ellos también lo son, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, conforme el espíritu de lo establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación. Por tanto, no puede argumentarse plazos para desestimar los justos reclamos interpuestos por los afectados en orden a la reparación del grave daño causado.» <sup>660</sup>

<Se agrega que no pueden coexistir en esta materia, normas o lagunas legislativas que contradigan lo que sostienen normas supra legales receptadas con jerarquía constitucional por nuestro ordenamiento jurídico interno. <sup>661</sup>

Piedecosas tiene presente, que en el trámite ante la Cámara de Diputados, se señaló que la norma del art. 2561 del CCC sobre la imprescriptibilidad se contraponen con la regla que establece el art. 2537, CCC y «Esto llevó a que la Corte considerará que, ante un delito de lesa humanidad cometido con anterioridad al nuevo Código, se le aplicaba el plazo de prescripción del Código anterior y, por consiguiente no resultaba imprescriptible.... Evidentemente, esto genera una contradicción, y justamente la idea de este proyecto es evitarla, por lo cual aquí se propone la incorporación de un párrafo al artículo 2537, por el que se exceptúan de lo previsto anteriormente las acciones de resarcimiento derivadas de delitos de lesa humanidad». <sup>662</sup>

---

<sup>658</sup> Piedecosas, Miguel A., «Imprescriptibilidad... *Op. Cit.*

<sup>659</sup> *Ibidem.*

<sup>660</sup> *Ibidem.*

<sup>661</sup> *Ibidem.*

<sup>662</sup> *Ibidem.*

Finalmente nos recuerda Piedecasas, que en los fundamentos se hace hincapié, que las reformas a los textos de los artículos 2560 y 2561 del CCC «obedece a una decisión de política legislativa tendiente a jerarquizar el instituto de la imprescriptibilidad en delitos de lesa humanidad».<sup>663</sup>

### 19.3. Análisis de la reforma.

Haciendo un análisis concluyente, **Piedecasas** sostiene que la reforma realizada a estos tres artículos del CCC, pretende aclarar y eventualmente poner fin al debate que existe sobre la posibilidad de aplicar el instituto de la prescripción liberatoria a los reclamos por indemnizaciones de daños derivados de delitos calificados como de lesa humanidad. Así ubica como principio general en el artículo 2560, CCC, que las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.<sup>664</sup>

Explica nuestro autor, que de manera coetánea, se modificó el artículo 2537 del CCC, que establece las reglas respecto de que norma se aplica al caso concreto (anterior o posterior) y cuál es la extensión del plazo resultante de esa aplicación y consagra que estas reglas no se aplican (se exceptúan) a las acciones derivadas de los delitos de lesa humanidad. Por ende, no se debe buscar la ley anterior o posterior, ni un plazo mayor o menor, porque estas acciones son imprescriptibles.<sup>665</sup>

Prosigue Piedecasas diciendo, que de esta manera y a partir de la reforma realizada, existe norma interna vigente que establece la imprescriptibilidad de las acciones civiles por daños derivados de delitos considerados de lesa humanidad.<sup>666</sup>

En consecuencia, Piedecasas concluye afirmando, que la consagración como principio general (2560, CCC), el agregado en la parte final del artículo 2537, CCC; los fundamentos expuestos por el legislador; la interpretación propiciada por la CIDH en «Órdenes Guerra»; nos llevan a considerar que la imprescriptibilidad en esta clase de acciones es un axioma que se ha consagrado con basamento convencional de los derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN y 1 y 2 del CCC) y por ende comprende a toda clase de acciones, por hechos anteriores o posteriores a la reforma, ya que instrumentos accesorios que hacen a la seguridad jurídica (como la prescripción), cuando entran en

---

<sup>663</sup> *Ibidem.*

<sup>664</sup> *Ibidem.*

<sup>665</sup> *Ibidem.*

<sup>666</sup> *Ibidem.*

colisión con esta clase de principios, son modales, no sustanciales y por ende, como bien lo sostiene el art. 1 del CCC, deben interpretarse y resolverse de conformidad con los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte (interpretación que ha sido realizada en este sentido por la CIDH) y para que esta norma no produzca tales efectos (imprescriptibilidad) deberá plantearse, sostenerse y lograrse su eventual inconstitucionalidad (para aquellos que así lo consideren procedente).<sup>667</sup>

**Kemelmajer de Carlucci**, respecto a la imprescriptibilidad en el Código Civil y Comercial, ha manifestado que “El texto originario del Anteproyecto (redactado en 2012) guardaba silencio sobre la prescripción de estas acciones. La imprescriptibilidad se incorporó durante el trámite parlamentario para, según se ha dicho, “extirpar del ordenamiento positivo interno los argumentos relativos a la prescriptibilidad”.<sup>668</sup>

Continúa diciendo nuestra autora que, “Sin embargo, como se vio, ya vigente el CCyC, la Corte afirmó, por mayoría, que la imprescriptibilidad no era aplicable a las causas cuyos plazos habían ya vencido a la vigencia del Código Civil. Es esta jurisprudencia la que motivó el agregado al artículo 2537.”.<sup>669</sup>

Kemelmajer observa, que “La imprescriptibilidad, cualquiera haya sido el momento en que el plazo comenzó a correr tiene el beneplácito de la doctrina; se afirma que “No resulta lógico que el propio Estado genere daños a través de ilícitos repudiados internacionalmente como crímenes de lesa humanidad y luego se ampare en el instituto de la prescripción (basado en la seguridad jurídica, mas no en la justicia) para evitar la responsabilidad patrimonial que pudiera corresponderle en consecuencia”.<sup>670</sup>

Con una mirada crítica, la jurista mendocina afirma “que la intención del legislador fue aplicar el criterio de la imprescriptibilidad a todo daño causado por delitos de lesa humanidad, cualquiera sea la fecha del hecho, configurando un supuesto de aplicación retroactiva de la ley, pero el texto sancionado no es de todo claro. En efecto, si el artículo 2537 no es aplicable a los daños causados por delitos de lesa humanidad, ¿qué norma rige?<sup>671</sup>

Concluye Kemelmajer de Carlucci, diciendo que “Habría que responder: el artículo 7º del CCyC, que como es bien sabido, hace regir el hecho extintivo por la ley

---

<sup>667</sup> *Ibidem*.

<sup>668</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La imprescriptibilidad... *Op. Cit.*, pp.431-432.

<sup>669</sup> *Ibidem*, p. 432.

<sup>670</sup> *Ibidem*.

<sup>671</sup> *Ibidem*, pp. 432-433.

vigente al momento que la extinción se produce, generándose entonces un debate similar al que motivó que tanto Vélez Sársfield como la comisión que redactó el Anteproyecto en 2012 consideraran necesario prever una norma específica de derecho transitorio para la prescripción.”.<sup>672</sup>

Para el jurista Félix Alberto **Montilla Zavalía**, la reforma mencionada, tiene una finalidad trunca, porque “es confusa e imprecisa, pues si bien deja sin regulación específica a la prescripción de la acción para reclamar daños por delitos de lesa humanidad acontecidos previo al año 2016 (art. 7° de la ley 26.994), no ha soslayado que las leyes de aplican para el futuro; es que la ley recientemente sancionada no escapa del principio general del art. 7° del Cód. Civ. y Com.”.<sup>673</sup>

Para Montilla Zavalía, “el legislador, si es que pretendió que la imprescriptibilidad de acción para reclamar indemnización por daños generados por delitos de lesa humanidad se aplique a los hechos acontecidos con anterioridad, expresamente debió de haber consagrado la retroactividad de la ley; es decir debió de haber dejado expresado que la ley 27.586 tiene efecto retroactivo; o si consideraba que ello no era lo suficientemente claro, debió sancionar la disposición conforme lo pretendían los senadores que proyectaron la reforma: es decir, debió dejar sentado que “[l]as acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, incluso cuando se hayan perpetrado con anterioridad a la entrada en vigencia de este Código”.”.<sup>674</sup>

El autor citado, afirma “como suele ocurrir con reformas legislativas apresuradas, como la que comentamos, la norma sancionada termina siendo completamente confusa, y aporta más dudas que las que ya estaban presentes al sancionarse el Cód. Civ. y Com. La jurisprudencia, una vez más, tendrá la función de interpretar la norma conforme manda el art. 2° del Cód. Civ. y Com.”.<sup>675</sup>

Por la misma senda que el autor anterior, Ezequiel **Valicenti**, se pregunta si la reforma referida es constitucional. Nos dice que dada la técnica legislativa adoptada para cambiar el curso de la jurisprudencia nacional, es ineludible preguntarse por la constitucionalidad de la reforma.<sup>676</sup>

---

<sup>672</sup> *Ibidem*, p. 433.

<sup>673</sup> Montilla Zavalía, Félix A., “Algunas notas en torno a la reforma de los arts. 2537 y 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación por la ley 27.586. ¿Efecto retroactivo de imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad?”, en *La Ley*, 13/04/2021, **Cita**: TR LALEY AR/DOC/621/2021.

<sup>674</sup> *Ibidem*.

<sup>675</sup> *Ibidem*.

<sup>676</sup> Valicenti, Ezequiel, “Nuevamente sobre la imprescriptibilidad de la reparación de los daños provocados por la

Para fundar su interrogante, Valicenti expresa que, “Aunque la ley modificatoria no lo diga expresamente, la introducción del último párrafo al art. 2537 del Cód. Civ. y Com. opera materialmente como un caso de retroactividad de la ley. Lo que el agregado indica es que el curso de la prescripción que comenzó bajo la ley anterior se rige por la nueva, situación que incluye tanto los casos en los que la prescripción aún no se ha cumplido, como aquellos en los que el plazo (previsto por la ley anterior) se ha agotado. Materialmente, y para los casos de desaparición forzada, dado que generalmente se aplica la prescripción bianual del Código Civil derogado -como lo ha hecho la CS-, la reforma implicaría dejar sin efecto la prescripción cumplida para aplicar la regla de la imprescriptibilidad, tal como lo establece la "nueva ley" (el Código Civil y Comercial que empezó a regir en 2015). De esta manera que la ley 27.586 intenta subsumir ciertas situaciones de hecho que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su existencia, dentro del ámbito regulatorio de la nueva ley creada (conf. Smith, 1967:1000; Tobías, 2018).”.<sup>677</sup>

Para Valicenti, “En este estado de cosas, existen serias sospechas sobre la constitucionalidad del art. 2537 último párrafo del Cód. Civ. y Com. La retroactividad de la ley puede ser dispuesta por el legislador, pero no debe afectar "derechos amparados por garantías constitucionales" de las personas alcanzadas (art. 7, 2do párr., Cód. Civ. y Com.). En este caso -y siempre siguiendo la hipótesis, que no comparto, de la naturaleza no-continuada del daño- la prescripción cumplida integra los derechos patrimoniales de los posibles demandados (el Estado o los particulares). Según la dogmática iusprivatista, la prescripción liberatoria se produce con solo dos elementos: a) el paso del tiempo fijado por la ley; b) la inacción del acreedor. De manera que, vencido el plazo sin que exista actividad del acreedor, la prescripción liberatoria opera de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial. La obligación civil se transforma en obligación natural, de la que ya no puede reclamarse cumplimiento.”.<sup>678</sup>

Con mirada crítica, Valicenti dice que “De allí que pueda objetarse la constitucionalidad de la reforma, en tanto implicaría afectar derechos de los demandados, protegidos constitucionalmente, desde que la prescripción operada integra el patrimonio de la persona. Será necesario brindar razones suficientes y adecuadas para mantener la constitucionalidad del art. 2573 reformado, lo que agrega una dificultad adicional para los

---

comisión de delitos de lesa humanidad: ¿quién tiene la última palabra?”, en *La Ley*, 13/04/2021, TR LALEY AR/DOC/620/2021.

<sup>677</sup> *Ibidem*.

<sup>678</sup> *Ibidem*.

demandantes y abre innecesariamente un nuevo foco de debate.”<sup>679</sup>

Finaliza Valicenti, diciendo que “Pese a que comparto el fin perseguido por la reforma -consagrar definitivamente la vigencia de la imprescriptibilidad civil para los casos de desaparición forzada-, no puede dejar de reconocerse que está afectada por un inocultable problema de constitucionalidad. Por lo tanto, la última palabra no está dicha.”<sup>680</sup>

El jurista Jorge **Afarian**, nos dice que “podría decirse que esta modificación es solo un cambio menor, un mero "trasplante" de una norma a la otra, puesto que la disposición ya se encontraba vigente desde hacía más de un lustro, en la sección de plazos especiales. Según nuestra visión, este cambio posee un valor no solo práctico, puesto que busca evitar lagunas o contradicciones normativas, sino también simbólico. La imprescriptibilidad no es un plazo "especial" sino que es "general". Forma parte del núcleo básico de la prescripción del derecho privado. Sumado a ello, la imprescriptibilidad, irónicamente se encuentra dentro del plazo genérico de la prescripción, antes que el período de cinco años.”<sup>681</sup>

Asimismo, Afarian resalta que “en otros ámbitos, desde la sanción del Cód. Civ. y Com. la cuestión sobre la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad trajo aparejada interesantes y complejas discusiones. Estas se dieron no solo desde el ámbito del derecho privado, sino también en el derecho penal, el derecho constitucional, el derecho internacional, el derecho del trabajo, entre muchos otros.”<sup>682</sup>

También destaca que “por otro lado, con apoyo en la disidencia, los/las autores/as del proyecto expresan que la imprescriptibilidad de los derechos de las víctimas de delitos de lesa humanidad se encuentra determinada por la causa de la obligación, que es el crimen de lesa humanidad, y cuya finalidad es la reparación del menoscabo causado a la víctima o sus familiares.”<sup>683</sup>

Haciendo una última consideración, Afarian nos dice que, “prácticamente todas las sentencias a las que hemos aludido se refieren a la interposición de la demanda

---

<sup>679</sup> *Ibidem.*

<sup>680</sup> *Ibidem.*

<sup>681</sup> Afarian, Jorge, “La nueva modificación del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad. Un recorrido por las recientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *La Ley*, 13/04/2021, **Cita:** TR LALEY AR/DOC/588/2021.

<sup>682</sup> *Ibidem.*

<sup>683</sup> *Ibidem.*

en tiempo oportuno por parte de las víctimas o sus causahabientes. Parece que la responsabilidad en cuanto a la reparación de los delitos de lesa humanidad se encuentra únicamente en cabeza de estas. La CS, de algún modo, "juzga" la inactividad de la víctima, y para ello le atribuye un plazo a su pretensión, que debería haber cumplimentado según sus parámetros. Pero ¿cómo medir temporalmente el miedo? ¿Solo basta la "posibilidad" de interposición de la demanda para que las personas exijan sus derechos, en este caso pecuniarios? ¿Todos los reclamos son idénticos?".<sup>684</sup>

Por último, Afarian afirma que "el fundamento en aquella "disponibilidad" o "renunciabilidad" de los créditos que la mayoría de la CS ha repetido (con mayor o menor intensidad) en todas las sentencias aludidas, puede funcionar para los negocios y los actos jurídicos meramente patrimoniales, ¿pero ello es asimilable a un delito de estas características? La vida y el sufrimiento no son un negocio y la seguridad jurídica a la que propende el instituto de la prescripción debe ser asumida por el Estado, a partir del cumplimiento de sus obligaciones internacionales. La reforma al Cód. Civ. y Com., y la "constitucionalización" del derecho privado es un ejemplo de ello, en aras de una interpretación integral del sistema jurídico."<sup>685</sup>

Por su parte, Ernesto F. **Lombardi**, sostiene que la reforma aludida, sella definitivamente la discusión sobre la temporalidad.<sup>686</sup>

Por ello, afirma que la magnitud de esta reforma la ubica en un lugar de primordial importancia, por cuanto el título del art. 2560 es de los "Plazos genéricos", es decir los que conforman la regla general. Con lo cual, con esta reforma la imprescriptibilidad, cuando se trate de acciones derivadas de delitos de lesa humanidad "es la regla", no se trata de ninguna concesión, ni de ninguna especie o excepción a la regla general, "es la regla misma". Para más detalle quedó ubicada en el primer párrafo, o sea que cuando de plazos genéricos se hable, lo primero que debemos tamizar es si se trata de acciones derivadas de delitos de lesa humanidad o no, y recién allí discurrir de qué plazo se habla, porque con esta ubicación quedó claro que, en este tipo de acciones, "no hay plazos", porque "es imprescriptible".<sup>687</sup>

Continúa sosteniendo Lombardi, que si quedaba alguna duda sobre la temporalidad de la aplicación de esa máxima del derecho positivo, que no deja de ser uno

---

<sup>684</sup> *Ibidem.*

<sup>685</sup> *Ibidem.*

<sup>686</sup> Lombardi, Ernesto F., "La república... *Op. Cit.*, p. 94.

<sup>687</sup> *Ibidem.*

de los principios de la defensa de los DD.HH., también por esa misma reforma, esta ley modificó el art. 2537, haciendo un agregado paradigmático. Sumó una oración *in fine* al texto anterior que dice: “Se exceptúa de lo prescripto anteriormente las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad”. Queda establecido entonces la “atemporalidad”.<sup>688</sup>

Para Lombardi, la importancia de esta reforma es mayúscula, porque de la misma manera en que se toma como antecedente del 3° párr. del art. 2561 al Caso “Larrabeiti Yáñez”, donde el legislador está expresando su voluntad contraria a la decisión errónea de la jurisprudencia de la Corte. Es entonces esta reforma una respuesta al Caso Villamil, donde de manera irrefutable está expresando nuevamente su posición contraria al contumaz comportamiento jurisprudencial del máximo tribunal.<sup>689</sup>

El autor citado, afirma que los jueces de la Corte que interpretando erróneamente la voluntad del legislador en la causa Villamil, y posteriormente en Ingegneros, tienen a su mano, salvo que no quisieran verlo, la “ley interpretativa” que es nada menos que el Código Civil y Comercial de la Nación para corregir su equivocado criterio anterior. Es decir, ya lo tenían para el caso Villamil, pero aun suponiendo que pudieron haber malinterpretado que la norma se refería al carácter atemporal de la imprescriptibilidad en estos casos, con esta última reforma, es tan concluyente y resulta tan obvio, que ya no hay excusas para mantenerse en el error.<sup>690</sup>

Concluye Lombardi diciendo que el Código Civil y Comercial de la Nación es de raíz infraconstitucional y en esta parcialidad y descontextualización del sistema se apoyó la mayoría de la CS, para desoír el mandato de la Carta Magna y su art. 75, inc. 22, en esta materia, mediante una particular interpretación. Ahora ya no habría motivos para insistir en ese yerro.<sup>691</sup>

#### **19.4. La jurisprudencia frente a la reforma.**

La Sala II de la Cámara Federal de la Plata, con voto de los jueces César Álvarez y Jorge Di Lorenzo, resolvió dos causas en las que se debatía la acción civil por daños y perjuicios derivada de delitos de lesa humanidad contra el Estado Nacional. Se trata de los casos “*Molina*” y “*Huergo*” en los que, con base en los instrumentos

---

<sup>688</sup> *Ibidem*, pp. 94-95.

<sup>689</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>690</sup> *Ibidem*.

<sup>691</sup> *Ibidem*.

internacionales de derechos humanos, fundó una posición diversa a la sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>692</sup>

Para este acápite, nos interesa particularmente el fallo “*Huergo*”. En dicho precedente, el voto inicial fue del juez Jorge Eduardo Di Lorenzo y contó con la adhesión del juez César Álvarez.

En los hechos, el actor fue detenido ilegalmente en la localidad de Bernal y puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional en 1976. Relató que sufrió torturas de diversa índole que le ocasionaron daños que motivaron su reclamo indemnizatorio.<sup>693</sup>

En primera instancia se resolvió que la acción de encontraba prescripta con base en los precedentes de la Corte Suprema y ello motivó el recurso de apelación.<sup>694</sup>

El juez Di Lorenzo señaló que, con posterioridad al criterio mayoritario del máximo tribunal, se registró un cambio legislativo sustancial. Se trata de la sanción de la ley 27.586 en el año 2020 que dispuso la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad. El magistrado interpretó que esa reforma legislativa “responde también al voto conjunto en disidencia de Rosatti y Maqueda, que opera, como respuesta al voto de mayoría”.<sup>695</sup>

Con esa base, señaló “*que la nueva normativa deja en claro que no vencen los plazos para efectuar planteos resarcitorios, por parte de personas víctimas de crímenes de lesa humanidad, ello con especial referencia a aquellos cometidos durante la última dictadura cívico militar que asoló a nuestro país en el período 1976-1983. Ello así, pues surge claramente, de la atenta lectura de los antecedentes parlamentarios, la intención del Congreso en aquél sentido*”.<sup>696</sup>

También nos interesa resaltar los siguientes considerandos del fallo, a saber:

“Cabe destacar, asimismo, que la Corte Suprema no se ha pronunciado después de la entrada en vigencia de la ley 27586, que acaeció el 16 de diciembre de 2020

---

<sup>692</sup><https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/4065/La-Camara-Federal-de-La-Plata-declaro-la-imprescriptibilidad-de-la-accion-civil-derivada-de-delitos-de-lesa-humanidad> [Fecha de captura: 2/01/2023].

<sup>693</sup> *Ibidem*.

<sup>694</sup> *Ibidem*.

<sup>695</sup> *Ibidem*.

<sup>696</sup> *Ibidem*.

(B.O. 16/12/2020), siendo el último fallo conocido la causa “Crosatto” del 12 de noviembre de 2020.”.<sup>697</sup>

“Así las cosas, corresponde tener bien presente la doctrina que emana de Fallos 342:278, a través de la que la Corte Suprema fijó las pautas para el buen uso de sus precedentes, al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. Así, se ha remarcado que ya "en el pronunciamiento dictado en el expediente 'Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo', esta Corte sostuvo que: 'cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación [a] las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las [expresiones] generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan' (Fallos: 33:162, considerando 26). En este sentido, esta Corte ha descalificado sentencias que han aplicado la doctrina de un precedente a controversias en los que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite" ("Acosta, Leonel Ignacio", Fallos 340:1084).”.<sup>698</sup>

“Como vemos y en consecuencia de la doctrina emanada de la Corte, frente a un cambio supino de circunstancias al momento de sentenciar, como lo es el cambio legislativo expuesto, debe aplicarse el derecho vigente y en conexión con el caso concreto.”.<sup>699</sup>

“IX. Por último, a mayor abundamiento, cabe recordar que en la causa “Familia Julien Grisonas vs Argentina”, sentencia del 23 de septiembre de 2021, la Corte Interamericana expuso que, “[e]n la medida en que los hechos que dieron origen a las acciones civiles de reparación de daños han sido calificados como crímenes contra la humanidad, tales acciones no deberían ser objeto de prescripción”.”.<sup>700</sup>

---

<sup>697</sup> Cámara Federal de La Plata - Sala II, La Plata, en autos “Huergo, Carlos Alberto c/Estado Nacional s/Daños Y Perjuicios”, exp. n° FLP 3419/2021/CA1, 28-12-2022.

<sup>698</sup> *Ibidem.*

<sup>699</sup> *Ibidem.*

<sup>700</sup> *Ibidem.*

“X. Como corolario, la problemática que implicaba evaluar si en los delitos de lesa humanidad, cuando se efectúan reclamaciones civiles como derivación de ellos, puede aducirse algún plazo de prescripción, ha encontrado respuesta contundente con la reforma del Código Civil y Comercial del año 2020, con un uso razonable del test de convencionalidad y reforzada con la interpretación que la Corte Interamericana efectuara en el caso “Familia Julien Grisonas”.<sup>701</sup>

De este modo, la Sala II de la Cámara Federal admitió el recurso de apelación del actor y revocó la sentencia de primera instancia.

## **20. Conclusiones previas.**

Nos toca dar ahora en el presente apartado nuestras conclusiones previas sobre lo abordado.

En primer orden, diremos que hemos logrado analizar, tanto la ‘acción civil’ resarcitoria por daños provocados por delitos de Lesa Humanidad, como el instituto de la ‘prescripción’ sobre dicha acción.

Ello nos permitió ingresar al estudio del debate existente en la doctrina nacional y en la jurisprudencia de la CSJN respecto a la prescripción de la acción civil resarcitoria por daños derivados de Ilícitos contra la Humanidad.

Vale remarcar, que dicho debate sigue vigente, a pesar de la sanción de la Ley 27.586 que reformó al Código Civil y Comercial de la Nación.

Decimos lo anterior, por cuanto dicha reforma ya cuenta con algunos fallos favorables de instancias inferiores, pero también es cierto que parte de la doctrina es crítica de la Ley 27.586 por considerarla inconstitucional, tal como pudimos conocer.

Por otra parte, logramos detectar la presencia de la Filosofía del Derecho en el debate referido, lo que demuestra la actualidad que tiene la discusión entre las posiciones positivistas y las no positivistas.

Entonces, podemos afirmar, que la cuestión de la imprescriptibilidad de la acción civil analizada, es una problemática nacional en plena discusión y confrontación sin estar concluida o saldada a la fecha.

Sin embargo, también conseguimos concluir de manera provisoria, que logramos acreditar –probar- acabadamente *“la equiparación de las consecuencias penales y no penales en materia de prescripción”*.

---

<sup>701</sup> *Ibidem*.

Asimismo, también concluimos y compartimos con Hitters, que el tema de la prescripción de la reparación en los delitos de lesa humanidad tiene que ser estudiado a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de los tratados que lo regulan, porque desde la fría vertiente del derecho civil y del derecho penal común no cabe duda que, por regla, las cuestiones en general prescriben por el transcurso del tiempo, tanto las acciones, como las indemnizaciones y las penas, por razones de seguridad jurídica.<sup>702</sup>

En suma, dicha *equiparación*, no solo está basada y sustentada en los capítulos anteriores y particularmente en éste, sino también en los siguientes capítulos, lo que nos permitirá hablar de la aparición de una nueva Teoría de la Ciencia Jurídica que brindará una respuesta concreta al Problema Científico mencionado en el acápite II. de la Introducción de la presente tesis.

---

<sup>702</sup> Hitters, Juan Carlos, “¿Prescribe... *Op. Cit.*, p. 1.

## Capítulo 6

### Derecho comparado

#### 21. Sobre la acción reparatoria y prescripción.

Los antecedentes en el derecho comparado (doctrina, legislación y jurisprudencia) también muestran que la cuestión de la prescripción de la acción reparatoria analizada es una problemática universal en plena discusión y confrontación sin haber sido saldada a la fecha.

Como ejemplo de ello, podemos referirnos a lo que sucedía en Chile, en donde la problemática aludida también llegó al máximo tribunal, es decir, a la Corte Suprema, en donde igualmente existían dos concepciones marcadamente opuestas, que dependían de la integración de sus Salas, ya que unas señalan que la acción resarcitoria derivada de los delitos de lesa humanidad prescriben conforme las normas del Código Civil, y las otras sostienen la imprescriptibilidad de las acciones mencionadas, por lo que la cuestión también sigue en debate.

Por lo tanto, y como dice la jurista chilena Mayra Feddersen, “en el caso de la prescripción civil este debate aún se encuentra inconcluso y como se verá... genera importantes problemas.”<sup>703</sup>.

##### 21.1. Chile.

A continuación, analizaremos la doctrina y la jurisprudencia destacada de Chile, referida a la hipótesis de la presente tesis.

##### 21.1.1. La doctrina chilena.

Al respecto, en la doctrina chilena encontramos la posición de Mario Campos Poblete, Gonzalo Aguilar Cavallo y Carlos Céspedes Muñoz.

**Campos Poblete**, al referirse al Código Civil chileno, expresa que “Ello es aplicable a las relaciones entre particulares, o de estos con el Estado en el plano doméstico, pues el CC no fue elaborado para regir la responsabilidad internacional del Estado que se origina con los crímenes de lesa humanidad.”<sup>704</sup>.

---

<sup>703</sup> Feddersen, Mayra, “Prescripción de acciones civiles en Chile”, Chile, en *Centro Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, 2010, p. 2.

<sup>704</sup> Poblete Campos, Mario, *La prescripción... ob. cit.*, p. 155.

Asimismo, vale tener presente el análisis del jurista **Aguilar Cavallo**, quien fundamenta su argumentación en seis pilares concretos para afirmar la imprescriptibilidad de las acciones civiles por daños derivadas de crímenes de lesa humanidad, ya que, “en general, se sostiene el argumento de la certeza jurídica, y el de la reparación civil como una cuestión meramente patrimonial, para fundamentar la prescriptibilidad de la acción civil derivada de los crímenes internacionales.”<sup>705</sup>.

Primero: Principio de Derecho Internacional Convencional<sup>706</sup>: El art. 29 del Estatuto de la CPI señala que “los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”, observa el autor que no se distingue entre la acción civil o penal, siendo ambas imprescriptibles.<sup>707</sup>

Segundo: El falso argumento de la seguridad jurídica<sup>708</sup>: Aguilar Cavallo se pregunta si la seguridad y certeza jurídica, fundamentos de la prescripción, son para las víctimas y sus familiares o para los victimarios. Ello lleva a revisar si la prescripción es una institución absoluta en el ámbito de los ordenamientos jurídicos, a lo cual debemos esgrimir que “la prescripción no es una institución universal. Existen sistemas jurídicos, como por ejemplo los anglosajones, que no la conocen o al menos no le dan un carácter general”. En esta línea, debemos entender que los crímenes contra la humanidad se enmarcan en el DIDH, que tiene por eje central la dignidad de la persona humana, donde el bien jurídico protegido está en un plano superior.<sup>709</sup>

Tercero: Principio de coherencia<sup>710</sup>: Si de un mismo hecho nacen ciertas acciones, darles un tratamiento distinto no guarda coherencia, por lo tanto, si de los crímenes contra la humanidad derivan acciones, civil y penal, ambas deben tener la misma suerte, es decir, se excepcionan de la prescripción extintiva. Este fundamento es rebatido por quienes señalan que desde la época de la codificación ambas acciones han sido reguladas de forma distinta, y están establecidas con objetivos diferentes. La acción penal lleva a cabo el juicio de reproche desde la perspectiva de la culpabilidad, busca la paz social y, por otro lado, la acción civil es la proyectada a establecer la responsabilidad del

---

<sup>705</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, año 14 n° 2, Talca, Chile: Universidad de Talca, 2008, p. 178.

<sup>706</sup> *Ibidem*.

<sup>707</sup> Poblete Campos, Mario, *La prescripción... ob. cit.*, p. 155.

<sup>708</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo, *Crímenes... ob. cit.*, p. 179.

<sup>709</sup> Poblete Campos, Mario, *La prescripción... ob. cit.*, p. 156.

<sup>710</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo, *Crímenes... ob. cit.*, p. 182.

infractor y recibir la reparación del daño, que será para la satisfacción del ofendido. Sin embargo, desde la óptica de los crímenes internacionales se les debe dar un trato igualitario, debido a que los bienes jurídicos protegidos van más allá de la paz de una sociedad y de la propiedad de un ciudadano, se ampara la dignidad de la humanidad completa.<sup>711</sup>

Cuarto: Enfoque centrado en las víctimas y en la humanidad<sup>712</sup>: Aguilar Cavallo expresa que el derecho penal interno está centrado en el reo, pero el DPI está elaborado en torno a la víctima, por lo cual, frente a los crímenes internacionales, los jueces nacionales deben realizar un análisis y aplicación de las normas de una forma diferente. Esta concepción obedece a “un cambio de la cuestión moral dentro del derecho, el cual fue iniciado por la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, que es la primera piedra de un derecho universal”.<sup>713</sup>

Quinto: Principio finalista<sup>714</sup>: La persecución de los crímenes de lesa humanidad tiene un fin preventivo, uno sancionador y uno reparador, frente a los cuales, si opera la prescripción civil, no permitirá que se cumplan a cabalidad los citados fines. Estos obedecen a “la relación del derecho internacional junto a la moral, que parece haber llevado a una legalización necesaria de la misma -tal es la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad- una justificación moral del poder, en nombre de un buen derecho”.<sup>715</sup>

Sexto: Principio de la reparación integral<sup>716</sup>: Este principio es un tema de vital importancia, se traduce en un derecho para el afectado y una obligación para el infractor de los DD.HH., y se posiciona como el medio palpable de la represión de los crímenes contra la humanidad. La reparación integral presenta múltiples funciones, a saber; disuadir, sancionar, ejemplificar, y, sobre todo, restablecer el orden quebrantado cuando sea posible, o de una forma sustitutiva. Zaffaroni nos enseña que “invocar la simple prescripción civil para negar cualquier derecho de reparación o de restitución en caso de crímenes contra la humanidad cometidos siglos anteriores no es una mera cuestión de neutralización del reclamo, sino un verdadero escándalo jurídico”.<sup>717</sup>

---

<sup>711</sup> Poblete Campos, Mario, *La prescripción... ob. cit.*, p. 157.

<sup>712</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo, *Crímenes... ob. cit.*, p. 182.

<sup>713</sup> Poblete Campos, Mario, *La prescripción... ob. cit.*, p. 157.

<sup>714</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo, *Crímenes... ob. cit.*, p. 182.

<sup>715</sup> Poblete Campos, Mario, *La prescripción... ob. cit.*, pp. 157-158.

<sup>716</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo, *Crímenes... ob. cit.*, p. 183.

<sup>717</sup> Poblete Campos, Mario, *La prescripción... ob. cit.*, p. 158.

A su turno, **Céspedes Muñoz** nos dice “Finalmente y para el evento de existir alguna duda sobre si aplicar el régimen del Derecho Internacional Humanitario o del Código Civil, debe estarse al estatuto más beneficioso para la víctima, aplicando el principio *pro homine*, que en materia de responsabilidad extracontractual se denomina *pro damnato* o *favor victimae*. El principio *pro damnato* es un principio tendencial del Derecho de Daños que persigue asegurar la correspondiente indemnización a las víctimas, más que moralizar la conducta de los autores de los daños. Este principio se materializa en la siguiente máxima: “... por regla general, todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño...”<sup>718</sup>

Este principio, dice Céspedes Muñoz, “no es más que la aplicación de otro de mayor entidad, que erige a la defensa del más débil en la principal preocupación del Derecho moderno, como lo denominaba JOSSERAND en su trabajo “La protección de los débiles por el derecho”<sup>719</sup>

Por lo tanto, concluye Céspedes Muñoz, “atendida la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad, no se aprecian razones para dejar a los ofendidos solos con su sufrimiento: se impone, en consecuencia, el deber de indemnizar. Es decir, se protege a la parte más débil: la víctima de tales delitos.”<sup>720</sup>

### **21.1.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema chilena.**

Para la presente tesis, y particularmente para este acápite, consultamos al abogado chileno Pablo Fuenzalida, quién represento a las víctimas y familiares en sus reclamos judiciales por ante la competencia civil, para obtener una reparación por los daños sufridos a causa de los delitos de lesa humanidad cometidos por la última dictadura de ese país.

El abogado Fuenzalida junto a su colega Nelson Caucoto, son quienes han hecho un trabajo de años para lograr convencer juez a juez y poder dar vuelta una jurisprudencia que siempre les fue negativa.

Fuenzalida, a propósito de lo referido, nos relata que “Discutimos todos y cada uno de los argumentos y felizmente hoy tenemos una Jurisprudencia afianzada en

---

<sup>718</sup> Céspedes Muñoz, Carlos, “Imprescriptibilidad de la acción civil derivada de la comisión de crímenes de lesa humanidad”. *Sentencia Excm. Corte Suprema de 08 de abril de 2010*, en Revista de Derecho y Ciencias Penales N° 16 (131-150), 2011, Universidad San Sebastián (Chile), ISSN 0718-302X, pp. 146-147.

<sup>719</sup> *Ibidem*.

<sup>720</sup> *Ibidem*.

nuestra Corte Suprema. Nuestra tesis fue además, ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos después de años de tramitación en la Comisión en Washington.”.<sup>721</sup>

Asimismo, Fuenzalida sostiene que “A diferencia de Argentina, Pinochet y la derecha chilena dejaron amarrada una Corte Suprema a su antojo por muchos años, protegida además desde el Congreso (con sobrerrepresentación de la derecha y con senadores designados por las fuerzas armadas y las policías hasta el año 2006). Sólo a partir de entonces es que nuestro poder judicial se fue renovando y nuestras tesis de la imprescriptibilidad fueron abriéndose camino.”.<sup>722</sup>

Al respecto de ello, Fuenzalida nos informa que “Hoy los 30 **juzgados civiles de Santiago**, todas las **salas de las Cortes de Apelaciones de Santiago**, todos los **jueces con dedicación exclusiva a investigar las causas de derechos humanos y la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema** que es la que conoce de estos temas fallan invariablemente ya a favor de nuestras pretensiones.”.<sup>723</sup>

El abogado mencionado, termina contándonos que “Muchos de [sus] argumentos están plasmados también en el fallo Órdenes Guerra y Otros con el Estado de Chile, recientemente dictado por la CIDH.”.<sup>724</sup>

Finalmente, para mayor conocimiento, todos los fallos dictados por la Corte Suprema de Chile (con rol de ingreso al máximo tribunal, las fechas, los nombres del juicio y como votó cada juez) nos permitirá visualizar todos los argumentos discutidos y además se podrá ver la evolución de la jurisprudencia chilena sobre la materia en cuestión.<sup>725</sup>

#### **21.1.2.1. El fallo “Ortega c. Fisco de Chile”<sup>726</sup>.**

Uno de los fallos de la Corte Suprema chilena más relevante para la cuestión tratada, fue sin dudas “Ortega”, ya que del mismo podemos detectar con claridad las dos posiciones sobre la procedencia o no del instituto de la prescripción en la acción de reparación de daños provocados por los delitos de lesa humanidad.

---

<sup>721</sup> Respuesta del abogado Fuenzalida al autor de la tesis mediante correo electrónico de fecha 4/8/2020.

<sup>722</sup> *Ibidem*.

<sup>723</sup> *Ibidem*.

<sup>724</sup> *Ibidem*.

<sup>725</sup> El listado de fallos referidos, fue remitido por el abogado chileno Pablo Fuenzalida al autor de la presente tesis, mediante correo electrónico de fecha 4/8/2020. Dichos fallos, se pueden consultar ingresando al link de consulta de fallos de la Corte Suprema de Chile: <https://www.pjud.cl/tribunales/corte-suprema> [8/09/2023].

<sup>726</sup> CS, caratulados “Ortega Fuentes, María Isabel con Fisco de Chile”, Rol de Ingreso Corte Suprema 2080-2008 de fecha 8 de Abril de 2010, pronunciada por los Ministros Sr. Héctor Carreño (minoría) Sr. Pedro Pierry (minoría), Sr. Haroldo Brito y los abogados integrantes Nelson Pozo y Maricruz Gómez de la Torre.

El voto de la mayoría se cimentó en los siguientes argumentos, que a continuación transcribimos textualmente, a saber:

“Considerando: ... Quinto: Que en primer lugar cabe señalar que tratándose de una violación a los derechos humanos el criterio rector en cuanto a la fuente de la responsabilidad civil está en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos, y ello ha de ser necesariamente así porque este fenómeno de transgresiones tan graves es muy posterior al proceso de codificación que no lo considera por responder a criterios claramente ligados al interno privado, y por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada sólo en la segunda mitad del siglo XX.”<sup>727</sup>

“Sexto: Que conforme a lo anteriormente expuesto la acción indemnizatoria deducida en autos por los actores no es de índole patrimonial como se asegura en la sentencia que se revisa por esta vía, porque los hechos en que se la sustenta son ajenos a una relación contractual vinculada a un negocio común o extracontractual sino, simplemente, humanitaria; y es de dicha clase en razón de que la pretensión de los actores que se fundamenta en la detención y posterior desaparición de su cónyuge y padre, Washington Cid Urrutia, en una completa indefensión por agentes del Estado que disponían de un gran poder de coerción.”<sup>728</sup>

“Séptimo: Que, en efecto, no puede negarse el carácter de delito de lesa humanidad aquél que sirve de fuente u origen a la acción impetrada por los actores; además, consta de los antecedentes que el caso aparece dentro de aquellos incorporados al Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación (Decreto Supremo N°355 de 1990, del Ministerio de Justicia). Tal carácter, en lo tocante a la indemnización de perjuicios hace aplicable también en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares para “conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente” (sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 14 de marzo de 2001)...”<sup>729</sup>

“Octavo: Que la cuestión de los derechos fundamentales constituye un sistema construido a partir de criterios particulares, propios de la naturaleza del hecho, y por tal razón no es posible interpretar las normas que los regulan de manera aislada,

---

<sup>727</sup> *Ibidem.*

<sup>728</sup> *Ibidem.*

<sup>729</sup> *Ibidem.*

porque toda conclusión alcanzada en tales circunstancias necesariamente será contraria a este sistema jurídico.”.<sup>730</sup>

“Décimo: Que analizando ahora las normas aplicadas por el fallo impugnado, cabe señalar que no resultan atinentes las normas de Derecho Interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios en que se funda el fallo, al estar éstas reglas en abierta contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de recibir una reparación correspondiente a víctimas y familiares de éstas, estatuto normativo internacional reconocido por Chile como se ha expuesto. Cabe recordar que la obligación indemnizatoria está originada para el Estado, tratándose de la violación de los Derechos Humanos no sólo por la Constitución Política sino también de los Principios Generales del Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales sobre la materia, como expresión concreta de los mismos, de tal suerte que las normas del derecho común interno se aplicarán sólo si no están en contradicción con esta preceptiva.”.<sup>731</sup>

“Duodécimo: ... el derecho a la reparación es un derecho fundamental, esto es, uno de aquellos que los estados declaran para asegurar y hacer posible la convivencia democrática, el que por su naturaleza es imprescriptible.”.<sup>732</sup>

“Decimocuarto: Que en concepto de esta Corte no es posible sostener la inexistencia de responsabilidad del Estado en esta clase de infracciones con argumentaciones como la que señala el fallo de segunda instancia, **porque el valor Justicia que orienta el Derecho y la convivencia social rechaza tal posibilidad**, al extremo que el Derecho Internacional, como ya se ha señalado en los fundamentos de esta sentencia, ha recogido el criterio que predica que todo daño ha de ser reparado. Además, tal alegación desconoce la naturaleza del hecho que motiva la indemnización solicitada cuando reclama el sistema de responsabilidad extracontractual, porque si bien es cierto que la cuestión está desvinculada de lo contractual ello no implica que haya de hacerse aplicación de este régimen que comprende la cuestión de la culpa y el dolo referidos a un agente determinado. No es necesario ocuparse de acreditar estos supuestos de responsabilidad en los causantes directos del daño, porque inequívocamente los hechos han podido acaecer porque el mismo Estado actuó de manera dolosa cuando

---

<sup>730</sup> *Ibidem.*

<sup>731</sup> *Ibidem.*

<sup>732</sup> *Ibidem.*

desarrolló en forma reiterada conductas lesivas a los derechos fundamentales, esto es, cuando conocidamente integrantes de sus órganos de seguridad se involucraron en torturas, desapariciones forzadas y muertes entre otros graves atentados. ... Más que una presunta actitud o falla psicológica de los agentes del poder público, lo que realmente es determinante es la conducta objetiva del Estado (la debida diligencia para evitar violaciones de derechos humanos). Se puede, así ciertamente, llegar a la configuración de la responsabilidad objetiva o absoluta del Estado a partir de la violación de sus obligaciones internacionales convencionales en materia de protección de los derechos humanos. Sobre dicha responsabilidad objetiva reposa el deber de prevención (Caso El Amparo).”.<sup>733</sup>

A su vez, el voto de la minoría se fijó en los siguientes argumentos, que a continuación transcribimos textualmente, a saber:

“Uno: Que en la especie **se ha ejercido una acción de contenido patrimonial** que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, de manera que no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas del Código Civil. (Carreño)”.<sup>734</sup>

“Dos: Que en lo que dice relación a la vulneración de tratados internacionales denunciada, **cabe señalar que ninguno de los cuerpos normativos citados establece la imprescriptibilidad** genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales. En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos no contiene precepto alguno que consagre la imprescriptibilidad alegada por el recurrente. Además, ninguna de las disposiciones citadas en el recurso excluye respecto de la materia en controversia la aplicación del derecho nacional. El artículo 1° de la Convención sólo consagra un deber de los Estados miembros de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna; y el artículo 63.1 impone a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un determinado proceder si se decide que hubo violación a un derecho o libertad protegido. (Carreño)”.<sup>735</sup>

---

<sup>733</sup> *Ibidem.*

<sup>734</sup> *Ibidem.*

<sup>735</sup> *Ibidem.*

“Cinco: Que la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que la ley o la índole de la materia determinen lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones. A ello cabe agregar que **no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad** genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales; **y, en ausencia de ellas, corresponde estarse a las reglas del derecho común** referidas específicamente a la materia. (Carreño)”.<sup>736</sup>

Concluyen su voto diciendo, que “por todo ello, que las referencias al derecho francés para fundar la imprescriptibilidad de las acciones contra el Estado por la no aplicación del Código Civil, deben ser descartadas y, por el contrario, sirven precisamente de fundamento para sostener la aplicación del Código Civil chileno en materia de prescripción de las acciones por responsabilidad extracontractual del Estado. (Pierry)”.<sup>737</sup>

#### **21.1.2.2. El fallo “González Galeno c. Fisco de Chile”<sup>738</sup>.**

Otra sentencia destacada, es la del caso “González Galeno”<sup>739</sup>, en donde el Fisco de Chile pidió que el Tribunal pleno conociera de los juicios, en dicho fallo se palpó la división en la Corte Suprema chilena discutiendo todos y cada uno de los argumentos, y fue la última vez que el Fisco de Chile tuvo un fallo a su favor.

En su crónica minuciosa, Andrea Chaparro, nos relata que “pleno de la Corte Suprema zanjó hoy uno de los temas más controvertidos en los procesos por violaciones de los derechos humanos: si la acción de carácter civil está prescrita o no en estos casos. La respuesta de los ministros del máximo tribunal fue que sí. Y, compartiendo el argumento del fisco, establecieron que la imprescriptibilidad determinada por la legislación internacional para el aspecto penal, no se extiende al civil.”<sup>740</sup>

---

<sup>736</sup> *Ibidem*.

<sup>737</sup> *Ibidem*.

<sup>738</sup> CS, “Eduardo González Galeno c. Fisco de Chile”, Rol 10665-2011.

<sup>739</sup> La arista penal del caso: En el aspecto penal, el 25 de junio pasado, los ministros de la sala penal de la Corte Suprema, Milton Juica, Hugo Dolmestch, Carlos Künsemüller, Haroldo Brito y Guillermo Silva, en fallo unánime, rechazaron el recurso de casación planteado y condenaron a los ex carabineros Gamaliel Soto Segura y Clenardo Figueroa Cifuentes a 10 años y un día de presidio por el secuestro de Eduardo González Galeno.

<sup>740</sup> Chaparro, Andrea, “Pleno de la Corte Suprema dicta por primera vez fallo sobre aspecto civil en caso de derechos humanos”, en *El Mercurio*, Chile, 22/01/2013.

Esta es la primera vez que los miembros de la Corte Suprema, actuando como un cuerpo colegiado, dictan una sentencia respecto de un proceso indemnizatorio por daño moral en materia de derechos humanos. Se trata de un pronunciamiento especial que contempla el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil cuando existen decisiones judiciales diversas sobre un determinado asunto.<sup>741</sup>

La sentencia por nueve votos contra siete acoge el recurso de casación planteado por el fisco -representado por el Consejo de Defensa del Estado (CDE)- en el que se solicitaba anular un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había concedido una indemnización de \$50 millones a la hermana del médico Eduardo González Galeno, desaparecido a partir del 14 de septiembre de 1973, en la localidad de Cunco, Región de La Araucanía.<sup>742</sup>

En esa presentación, el organismo de defensa estatal había solicitado además el pronunciamiento del pleno del máximo tribunal por existir discrepancias en sentencias sobre indemnizaciones de reparación por daño moral en procesos ligados con violaciones de los derechos humanos, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990.<sup>743</sup>

La decisión se adoptó en fallo dividido y el voto de mayoría fue de los ministros Nibaldo Segura, Patricio Valdés, Héctor Carreño, Pedro Pierry, Gabriela Pérez, Guillermo Silva, Rosa María Maggi, Rosa Egnem y María Eugenia Sandoval. En la disidencia, en tanto, estuvieron los ministros Milton Juica, Sergio Muñoz, Hugo Dolmestch, Juan Araya, Carlos Künsemüller, Haroldo Brito y Juan Escobar, quienes fueron partidarios de rechazar el recurso de casación y extender la imprescriptibilidad al aspecto civil de la sentencia.<sup>744</sup>

Sobre los alcances del fallo, Chaparro nos dice que “para la mayoría del pleno -como lo planteó el CDE- la acción de carácter civil está prescrita, puesto que la imprescriptibilidad determinada por la legislación internacional para el aspecto penal, no se extiende al civil. Pero los jueces establecieron en el fallo que el plazo de prescripción debe comenzar a contarse desde que los familiares de las víctimas tuvieron certeza del ilícito

---

<sup>741</sup> *Ibidem.*

<sup>742</sup> *Ibidem.*

<sup>743</sup> *Ibidem.*

<sup>744</sup> *Ibidem.*

perpetrado y no desde la fecha de la desaparición, fijando que ese hecho se produjo con la publicación del Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación o Informe Rettig.<sup>745</sup>

La sentencia determina además que “del contenido de tratados internacionales, previo es también hacer notar que ninguno de los cuerpos normativos citados en el fallo impugnado establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales”.<sup>746</sup>

Y, en ese sentido, agrega que “la propia Convención Americana de Derechos Humanos no contiene precepto alguno que consagre la imprescriptibilidad alegada por el recurrente” y que “ninguna de las disposiciones citadas en el recurso excluye respecto de la materia en controversia la aplicación del derecho nacional. En efecto, el artículo 1° sólo consagra un deber de los Estados miembros de respetar los derechos y libertades reconocidos en esa Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna; y el artículo 63.1 impone a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un determinado proceder si se decide que hubo violación a un derecho o libertad protegido”.<sup>747</sup>

En cuanto al Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, el fallo plantea que “debe entenderse necesariamente referido a infracciones del orden penal, lo que resulta claro de la lectura de los artículos 129 y 130 de dicho Convenio que aluden a actos contra las personas o bienes citando al efecto homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un cautivo a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga o privarle de su derecho a ser juzgado regular e imparcialmente al tenor de las prescripciones del Convenio”.<sup>748</sup>

Por último, la resolución señala que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 también se refiere “únicamente a la acción penal”.<sup>749</sup>

---

<sup>745</sup> *Ibidem.*

<sup>746</sup> *Ibidem.*

<sup>747</sup> *Ibidem.*

<sup>748</sup> *Ibidem.*

<sup>749</sup> *Ibidem.*

Con estos argumentos a la vista, los jueces concluyen que “la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones. A ello cabe agregar que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales; y, en ausencia de ellas, corresponde estarse a las reglas del derecho común referidas específicamente a la materia (...) Que nuestro Código Civil en el artículo 2497 preceptúa que: *‘Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo’*.”<sup>750</sup>

Sin embargo, el fallo agrega que “sin situarse explícitamente en la perspectiva del derecho internacional, esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, entendiendo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de contarse desde una perspectiva distinta a la que evidencia la mera literalidad del artículo 2332 del Código Civil”.<sup>751</sup>

Por ello, la sentencia plantea que, tratándose de un caso como el que se revisa, es posible sostener que “los titulares de la acción indemnizatoria no estaban en condiciones de haberla ejercido en tanto no tenían certeza del paradero o destino del familiar desaparecido y, por lo mismo, parece más razonable computar el término legal de prescripción desde que dichos titulares tuvieron ese conocimiento y contaron con la información necesaria y pertinente para hacer valer ante los tribunales de justicia el derecho al resarcimiento por el daño sufrido que el ordenamiento les reconoce”.<sup>752</sup>

Y los magistrados establecen que “ese momento”, en la causa en análisis, “ha de entenderse que lo constituye el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, pues sólo a partir de entonces se tuvo certidumbre de la condición de víctima de la persona cuya desaparición causa el daño que se persigue indemnizar. Ahora

---

<sup>750</sup> *Ibidem.*

<sup>751</sup> *Ibidem.*

<sup>752</sup> *Ibidem.*

bien, aun computando el plazo de cuatro años que contempla el artículo 2332 del Código Civil desde el referido informe de la 'Comisión Rettig', al tiempo de notificarse válidamente la demanda al demandado e incluso en el supuesto de atribuir a la presentación de la querrela el efecto de interrumpir la prescripción en curso, el término extintivo que interesa se encontraría en todo caso cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada".<sup>753</sup>

Asimismo, Chaparro nos relata que "la decisión se adoptó con el voto en contra de siete ministros. Así en su voto de minoría, los ministros **Juica, Dolmestch, Araya, Künsemüller, Brito y Escobar** determinaron que "tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio Derecho Interno, que en virtud de la Ley N° 19.123 y su posterior modificación contenida en la Ley N° 19.980, reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario".<sup>754</sup>

En razón de ello, concluyen los magistrados "cualquier diferenciación efectuada por el juez, en orden a separar ambas acciones y otorgarles un tratamiento diferenciado, es discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia que se le reclama".<sup>755</sup>

**El ministro Muñoz, en tanto, en su voto disidente** precisó además que, de acuerdo a normas que se extienden a la tradición anglosajona de la *Common Law*, los Tratados Internacionales por Violaciones a los Derechos Humanos, las sentencias de la

---

<sup>753</sup> *Ibidem.*

<sup>754</sup> *Ibidem.*

<sup>755</sup> *Ibidem.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, los fallos del Tribunal Constitucional, las Actas Constitucionales y el Estatuto Administrativo corresponde establecer la responsabilidad del Estado en este caso.<sup>756</sup>

“Los antecedentes reunidos permiten tener por justificados diferentes hechos que han sido calificados de ilícitos; calificación que se impone, además, por cuanto constituyen deberes de los funcionarios del Ejército y Carabineros de Chile atender la seguridad pública, social e individual de la población, en que la existencia de las instituciones tiene su razón en propender a dar eficacia al derecho, según lo dispone el artículo 101 de la Constitución Política de la República. Que sobre la base de tales antecedentes de hecho y de derecho, los sucesos a que se refiere la presente causa tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad, puesto que fueron perpetrados por agentes del Estado. Corresponde igualmente dejar asentado que la referencia a los regímenes de responsabilidad claramente establecidos en la actualidad, son producto de un mayor desarrollo de nuestro país, que ha terminado por concretar lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia con anterioridad, de forma tal que no se trata de aplicar esta normativa, sino los principios que la inspiran, los que han estado siempre vigentes, sin perjuicio de considerar que las normas de derecho público rigen in actum, especialmente las constitucionales, entre las que se encuentra el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental”, plantea el magistrado.<sup>757</sup>

Asimismo, expresa que el asunto planteado debe ser analizado desde el punto de vista de la justicia restaurativa, ya que “las actuaciones ilícitas no son sólo un problema entre el Estado y el imputado, sino un conflicto en que tienen interés todos aquellos a quienes afectan y en las distintas esferas en que les repercute; conflicto que, por disposición política o normativa, históricamente ha sido asumida por los profesionales de la justicia formal, la cual tiene intervención, pero no es la única instancia, como tampoco la indemnización es la única reparación. La aceptación de esta nueva concepción fue acogida en la Resolución de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos en el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Criminal, adoptada por el Consejo Económico y Social en julio de 2000, luego de ser discutida en el X Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento de los Delincuentes, celebrado en Viena. Desde el punto de vista de la justicia restaurativa de una conducta

---

<sup>756</sup> *Ibidem.*

<sup>757</sup> *Ibidem.*

ilícita se debe buscar la forma de remontar y solucionar los perjuicios causados, pero, además, compensar y acompañar, por lo que las prestaciones patrimoniales no solamente buscan reparar un daño, sino que permitir que éstas contribuyan a otros objetivos: alimenticios, financiar tratamientos de salud reparatorios, sean estos físicos o síquicos, formación profesional, establecimiento, recreación o compensatorios del sufrimiento y otros igualmente relevantes. Surge de la idea fundamental de reparar todo daño y, en la mayor medida posible, restituir a la situación existente con anterioridad al hecho que originó el ese daño. No es extraño que se establezcan fundaciones encargadas de administrar los recursos, con la finalidad de entregar una efectiva restauración. Si bien, en último término existe un desembolso económico de la persona o institución a la cual se condena, éste no puede expresarse [de manera] únicamente patrimonial”.<sup>758</sup>

## 21.2. EE.UU.

El 14 de abril del año 2005 nos enterábamos a través del diario *El País* de España que después de 60 años de finalizada la Segunda Guerra Mundial los herederos de una familia judía habían conseguido la justicia que buscaban, ya que un juzgado de EE.UU les había dado la razón a 14 herederos de Ferdinand Bloch-Bauer y Otto Pick, principales accionistas de una refinería de azúcar en Austria, y que había sentenciado que la banca suiza entregó su fortuna a los nazis para congraciarse con ellos; y que la indemnización establecida por el juez, 21,9 millones de dólares (16,96 millones de euros), era la más alta obtenida nunca hasta entonces por las víctimas del Holocausto.<sup>759</sup>

En otra causa, con fecha 27/06/2016, la Corte distrital Media de Florida, Orlando, EEUU, determinó la responsabilidad civil del exmilitar chileno Pedro Pablo Barrientos Núñez, en la tortura y el asesinato de Víctor Jara, en el ahora Estadio Víctor Jara, entonces ‘Estadio de Chile’, en septiembre de 1973. Se ordenó a Barrientos - quien con posterioridad emigró a EEUU - pagar USD \$28 millones a la viuda e hijas de la víctima.<sup>760</sup>

El caso forma parte de una serie de pleitos civiles que la ONG estadounidense *Center for Justice and Accountability*, [www.cja.org](http://www.cja.org) ha interpuesto contra extranjeros residentes en los EEUU, quienes resultan ser perpetradores de crímenes atroces. Los pleitos utilizan al *Alien Tort Statute* (ATS), y el *Torture Victim Protection Act*

---

<sup>758</sup> *Ibidem*.

<sup>759</sup> [https://elpais.com/internacional/2005/04/14/actualidad/1113429607\\_850215.html](https://elpais.com/internacional/2005/04/14/actualidad/1113429607_850215.html).

<sup>760</sup> Observatorio de Justicia Transicional udp. Facultad de Derecho, “Principales hitos jurisprudenciales, judiciales y legislativos en causas de DDHH en Chile 1990-2019”, 2019, p. 20.

(TVPA), dos estatutos nacionales estadounidenses que expresamente permiten a ciudadanos extranjeros (ATS) y/o estadounidenses (TVPA) interponer demandas civiles (no causas penales) contra extranjeros residiendo en los EEUU, cuando éstos sean sospechosos de haber perpetrado ciertas clases de crímenes atroces, como tortura o crímenes de lesa humanidad. En un caso similar, en 2003, la hermana del ciudadano chileno Wilson Cabello, ejecutado extrajudicialmente en 1973 por la Caravana de la Muerte, logró establecer la responsabilidad civil del ex militar Armando Fernández Larios en el asesinato de Winston. Otros casos tramitados por CJA han llevado a la expulsión desde EEUU de un ex ministro de defensa salvadoreño y otros perpetradores, argumentando que, al ser declarado responsable civilmente de tales delitos, queda en manifiesto que han vulnerado las leyes migratorias al mentir u ocultar sus pasados para conseguir permisos de residencia.<sup>761</sup>

Por otro lado, nos recuerda María Asunción Cebrián Salvat, que “existen países que reconocen la existencia de una jurisdicción civil universal contra el autor material de ciertos crímenes de lesa humanidad. El ejemplo más significativo lo representa la *Torture Victim Protection Act* de 1992 de Estados Unidos de América, que permite a cualquier víctima de torturas nacional o extranjera, reclamar civilmente los daños derivados de este crimen, siempre y cuando no hayan tenido un adecuado remedio en el lugar de su comisión.”.<sup>762</sup>

Ha de recalcar que esta jurisdicción sólo podrá ejercerse sobre entidades no estatales (en el caso en que la demanda se dirija contra un Estado extranjero o entidades relacionadas, la cuestión de la jurisdicción se regiría por la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera, la *Foreign Sovereign Immunity Act* de 1976).<sup>763</sup>

Finalmente, para tener presente, que “hasta 13 de abril de 2013, algunos defendían la posibilidad de las víctimas extranjeras de reclamar ante los Tribunales estadounidenses a través de la *Alien Tort Claims Act*, aun cuando el daño se hubiera cometido fuera de Estados Unidos. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha cerrado recientemente esta puerta en el caso *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.*”.<sup>764</sup>

---

<sup>761</sup> *Ibidem.*

<sup>762</sup> Cebrián Salvat, María A., “Daños causados por un estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, p. 287.

<sup>763</sup> *Ibidem.*

<sup>764</sup> *Ibidem.*

### 21.3. Francia.

Jean-François Roulot expone que la primera vez que se estuvo frente al problema de la no retroactividad de la ley fue en el *a) aire Touvier*, de 30 de junio de 1976, en el cual la Cámara de Acusación distinguió entre los actos prescritos al 26 de diciembre de 1964 y los que no lo estaban aún. No obstante, la Corte de Casación francesa no se pronunció sobre el fondo de la discusión pues se enfocó en materias tangenciales a la problemática. A pesar de esto, la actitud de la Corte demostró apearse al derecho internacional.<sup>765</sup>

Un segundo caso fue el *a) aire Barbie*, de 26 de enero de 1984, para la resolución de este caso se contó con la interpretación oficial de los textos internacionales dada por el ministro de Asuntos Exteriores en 1979, quien señaló que “el único principio en materia de prescripción de crímenes contra la humanidad que puede interpretarse, que se infiere, del Estatuto del TMI, es el principio de la imprescriptibilidad”, por tanto, la ley de 1964 no atenta contra la legalidad pues no crea derechos, sino que constata su existencia. Más adelante, se señaló que la imprescriptibilidad se aplica tanto a la acción pública como a la acción civil, pues el art. 10 del CPP dice: “la acción civil prescribe según las reglas del CC. Sin embargo, esta acción no puede ser ejercida ante la jurisdicción represiva después del plazo de prescripción de la acción pública”. De esta forma, “la Corte Criminal de *Bordeaux* condenó, los días 2 y 3 de abril de 1998, a Maurice Papon no solo a diez años de reclusión por complicidad en crímenes contra la humanidad sino que igualmente a pagar una indemnización a las partes civiles en reparación del perjuicio causado”.<sup>766</sup>

Austria señala que en Francia se ha aceptado la imprescriptibilidad de la acción civil derivada de los crímenes contra la humanidad, ello resulta de conjugar el art. 10 del CPP y el Estatuto del TMI de Núremberg, recogido en el artículo 212-1 del Código Penal. A su vez, se ha sostenido que la responsabilidad del Estado, por el daño causado, se podrá perseguir ante los tribunales ordinarios cuando el ilícito internacional atente contra la libertad individual en el sentido del art. 136 del CPP francés, o en sede administrativa. Sin embargo, no es una opinión pacífica, por lo cual se pueden esgrimir tres objeciones que se oponen a la imprescriptibilidad: la falta personal, oportunidad y la responsabilidad del gobierno actual.<sup>767</sup>

---

<sup>765</sup> Poblete Campos, Mario, *La prescripción... Ob. Cit.*, pp. 158-159.

<sup>766</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>767</sup> *Ibidem*.

Con todo, Austrý cita a Claude Lombois, quien justifica la imprescriptibilidad en que “el paso del tiempo, más allá de hacer desaparecer las pruebas, permite, un recuento más avanzado de los registros, una mejor manifestación de la verdad. El escándalo de la inmunidad del crimen no se apaga con el tiempo, todo lo contrario”.<sup>768</sup>

#### 21.4. Alemania.

La historiadora alemana Sanya Romeike, especialista en Derechos Humanos, nos dice que “Solo «una clara ruptura con las injusticias del pasado» puede impedir que el pasado se convierta en una barrera para el futuro...”, y, que “Con el paso del tiempo han evolucionado una gran variedad de instrumentos para lidiar con el pasado, dirigidos a prevenir que las atrocidades y conflictos se repitan, los más importantes son: *Acciones penales* a través de tribunales nacionales e internacionales; *búsqueda de la verdad*, p. ej. con la exposición de las violaciones a los derechos humanos a través de comisiones de la verdad; **reparación de las víctimas a través de** rehabilitación, restitución y **compensación económica**; *reformas institucionales* (principalmente de la justicia, policiales y militares) y la *destitución de los perpetradores* -especialmente de las anteriores elites con posiciones socialmente importantes; *tareas de conmemoración*: por ejemplo mediante lugares conmemorativos y museos.<sup>769</sup>

Romeike nos recuerda que para el caso de las víctimas de trabajos forzados no sucedió hasta finales de los años noventa, cuando las empresas municipales y el gobierno federal acordaron, por la amenaza de una querrela conjunta en EE UU, la creación de la fundación «Erinnerung, Verantwortung und Zukunft» (Recuerdo, responsabilidad y futuro). Con un presupuesto de diez mil millones de marcos alemanes, la fundación era la responsable del pago a los supervivientes de trabajos forzados. Hasta 2007 se había indemnizado a 1,66 millones de antiguos trabajadores forzados con un total de 4370 millones de euros. Los intereses generados por un fondo creado por la fundación han financiado desde entonces, entre otros, proyectos de investigación y conmemoración.<sup>770</sup>

Agrega, que hasta finales de 2011, Alemania ha invertido un total de 69 mil millones de euros en la «reparación» de las injusticias del nazismo. Con estos pagos, Alemania se hizo cargo de la responsabilidad por las injusticias del nazismo y el

---

<sup>768</sup> *Ibidem*.

<sup>769</sup> Romeike, Sanya, “La justicia transicional en Alemania después de 1945 y después de 1989”, en *Academia Internacional de los Principios de Núremberg*, Alemania, 2016, pp. 6-7.

<sup>770</sup> *Ibidem*, p. 33.

sufrimiento que causaron. Esto no solo afectaba a las víctimas, sino que representaba para Alemania un prestigio internacional, que tuvo una importancia en la integración con el Occidente. Los pagos no representaban una «reparación» en el sentido literal de la palabra. En primer lugar, ya que esto es esencialmente imposible, y sobre todo teniendo en cuenta el tipo y la extensión de los crímenes del nazismo: la «reparación» financiera puede ser poco más que un gesto simbólico de la intención de reconocer y ayudar a suavizar el sufrimiento. Por otra parte, tampoco se hizo todo lo que se podría haber hecho: El reconocimiento tardío de muchos perseguidos por el nazismo y de sus derechos hizo que las compensaciones llegaran y sigan llegando demasiado tarde. Hasta 2015 no se reconoció a los prisioneros de guerra soviéticos como perseguidos por el nazismo, y de los 5,3 millones de prisioneros, de los que solo sobrevivieron al cautiverio 2 millones, no queda ya sino una pequeña parte. A pesar de las grandes sumas pagadas, se debe constatar que la mayoría de las más de 20 millones de víctimas del nazismo nunca recibieron una «reparación».<sup>771</sup>

### **21.5. Italia.**

Respecto al caso de Italia, diremos que el Supremo italiano condena a Alemania a indemnizar a víctimas del nazismo. Resulta que el día 21/10/2008 el Tribunal Supremo italiano ha condenado a Alemania a indemnizar con un millón de euros a algunos familiares de las 203 personas asesinadas por las tropas de ocupación nazi en la llamada **Matanza de la localidad Civitella**, en el centro de Italia, el 29 de junio de 1944. Ese día, soldados nazis asesinaron con un tiro en la nuca a 203 ciudadanos, entre ellos muchas mujeres y niños, de las localidades de Civitella, Cornia y San Pancrazio, en la provincia de Arezzo (centro de Italia).<sup>772</sup>

Con esta decisión sin precedentes, que Alemania rechaza porque considera que vulnera su inmunidad jurisdiccional, el Supremo italiano ratificó el veredicto hecho público por el tribunal de La Spezia (noroeste) en octubre de 2006.<sup>773</sup>

En ese veredicto se condenaba conjuntamente al Estado alemán y al ex sargento Max Josef Milde, considerado el organizador de la masacre, a resarcir a las

---

<sup>771</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>772</sup> El País, "El Supremo italiano condena a Alemania a indemnizar a víctimas del nazismo.", 21/10/2008: [https://elpais.com/internacional/2008/10/21/actualidad/1224540012\\_850215.html](https://elpais.com/internacional/2008/10/21/actualidad/1224540012_850215.html).

<sup>773</sup> *Ibidem*.

nueve familias presentadas como parte civil en el proceso. Milde fue condenado además en rebeldía a cadena perpetua.<sup>774</sup>

Con el fallo, el alto tribunal italiano ha rechazado el recurso presentado por el Estado alemán, en el que argumentaba que los resarcimientos por los crímenes durante la ocupación nazi estaban ya cubiertos por el tratado de paz firmado con Alemania en 1947 y los acuerdos de la Convención de Viena del 1961.<sup>775</sup>

Los abogados que representaron a Alemania en el proceso han aludido al derecho a la "inmunidad jurisdiccional", es decir, a no poder ser juzgada por los crímenes cometidos por sus militares durante la Segunda Guerra Mundial.<sup>776</sup>

El fiscal del caso ha reafirmado que estos "acuerdos internacionales no incluyen las indemnizaciones por daños morales de las **matanzas nazis** y se refieren sólo en el caso de los judíos deportados".<sup>777</sup>

Es la primera vez que el Supremo italiano condena a Alemania por responsabilidad civil, un precedente que abre las puertas a otras 10.000 causas existentes en Italia sobre víctimas del nazismo.<sup>778</sup>

El abogado de algunas de las familias, Roberto Alboni, ha considerado la sentencia como "un resultado histórico" y declaró su satisfacción tras la larga batalla legal.<sup>779</sup>

## 21.6. Brasil.

Después de 28 años de proceso, la justicia federal brasileña, aceptó que la familia de Vinicius de Moraes recibirá una indemnización por la persecución de la dictadura. Menos conocida que su faceta artística, la carrera diplomática del "Padre de la bossa nova" fue interrumpida por los militares. El Estado brasileño acaba de repararlo.<sup>780</sup>

---

<sup>774</sup> *Ibidem.*

<sup>775</sup> *Ibidem.*

<sup>776</sup> *Ibidem.*

<sup>777</sup> *Ibidem.*

<sup>778</sup> *Ibidem.*

<sup>779</sup> *Ibidem.*

<sup>780</sup> <https://www.pagina12.com.ar/341076-la-familia-de-vinicius-de-moraes-recibira-una-indemnizacion->  
[captura: 12/05/2021]

La familia de Vinicius de Moraes y el Estado de Brasil llegaron a un acuerdo de indemnización para sus descendientes por la persecución que el poeta, músico y diplomático sufrió durante la última dictadura militar en ese país. La noticia, dada a conocer ayer por el diario *O Globo*, y confirmada por *Folha de Sao Paulo*.<sup>781</sup>

El acuerdo contempla el pago de 3,4 millones de reales (unos 641.500 dólares), tras un proceso que duró 28 años.<sup>782</sup>

El documento, presentado en el Tribunal Federal de Río N° 28, decreta una indemnización por los daños morales y materiales causados al compositor por las autoridades durante el régimen militar brasileño.<sup>783</sup>

La demanda había sido presentada por Luciana, Georgiana y María Gurjão de Moraes, hijas del músico, el 25 de julio de 1994.<sup>784</sup>

La causal más fuerte del pedido fue la destitución de Moraes de Itamaraty, el célebre Palacio de los Arcos que funciona en Brasilia como sede del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil. Allí reportaba Vinicius como diplomático desde 1943 hasta 1969, cuando fue apartado de su cargo por las autoridades militares.<sup>785</sup>

Por otro lado, un informe independiente encargado en 2016 halló que agentes de seguridad en **Volkswagen do Brasil** habían cooperado con el régimen militar. La compañía alemana pide disculpas y anunció un acuerdo con la Justicia.<sup>786</sup>

Por lo tanto, Volkswagen anunció el miércoles (23.9.2020) la firma de un acuerdo con la Justicia para compensar a ex trabajadores de la filial en Brasil de la automotriz alemana por violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar. Ex trabajadores y sus familias demandaron a Volkswagen hace cinco años, alegando que su oficina de seguridad en Brasil había colaborado con el régimen militar para identificar posibles sospechosos, que luego fueron detenidos y torturados.<sup>787</sup>

---

<sup>781</sup> *Ibidem.*

<sup>782</sup> *Ibidem.*

<sup>783</sup> *Ibidem.*

<sup>784</sup> *Ibidem.*

<sup>785</sup> *Ibidem.*

<sup>786</sup> <https://www.dw.com/es/volkswagen-anuncia-compensaci%C3%B3n-a-v%C3%ADctimas-de-la-dictadura-en-brasil/a-55035635> [captura: 27/08/2022]

<sup>787</sup> *Ibidem.*

Según el acuerdo alcanzado con fiscales estatales y federales en Brasil, VW pagará 36 millones de reales (5,5 millones de euros) en compensaciones, incluyendo 16,8 millones de reales para los trabajadores y sus familias, dijo la empresa en un comunicado. El dinero irá además a donaciones a varios proyectos, incluyendo un memorial para víctimas del régimen militar.<sup>788</sup>

"Lamentamos las violaciones que ocurrieron en el pasado. Para Volkswagen, es importante asumir la responsabilidad con este capítulo negativo en la historia de Brasil y promover la transparencia", dijo el ejecutivo de Volkswagen Hiltrud Werner en un comunicado.<sup>789</sup>

## **22. Conclusiones previas.**

Nos toca dar ahora en el presente apartado nuestras conclusiones previas sobre lo abordado.

Conseguimos analizar en el derecho comparado, tanto la acción reparatoria derivadas de daños provocados por delitos contra la humanidad, como también la prescripción de dicha acción, en los casos puntuales de Chile, EE.UU., Francia, Alemania, Italia y Brasil.

En el caso de Chile, la problemática aludida también llegó al máximo Tribunal, en donde igualmente existen dos concepciones marcadamente opuestas, que dependen de la integración de sus Salas, ya que unas señalan que las acciones derivadas de los delitos de lesa humanidad prescriben conforme las normas del Código Civil, y las otras sostienen la imprescriptibilidad de las acciones mencionadas, por lo que la cuestión también sigue en debate.

Vale resaltar, que la posición que se viene imponiendo en la Corte Suprema chilena, desde hace unos años a la actualidad, es la de la aceptación de la imprescriptibilidad de la acción civil referida. Ello claramente tiene que ver con la nueva composición de los miembros del más Alto Tribunal chileno.

Asimismo, las posiciones antagónicas se reflejan de la misma manera en la Doctrina chilena, que a lo largo de la presente investigación con su bibliografía consultada y recopilada pudimos conocer.

---

<sup>788</sup> *Ibidem.*

<sup>789</sup> *Ibidem.*

Por otra parte, vimos como en EE.UU., Alemania, Italia y Brasil, las acciones civiles resarcitorias en cuestión fueron tratadas con distintos fundamentos y planteos, sin que hayan sido cuestionadas mediante el instituto de la prescripción de dicha acción, salvo el caso chileno y el francés, en los demás procesos aludidos observamos una aceptación tácita de la imprescriptibilidad de la acción civil mencionada.

En definitiva, hemos podido explorar en el ámbito internacional -derecho comparado- sobre la disputa y problemática de las reparaciones por daños provenientes de ilícitos internacionales atroces en el pasado, que siguen siendo un asunto actual, lo que demuestra que la Hipótesis de la presente tesis es oportuna, pero además es necesaria su confirmación o rechazo para lograr -entre otras cuestiones- seguridad jurídica.

## Capítulo 7

### Prescripción y reparación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

#### 23. Repaso histórico sobre la prescripción civil en el ámbito internacional.

Para éste apartado, utilizaremos la ponencia presentada por Marcelo Fortín en el marco del *Simposio sobre justicia y crímenes de lesa humanidad*, organizado por la 'Comisión Provincial por la Memoria' en el mes de junio de 2017, en donde se debatió la nueva orientación de la CSJN frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Fortín nos dice que “en realidad, ni siquiera se puede afirmar que el derecho internacional recepte la prescripción civil para otras materias, pues su admisión en ese contexto nunca ha gozado de consenso generalizado, el que es indispensable para sostener la existencia de una regla, o un uso o principio sancionados por la comunidad jurídica universal. He realizado una modesta investigación con motivo de esta ponencia en las obras de los internacionalistas más renombrados y las figuras sobresalientes del derecho natural y de gentes. De allí se deduce que la prescripción civil en el campo internacional, o bien está muy discutida, o bien es directamente rechazada por considerarse que es un invento del derecho civil de los Estados.”.<sup>790</sup>

Entonces, “el panorama que se obtiene al repasar las obras de los autores del siglo XIX al XX es el de un escenario totalmente polarizado. Por un lado, están los que sostienen que la prescripción civil está admitida en el derecho internacional, entre los cuales se hallan Alfred **Verdross** y Bruno **Simma** (*Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, 1984), L. **Oppenheim** (*Tratado de Derecho Internacional Público*, 1920) Pasquale **Fiore** (*Tratado de Derecho Internacional Público*, 1894), Carlos **Calvo** (*Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*, 1868) y Henry **Wheaton** (*Element du Droit International*, 1848) entre otros. Oppenheim toma en cuenta para sostener ello la prescripción adquisitiva y liberatoria, y Verdross y Simma se pronuncian sintéticamente pero con una generalidad que parece comprender a esa última también.”.<sup>791</sup>

Contrariamente, “niegan la prescripción civil en el campo internacional Emanuel **Ullamn** (*Völkerrecht*, 1908), Franz **von Liszt** (*Das Völkerrecht*, 1898), Paul **Rivier** (*Principes du Droit de gens*, 1896, con reservas), Franz **von Holtzendorff** (*Handbuch des*

<sup>790</sup> Fortín, Marcelo P., “*Simposio... Op. Cit.*”, p. 30.

<sup>791</sup> *Ibidem*, pp. 30-31.

*Völkerrechts*, 1887), G. F. **De Martens** (*Précis du Droit de Gens*, 1858) y Jean-Louis **Klüber** (*Droit de gens moderne de l'Europe*, 1819). Martens y Liszt toman en cuenta en su exposición tanto la prescripción adquisitiva como la liberatoria, y Rivier esta última.”<sup>792</sup>

Prosigue Fortín diciéndonos que, “Más atrás en el tiempo consideran que la prescripción halla suficiente fundamento en el derecho natural y de gentes o forma parte de éste Christian **Wolff** (*Institutions Droit de la Nature et des Gens*, 1772), Emer **De Vattel** (*Le droit de gens*, 1758) y Samuel **Pufendorf** (*De Iure Naturae et Gentium*, 1672), en tanto que Pierre **Dupuy** (*Si la prescription a lieu entre le princes souverains*, 1655) niega que rija en el ámbito externo, y Jaques **Cujas** (1522-1590, en *Opera Omnia*, T. I, *Ad Titulum de usurpationibus ut usucapionibus*, *Ad Legem 1*) enseña que la usucapión es un instituto del derecho civil creado para el bien público, pero afirma que es contrario al derecho de gentes, por el hecho de que ella tome la propiedad de un hombre sin su consentimiento, y a la equidad natural...”<sup>793</sup>

Prevalece “en este último grupo de autores el análisis de la prescripción adquisitiva (usucapión) y no tanto la liberatoria, que es la que más nos interesa a nosotros en este caso. Quien aborda con vigor este punto (la prescripción extintiva o liberatoria) es Jean **Barbeyrac** (1674-1744; me refiero a su opinión manifestada en las notas a las obras de Pufendorf citada y a la de Grocio a la que referiré), quien piensa que por el derecho natural la prescripción sola no puede abolir la deuda, de modo que si el acreedor o sus herederos por largo tiempo no formularon demandas o reclamos, el derecho no es extinguido ni el deudor liberado. El derecho del acreedor puede prescribir según el derecho civil, pero el derecho natural bien entendido asegura al acreedor y sus herederos poder pleno para demandar el pago de la deuda después del plazo más largo el cual es suficiente para la prescripción.”<sup>794</sup>

Con idéntica “opinión de Christian **Thomasius**, otro de los emblemáticos representantes de la escuela del derecho natural, en *De Perpetuitate Debitorum Pecuniariorum*, impreso en 1706, que niega que el derecho natural pueda extinguir la deuda y que es en vano invocar la razón usualmente utilizada para justificar la prescripción en ese contexto, consistente en el interés de la humanidad en que los procesos legales no sean eternos. A ello responde que no menor es el interés de la humanidad en que se cumpla con la palabra dada y en que los malos deudores no se enriquezcan, y, en todo

---

<sup>792</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>793</sup> *Ibidem*.

<sup>794</sup> *Ibidem*.

caso, quien altera a la humanidad no es el acreedor sino el deudor que debe y no paga.”.<sup>795</sup>

Fortín manifiesta que “la opinión de estos dos autores tiene total relevancia porque si por el derecho natural la deuda no prescribe, y el derecho natural rige en el plano internacional donde no hay un superior común, la deuda no podría extinguirse en el plano internacional.”.<sup>796</sup>

Al respecto, “da la sensación que Hugo **Grocio** (*De Iure Belli ac Pacis*, 1625) parece admitir que la posesión inmemorial es un buen título a invocar entre aquellos que no tienen un superior común distinto a la ley natural, pero su análisis se basa principalmente en la usucapión y no en la prescripción liberatoria. Asimismo, observa Grocio que la usucapión fue introducida por el derecho civil, y cita en su apoyo a Fernando **Vázquez de Menchaca** a sus *Controversiarum Illustrium* del año 1564.”.<sup>797</sup>

Afirma Fortín que, “En la obra referida de **Vázquez** el autor remarca que la prescripción fue inventada e introducida solamente por el derecho civil, y se ocupa de probar esta afirmación hasta la saciedad citando decenas de autores, entre ellos glosadores, post glosadores y teólogos, que según él admiten sin excepción que la prescripción es un instituto puramente del derecho civil: son mencionados Azón, Baldo, Francisco Balbo, Bartolo, Felipe Decio, Aymon Cravet, Ángel, Pablo de Castro, Alejandro, Panormitano, Antonio Butrio, Juan de Imola, Felino, Juan Andrés, Juan de Orosco entre otros. Vázquez sostiene que en materia de pleitos entre reyes o pueblos libres o personas sometidas a diversas jurisdicciones, cesa la materia de la prescripción porque, por ejemplo, la prescripción establecida por un rey no obliga a otro.”.<sup>798</sup>

En consecuencia, “esta idea de que la prescripción fue introducida por el derecho civil se aprecia también al repasar las fuentes del derecho romano, pues hasta los primeros tiempos del Imperio no se conoció ... la prescripción de las acciones del *ius civile* (además de las fuentes citadas ut supra, véase, asimismo, Mommsen, Derecho Penal Romano).”.<sup>799</sup>

Concluye Fortín diciendo que “el breve examen histórico sobre la prescripción civil que he realizado, que la sitúa como un instituto puramente del derecho interno y la presenta como muy discutida o rechazada en el ámbito externo, **revela en síntesis una**

---

<sup>795</sup> *Ibidem*.

<sup>796</sup> *Ibidem*.

<sup>797</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>798</sup> *Ibidem*.

<sup>799</sup> *Ibidem*.

**falta absoluta de consenso universal para apoyar la idea de la existencia de aquella prescripción como una regla o principio del derecho natural y de gentes o del derecho internacional.”<sup>800</sup>**

#### **24. Sistema Universal de protección de Derechos Humanos.**

El sistema universal de protección de derechos humanos posee dos vertientes: los mecanismos extraconvencionales creados por resoluciones de los órganos principales y subsidiarios de la Organización de las Naciones Unidas y los mecanismos convencionales derivados de los tratados internacionales celebrados al amparo del sistema de Naciones Unidas, es decir, de la propia ONU y de los organismos internacionales especializados de alcance universal relacionados, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Internacional para la Educación y la Cultura (Unesco) y la Organización Internacional de Migraciones (OIM), entre otras.<sup>801</sup>

##### **24.1. El rol de la justicia transicional. De la justicia retributiva a la conmutativa.**

Por justicia transicional se entiende la idea de justicia asociada a períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales para enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represivos anteriores (Teitel, 2003).<sup>802</sup>

Sobre dicho rol, nos interesa lo señalado por el especialista en la materia Ramiro Riera, a saber: La década de 1980 estuvo signada, en muchos lugares del mundo, por las transiciones de regímenes autocráticos a regímenes democráticos. En ese marco, la justicia transicional tuvo un rol central en la consolidación de los segundos, en la medida que implicó una clara política contra la impunidad de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos consumadas durante los primeros y también de reparación de los derechos de las víctimas.<sup>803</sup>

En dicho contexto, **la antigua Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y la Protección de las Minorías** aprobó, en **1988**, una resolución mediante la cual se inició un largo proceso institucional en el marco de las **Naciones**

---

<sup>800</sup> *Ibidem*.

<sup>801</sup> Riera, Ramiro, “Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos”, en *Lecciones de derechos humanos*, Buenos Aires, ERREIUS, 2020, Cap. IV., pp. 73-74.

<sup>802</sup> Meza-Lopehandía Glaesser, Matías A., “La obligación de reparar por los delitos de lesa humanidad”, en *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile – Asesoría Técnica Parlamentaria*, Chile, Mayo 2019, p. 2.

<sup>803</sup> Riera, Ramiro, *La Prescripción...Op. Cit.*, p. 197.

**Unidas** y luego proyectado al conjunto del derecho internacional contemporáneo en el cual se reconocería expresamente el derecho humano de las víctimas de graves violaciones a obtener una reparación adecuada.<sup>804</sup>

Con toda claridad, **el ya extinto órgano subsidiario de la ex Comisión de Derechos Humanos** afirmó: "*Profundamente preocupada* por los importantes daños y los graves sufrimientos que a las personas, a los grupos y a las comunidades causan las violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, *Recordando* las normas de indemnización de las Naciones Unidas adoptadas hasta la fecha, y en particular el párr. 6º del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 6º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el art.14 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y los arts. 8º a 21 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (**Res. 40/34 de la Asamblea General**), así como las disposiciones pertinentes de los instrumentos nacionales de derechos humanos, *Considerando* que es de la mayor importancia desarrollar las normas internacionales existentes y remediar toda posible deficiencia con el fin de garantizar a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales un derecho de restitución, indemnización y rehabilitación, según proceda, plenamente reconocido en el plano internacional, **1. Reconoce** que todas las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales tendrán derecho a reparación y a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible por todo daño que esas víctimas hayan padecido, individual o colectivamente, y que en caso de fallecimiento de las víctimas como resultado de tales actos, sus familiares tendrán derecho a una indemnización justa y adecuada; **2. Decide** examinar la cuestión de la indemnización en su 41º período de sesiones con el fin de considerar la posibilidad de establecer principios básicos y orientaciones generales sobre el particular".<sup>805</sup>

A propósito de ello, nos dice Riera que la tarea anunciada en el párrafo dispositivo segundo recién iba a tener su primer resultado expreso en **2005** con la aprobación por parte de la **Asamblea General** de los principios y directrices sobre la materia, ya citados.<sup>806</sup>

---

<sup>804</sup> *Ibidem*.

<sup>805</sup> *Ibidem*, pp. 197-198.

<sup>806</sup> *Ibidem*, p. 198.

**Los órganos especializados de las Naciones Unidas** comenzaron a distinguir, respecto de las consecuencias jurídicas por violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, entre una justicia retributiva y una justicia restitutiva.<sup>807</sup>

Ambas dimensiones de la justicia señaladas se vinculan con la preservación del equilibrio social y de la proporción entre sus diferentes componentes. La **justicia retributiva**, profundamente emparentada con la justicia penal, tiene por objeto aplicar un mal (pena) a quien ha provocado un mal (delito) a otro (víctima y sociedad). El esquema de razonamiento sobre el que descansa la justicia retributiva, en definitiva, taliónico, equilibra los daños retribuyendo uno con otro: al delito, la pena.<sup>808</sup>

La **justicia restitutiva**, en cambio, se vincula con el lugar que cada persona ocupa en el conjunto de la sociedad. Esta versión de la justicia puede considerarse como una variedad de la denominada justicia distributiva o conmutativa. En efecto, esta clase de justicia busca reparar el daño causado en la posición de un individuo en el contexto de sus relaciones sociales. Dichos perjuicios se producen sobre la persona misma o sobre su patrimonio. La devolución de lo perdido por la víctima por parte del responsable de la pérdida constituye el objetivo primario de la justicia conmutativa la que deriva su nombre de la distribución equitativa e igualitaria de las cargas y beneficios de la vida en comunidad.<sup>809</sup>

El profesor **Silvio Pablo Pestalardo**, con toda claridad nos dice que “La justicia conmutativa cumple funciones de restitución y de reparación. Es que cada uno se encuentra obligado a restituir al otro lo que a éste le pertenece, como así también a reparar el daño causado. Restituir no es otra cosa que poner de nuevo a uno en posesión o dominio de lo suyo, enseña santo Tomás y agrega: Por eso en la restitución hay una igualdad de justicia según la compensación de cosa a cosa, lo cual pertenece a la justicia conmutativa. Por consiguiente, la restitución es un acto de la justicia conmutativa.”<sup>810</sup>

Agrega Pestalardo que “*Restitutio* equivale a reponer o resarcir. ... Pero como dice, Pieper, en la medida en que con nuestras acciones nos convertimos en deudores o acreedores unos de otros, surge la exigencia de la restitución para restablecer la igualdad propia de la justicia.”<sup>811</sup>

---

<sup>807</sup> *Ibidem*.

<sup>808</sup> *Ibidem*.

<sup>809</sup> *Ibidem*.

<sup>810</sup> Pestalardo, Silvio P., *Justicia... Op. Cit.*, pp. 43-44.

<sup>811</sup> *Ibidem*, p. 44.

Ahora bien, en el plano de la protección internacional de los derechos humanos, tanto la justicia retributiva como la distributiva tienen su expresión particular. En el embrionario régimen jurídico de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos, la **justicia retributiva** se encuentra articulada sobre la base del instituto de los delitos de lesa humanidad y del derecho internacional penal, lo que incluye los órganos jurisdiccionales de carácter internacional con competencia penal como la propia CIP o los tribunales internacionalizados en el marco de las Naciones Unidas.<sup>812</sup>

La **justicia conmutativa** de las violaciones a los derechos humanos se encuentra, en cambio, en el dominio propio del derecho internacional de los derechos humanos y de los órganos universales y regionales, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, con competencia para declarar responsabilidades internacionales de los Estados. La restitución de la posición social se desprende, en este sentido, de las reparaciones que los órganos internacionales disponen en caso de verificar la responsabilidad internacional del Estado.<sup>813</sup>

Es interesante lo que afirma Riera, cuando nos dice que “[e]n el plano doméstico, en cambio, la perspectiva de derechos humanos debe modificarse. En este caso, lo que se encuentra en juego no es la reparación de un derecho humano vulnerado sino, en su lugar, el ejercicio del **acceso a la jurisdicción** como un derecho humano. Cualquier violación de derechos, sean o no derechos humanos, da lugar al ejercicio de una acción destinada a restablecer la **justicia conmutativa** alterada por la producción del hecho presuntamente ilícito que ha provocado el daño en la posición social de una persona. De allí que el reclamo de una persona a otra por el cual se exige la reparación de un daño y no la simple imposición de un castigo materialice, en definitiva, el derecho humano de acceso a la jurisdicción.”<sup>814</sup>

Para Riera, “tanto en el plano internacional como en el plano local, **este derecho de acceso a la jurisdicción no es absoluto**. El derecho internacional de los derechos humanos de carácter procesal y también en el derecho internacional contemporáneo en general, dicha facultad se encuentra limitada generalmente por los **plazos de prescripción** previstos por los instrumentos internacionales pertinentes o, en su caso, por el instituto de la aquiescencia.”<sup>815</sup>

---

<sup>812</sup> Riera, Ramiro, *La Prescripción... Op. Cit.*, pp. 198-199.

<sup>813</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>814</sup> *Ibidem*.

<sup>815</sup> *Ibidem*.

Al respecto, prosigue Riera diciendo que “**La excepción a este principio** parecería estar dada por las graves violaciones a los derechos humanos. En el caso de este tipo de hechos ilícitos, el derecho a obtener una reparación mediante el ejercicio del derecho humano del acceso a la jurisdicción **no puede estar sujeto a restricciones** que impidan la devolución de la víctima a su posición social anterior. En otras palabras, si el **instituto de la prescripción** llevado a la acción civil configura, sin dudas, una limitación del derecho humano de acceso a la jurisdicción, el reclamo por daños derivados de graves violaciones a los derechos humanos resulta **imprescriptible**.”.<sup>816</sup>

De la misma manera “que en materia criminal, se encuentra en juego aquí el peso de la figura de la comunidad internacional y de la preservación de su orden político y moral expresado en sus normas jurídicas.”.<sup>817</sup>

En el contexto “de las **Naciones Unidas**, ambas dimensiones de la justicia con relación a los derechos humanos, tuvieron su atención en las iniciativas de la antigua Comisión de Derechos Humanos en los informes y proyectos de declaración de los relatores van Boven y Joinet.”.<sup>818</sup>

Nos recuerda Riera, que “En el informe definitivo elaborado por **van Boven** y presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1993, sostuvo especialmente al respecto que: “135. [a] veces se alega que, a medida que va pasando el tiempo, va perdiendo sentido la necesidad de reparación y por tanto, ya no resulta procedente. Como se ha puesto de relieve en este estudio, **la aplicación de prescripciones priva** con frecuencia a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos de las reparaciones a que tienen derecho. Debe prevalecer el principio de que no estarán sujetas a prescripción las reclamaciones de reparación por violaciones flagrantes de los derechos humanos. En este sentido, hay que tener en cuenta que las consecuencias de las violaciones flagrantes de los derechos humanos son el resultado de los crímenes más odiosos que, según opiniones jurídicas muy acreditadas, no deben estar sujetos a prescripción. Además, está suficientemente probado que, para la mayoría de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos, el paso del tiempo no ha borrado las huellas, sino todo lo contrario, pues ha provocado un aumento del estrés postraumático

---

<sup>816</sup> *Ibidem*.

<sup>817</sup> *Ibidem*.

<sup>818</sup> *Ibidem*, pp. 199-200.

que ha requerido todo tipo de ayuda y asistencia material, médica, psicológica y social durante mucho tiempo".<sup>819</sup>

Prosigue Riera afirmando, que “De este modo, el relator especial trazó oportunamente una clara distinción entre dos categorías de hechos ilícitos dañosos para las personas: **a)** aquellos que son el producto de graves violaciones a los derechos humanos, y **b)** aquellos que no lo son.”<sup>820</sup>

Clausura Riera diciendo que “Este planteo, en definitiva, se fue articulando con los objetivos y tareas de la otra relatoría especial a cargo de **Joinet** referida a la sanción de los responsables de las graves violaciones y a la lucha contra su impunidad. En ambos casos, la solución será similar: rechazar el instituto de la prescripción como limitación al derecho a obtener una reparación por parte de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y admitirla en el resto de los casos. Tanto en materia **retributiva** como en materia **conmutativa**, el instituto de la prescripción ve atenuado su alcance en los casos de graves violaciones a los derechos humanos.”<sup>821</sup>

#### **24.2. Informes de van Boven, Joinet y Bassiouni sobre la prescripción en materia de reparaciones.**

Nos recuerda Riera, que “en el informe de van Boven [citado ut supra], las conclusiones preliminares contienen ya una directiva expresa respecto del alcance de la prescripción en materia de reparaciones, es decir, de **justicia conmutativa**, en los siguientes términos:

“15. No habrá prescripciones [...] respecto de los períodos durante los cuales no existan recursos eficaces [...] en caso de violaciones de los derechos humanos. Las reclamaciones de reparación por violaciones flagrantes de los derechos humanos no estarán sujetas a prescripción [...]”.<sup>822</sup>

La aseveración “aparece en el contexto de la primera versión del proyecto de principios y directrices básicos sobre reparaciones a víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, específicamente, en el marco de los procedimientos y mecanismos necesarios para hacerlos efectivos. **La remoción de la prescripción, como eventual obstáculo procesal, se vincula con la acción judicial de carácter no criminal.** La idea original trabaja en dos supuestos distintos: **a)** para los casos de violaciones a los derechos humanos de carácter general, el curso de la prescripción de la acción judicial por

<sup>819</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>820</sup> *Ibidem*.

<sup>821</sup> *Ibidem*.

<sup>822</sup> *Ibidem*, pp. 200-201.

reparaciones no criminales debería suspenderse mientras no existan remedios jurisdiccionales disponibles, eficaces y efectivos, y **b)** para los casos de graves violaciones a los derechos humanos, la acción judicial por reparación no criminal será imprescriptible.”<sup>823</sup>

Señala Riera, que “en la versión revisada de la serie de principios y directrices que el relator especial presentó en **1996** a la Subcomisión, la cuestión de la prescripción aparece con un tratamiento más detallado:

“9. La prescripción no será aplicable durante los períodos en los cuales no funcionen recursos eficaces ante violaciones de derechos humanos o del derecho humanitario. Las reclamaciones de reparación en vía civil [*civil claims; actions civiles*], por causa de violaciones graves de derechos humanos o del derecho humanitario, no estarán sujetas a prescripción”.”<sup>824</sup>

Riera tiene presente que “dos son los agregados realizados por **van Boven** a su formulación original de **1993**: primero, la incorporación del derecho internacional humanitario, en particular, de las infracciones graves y, segundo, la aclaración sobre la naturaleza de la clase de acción judicial que resulta imprescriptible en caso de graves violaciones a los derechos humanos o de infracciones graves al derecho humanitario: la acción civil. El resto de la redacción del principio se mantiene inalterada entre ambas versiones.”<sup>825</sup>

De manera paralela, “el relator especial **Joinet**, reproducía, *mutatis mutandi*, el principio de la imprescriptibilidad de las reparaciones no represivas en su informe final de 1997:

“Principio 24. Restricciones a la prescripción La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción. La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme al derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles. Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación [...]”.”<sup>826</sup>

El principio referido “se articulaba, a su vez, en la versión de Joinet, con el siguiente referido al derecho de las víctimas a obtener una reparación mediante los

---

<sup>823</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>824</sup> *Ibidem*.

<sup>825</sup> *Ibidem*.

<sup>826</sup> *Ibidem*, p. 202.

distintos mecanismos y procedimientos institucionales que existan en el ordenamiento jurídico nacional e internacional:

"Principio 34. Procedimientos de recurso en solicitud de reparación. Tanto por la vía penal como por la civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz, que incluirá las restricciones que a la prescripción impone el principio 24; en el ejercicio de dicho recurso, debe beneficiarse de una protección contra actos de intimidación y represalias. El ejercicio del derecho a obtener reparación comprende el acceso a los procedimientos internacionales aplicables".<sup>827</sup>

En el informe realizado "por **Bassiouni**, que buscaba unificar los trabajos de ambos relatores, el instituto de la prescripción referido a las reparaciones no criminales, se encuentra abordado del siguiente modo:

"IV. Prescripción. 6. No prescribirán las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que sean crímenes de derecho internacional. 7. La prescripción de otras violaciones o de las acciones civiles [...] no debería limitar indebidamente la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recursos efectivos contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario".<sup>828</sup>

Evoca Riera que "en la versión presentada por el relator especial en 2000, la imprescriptibilidad de las acciones judiciales de carácter conmutativo aparece dejada de lado. **Aunque el texto es ambiguo al mencionar la imprescriptibilidad de "las violaciones a las normas internacionales" en lugar de referirse a las acciones judiciales** o a las penas, la separación en dos párrafos del principio que trata sobre el instituto de la prescripción puede prestarse a colegir que las violaciones de derechos humanos que no sean calificadas como graves admiten la prescripción y que, asimismo, sean o no graves las violaciones de derechos humanos, las víctimas pueden ver restringido su derecho a las reparaciones no criminales por aplicación de la prescripción de la acción civil".<sup>829</sup>

---

<sup>827</sup> *Ibidem*.

<sup>828</sup> *Ibidem*, pp. 202-203.

<sup>829</sup> *Ibidem*, p. 203.

Añade Riera que, "Si bien se flexibiliza con la condición de que "no limiten indebidamente" esa posibilidad y que su curso sea suspendido si no existen remedios judiciales efectivos disponibles."<sup>830</sup>

Este criterio "siguieron los trabajos preparatorios sobre la declaración de principios y directrices en la materia llevados a cabo en **2004** bajo los auspicios del **Alto Comisionado para los derechos humanos de las Naciones Unidas**:

"Principios 6 y 7. 30. En el principio 7, se propuso que se modificara la primera oración para que rezara como sigue: "Las disposiciones nacionales sobre la prescripción u otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas"."<sup>831</sup>

La glosa "definitiva de los principios y directrices que aprobó la **Asamblea General** en **2005**, recepta en buena medida estos antecedentes y, muy particularmente, la reformulación de 2004:

"IV Prescripción. 6. Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional. 7. Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas [...]"<sup>832</sup>

La composición "del segundo párrafo del principio adolece de cierta ambigüedad, posiblemente producto de la necesidad de una formulación concisa y de la multiplicidad de idiomas intervinientes en su negociación. Desde una perspectiva sistémica, es decir, tomando en cuenta el derecho internacional contemporáneo en general, pero particularmente los tres regímenes vinculados a la protección de la persona humana (el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional penal), cabe hacer la siguiente distinción: **el principio relativo al instituto de la prescripción diferencia dos clases de hechos ilícitos internacionales, las violaciones graves de derechos humanos -definidas a**

---

<sup>830</sup> *Ibidem*.

<sup>831</sup> *Ibidem*.

<sup>832</sup> *Ibidem*, pp. 203-204.

**partir del concepto de crimen internacional-**, y las violaciones de derechos humanos que queda por fuera de esa definición (ya se examinó el problema que la definición del primer párrafo acarrea y la existencia de graves violaciones que no constituyen, a la vez, crímenes internacionales según la jurisprudencia de ciertos órganos internacionales de aplicación).<sup>833</sup>

Es decir, **“respecto de las graves violaciones, todas ellas resultan imprescriptibles. El principio no lo dice expresamente, lo cual constituye una verdadera falencia, pero la delimitación del sujeto de la oración a partir de las graves violaciones como lo adjetivado como imprescriptible** (en lugar de la acción judicial, sea criminal o civil o de cualquier índole o de la pena), **parece tomar como modelo la definición de imprescriptibilidad del art. 29 del Estatuto de la CIP en el cual lo imprescriptible son los delitos y no las acciones ni las penas.** Esta interpretación encuentra apoyo, por otra parte, en la propia redacción del Estatuto de la CIP que, en sus arts. 68 y 75 contempla las reparaciones no retributivas de las víctimas, expresamente mencionadas en el primer párrafo del Preámbulo de los principios.”<sup>834</sup>

Por lo tanto, **“de todo ello puede deducirse, entonces, que en el caso de las graves violaciones que, simultáneamente, sean crímenes internacionales, las acciones criminales, civiles y de cualquier otra índole son imprescriptibles.”**<sup>835</sup>

En cambio, “una situación diferente presentan aquellas violaciones de derechos humanos que no revistan la categoría de graves. Estos casos se encuentran alcanzados por el segundo párrafo del principio. Las violaciones no graves de derechos humanos pueden ser objeto de prescripción de modo razonable. Tanto las acciones criminales como las civiles derivadas de violaciones a los derechos humanos que no sean graves pueden ser objeto de la prescripción y el acceso de las víctimas a una reparación verse restringido. Sin embargo, el principio es claro en cuanto a que dichos plazos no pueden ser arbitrarios ni desproporcionales sino que deben guardar una relación con la naturaleza del hecho ilícito originario. Exigen los principios, entonces, un análisis de proporcionalidad entre la magnitud y relevancia de la violación no grave de derechos humanos y los plazos de prescripción tanto de las acciones criminales como de las civiles y de otra índole (contravencionales, administrativas, disciplinarias, etcétera). Si la relación

---

<sup>833</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>834</sup> *Ibidem*.

<sup>835</sup> *Ibidem*.

entre ambas no resulta adecuada, la restricción que implica la prescripción al derecho de acceso a la jurisdicción podría devenir excesiva y, por lo tanto, arbitraria.”<sup>836</sup>

### **24.3. El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) de Naciones Unidas (ONU).**

En su investigación, la jurista Cebrián Salvat, relata que en plena Segunda Guerra Mundial, “las tropas alemanas se disponen a hacer realidad el delirio expansivo de Hitler, dejando en su camino numerosísimas víctimas tanto civiles como militares. Ciudadanos de distintos Estados europeos son sistemáticamente aniquilados, transportados a campos de concentración, sometidos a trabajos forzados.”<sup>837</sup>

Al concluir “la guerra, y pese a que la **Ley Federal Alemana de 1953 de Compensación de las Víctimas de la Persecución Nacional Socialista** y las altas sumas pagadas por Alemania a los distintos países **abrieron el camino a la reparación de muchas de estas víctimas, un importante número de las mismas quedó sin indemnizar**. Cabe señalar que muchas de estas víctimas eran italianas, ya que en el **Tratado de Paz de 1947**, el Estado Italiano había renunciado en nombre de sus nacionales a cualquier reclamación frente a Alemania. Pese a que unos nuevos **Tratados de 1961** entre ambos países, y la **ley alemana de Memoria, Responsabilidad y Futuro de 2000** intentaron solucionar el problema, quedaron sin cobertura las víctimas que habían tenido la consideración de «prisioneros de guerra».”<sup>838</sup>

Rememora Cebrián Salvat, que numerosas “de estas víctimas o sus herederos acudieron a los Tribunales del lugar en que se les había causado el daño para solicitar al Estado alemán indemnizaciones por daños físicos y morales, apoyándose en el principio universal de la responsabilidad de aquél que causa un daño a un tercero y alegando que habían sufrido una violación de sus derechos humanos que no podía quedar sin reparación. Estas acciones de reclamación (*transnational human rights claims*) se encontraban con **un obstáculo principal, la inmunidad de jurisdicción del Estado demandado**, que los Tribunales del lugar del daño estimaban aplicable, declinando su jurisdicción para conocer de estos procesos. No obstante, ciertos tribunales griegos e italianos, replanteándose los fundamentos de dicha inmunidad, comenzaron a conocer de estos procesos y a condenar al Estado alemán, generando una especie de *forum shopping*

---

<sup>836</sup> *Ibidem*, pp. 204-205.

<sup>837</sup> Cebrián Salvat, María A., “Daños causados por un estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, p. 266.

<sup>838</sup> *Ibidem*.

de las víctimas, que procuraban plantear su demanda ante Tribunales de estos países, y una gran inseguridad jurídica a Alemania, que se veía expuesta a posibles embargos de sus bienes en ejecución de estas sentencias condenatorias.”<sup>839</sup>

Brevemente nos interesa traer como ejemplo el caso de la *llamada “Matanza de la localidad Civitella”*, que fuera relatada en el apartado 21.5. de la presente tesis, por cuanto queremos conocer los fundamentos del rechazo a la pretensión de reparación de los daños a las víctimas directas e indirectas del nazismo.

El caso italiano referido llegó al Tribunal Internacional de Justicia de Naciones Unidas (TIJ) fallando contra Italia, por cuanto han decidido, que los jueces italianos violaron la soberanía germana al permitir que uno de sus ciudadanos, Luigi Ferrini, pidiera una indemnización por los trabajos forzados a los que fue sometido por los nazis. La decisión dejará sin efecto otras demandas similares ya cursadas en Italia en Tribunales nacionales y sienta un precedente en cuanto a las causas de reparación por crímenes de guerra abiertas a escala nacional contra Alemania.<sup>840</sup>

Según los jueces de la ONU, “la inmunidad de los Estados frente a cortes extranjeras viene refrendada por el derecho internacional. Italia quebrantó su obligación de respetarlo al dejar que se tratara un asunto de derecho humanitario referido a los crímenes cometidos por Alemania entre 1943 y 1945”. El TIJ ordena asimismo a Roma que se asegure de que no vuelva a ocurrir.<sup>841</sup>

Al respecto, Cebrián Salvat tiene presente que el Tribunal Internacional de Justicia “**ha zanjado la cuestión con la STIJ 3 febrero 2012 «Jurisdictional immunities of the State: Germany vs. Italy (Greece intervening)», estableciendo que los Tribunales de un Estado distinto del que causó el daño no pueden conocer de estos litigios, pues quedan protegidos por la inmunidad de jurisdicción.**”<sup>842</sup>

En consecuencia, Cebrián Salvat afirma que, “el fallo del TIJ, al establecer que no existe una excepción a la inmunidad de jurisdicción en materia de violación de derechos humanos, zanja el panorama de inseguridad jurídica existente tanto para las víctimas como para los Estados incumplidores.”<sup>843</sup>

El TIJ lo hace acogiendo “la solución que podría calificarse de «más fácil». No aceptar la inmunidad de los Estados habría supuesto un peligroso precedente para los

---

<sup>839</sup> *Ibidem*.

<sup>840</sup> El País, “La Haya blinda a Alemania ante los juicios de reparación por crímenes nazi”, 3/02/2012, [https://elpais.com/internacional/2012/02/03/actualidad/1328282556\\_537798.html](https://elpais.com/internacional/2012/02/03/actualidad/1328282556_537798.html).

<sup>841</sup> *Ibidem*.

<sup>842</sup> Cebrián Salvat, María A., “Daños... *Op. Cit.*, p. 266.

<sup>843</sup> *Ibidem*, p. 290.

Estados, puesto que prácticamente ninguno está libre de pecado, **más aún si se defiende la tesis de que esta responsabilidad no está sujeta a prescripción:** piénsese en los campos de concentración soviéticos, en las bombas de Hiroshima y Nagasaki, en las torturas en Iraq, en las torturas y esclavitud que tuvieron lugar en el África colonial.... Además de las nefastas consecuencias económicas que esto pudiera acarrear, ha de admitirse que sería extremadamente peligroso conferir a los Estados individuales la facultad de aplicar castigos a otros Estados, más aún cuando sobre los intereses de la Justicia y el derecho a la reparación de las víctimas se sobrepone el interés político y la estrategia hegemónica.”<sup>844</sup>

Obviamente, para nuestra autora, “esta solución es también la menos beneficiosa para las víctimas, puesto que cerrarles el acceso a los Tribunales de un Estado distinto de aquél que les causó el daño les supone quedar desprotegidas frente al Estado, el cual, en un residuo de los tiempos medievales, se sitúa en un plano superior, lo cual no tiene sentido en una democracia en que los poderes públicos están sometidos al Derecho y a los Tribunales de Justicia (art. 9.1 de la Constitución Española de 1978). Lo anterior conduce a la víctima a la paradoja de preferir haber sido secuestrado, torturado, o asesinado por un loco que por un miembro de las fuerzas armadas de un Estado, pues al menos en el primer caso podría demandarle sin excesivos costes para obtener una reparación.”<sup>845</sup>

Por lo tanto, “la Sentencia del TIJ vulnera gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, así como su derecho a un recurso efectivo en materia de violaciones de derechos humanos. Con esta decisión, el TIJ vulnera también el derecho material de dichas víctimas a obtener una reparación «accesible, rápida y eficaz», pues las opciones que quedan a las víctimas no son susceptibles de garantizar una reclamación que sea acorde con las mencionadas características.”<sup>846</sup>

Concluye Cebrián Salvat manifestando que, **“ante el panorama expuesto, solamente queda la opción de seguir combatiendo la decisión del TIJ, es decir, seguir luchando por bajar los límites de la inmunidad y para que se cree una norma que deje paso a las reclamaciones privadas, la cual permita demandar ante los Tribunales del Estado que causó el daño. ¿Nos encontramos por lo tanto ante un callejón sin salida? ¿Es inútil insistir en esta dirección? Avanzar por este camino no deja**

---

<sup>844</sup> *Ibidem.*

<sup>845</sup> *Ibidem.*

<sup>846</sup> *Ibidem.*

**de ser una opción ardua, pero no se puede perder la esperanza, pues toda nueva norma comienza como una vulneración del Derecho vigente.”**<sup>847</sup>

#### **24.4. La Corte Penal Internacional (CPI).**

A partir de “mediados del siglo pasado, la comunidad internacional fue creando instancias propias de protección de los derechos humanos, para hacerlos valer por una persona, incluso, contra su propio Estado. Estos tribunales o cortes tienden a hacer efectiva la responsabilidad del Estado ante los individuos (v.gr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Ello dio nacimiento al derecho internacional de los derechos humanos, que significó el reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo, en su faz activa, es decir, la capacidad de presentar una reclamación ante una instancia internacional. Con la adopción del **Estatuto de Roma en 1998**, por el que se instituyó la **Corte Penal Internacional (CPI)**, se consolidó una nueva rama del derecho internacional público: el derecho internacional penal. Surgió como consecuencia del reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo, en su faz pasiva; esto es, la posibilidad de ser pasible de responsabilidad en caso de incumplimiento de una obligación impuesta por el derecho internacional, así como también la incorporación de la “sanción” individual, lo que redundó en un avance dentro de su proceso evolutivo como derecho.”<sup>848</sup>

La CPI constituye la primera instancia jurisdiccional penal internacional, de carácter permanente, para juzgar personas físicas responsables de graves violaciones al derecho internacional.<sup>849</sup>

Respecto al Estatuto de Roma, Priotti de Monreal nos dice, que “A diferencia de lo que ocurre con la Corte Internacional de Justicia, que constituye un órgano principal de Naciones Unidas y cuyo estatuto forma parte integrante de la Carta como anexo, en este caso estamos en presencia de un nuevo organismo judicial independiente de la comunidad internacional. En efecto, la Corte Penal Internacional es un nuevo sujeto de derecho internacional, pues goza de personalidad jurídica internacional y de la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones. Su sede se encuentra en la ciudad de La Haya, en los Países Bajos, pero puede celebrar sesiones en otro lugar, cuando lo considere conveniente.”<sup>850</sup>

---

<sup>847</sup> *Ibidem*.

<sup>848</sup> Priotti de Monreal, Anahí, “Derechos Humanos y Derecho Internacional Penal”, en *Vulneraciones a los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2020, Capítulo XVI., p. 625.

<sup>849</sup> *Ibidem*, p. 630.

<sup>850</sup> *Ibidem*, p. 633.

Vale tener en cuenta, que “como la jurisdicción de la Corte solo recae sobre personas, y no sobre Estados, la única obligación a la cual se ven estos sometidos - siempre que sean parte- es la de cooperar en la detención y remisión de los acusados que se encuentren en su territorio. Esta “versión mutilada” de jurisdicción universal, que en definitiva se consagró en el art. 12 del Estatuto, resulta no obstante mucho más de lo que los Estados Unidos de América estaban dispuestos a tolerar; incluso no siendo parte del Estatuto, si sus soldados cometen crímenes en el territorio de un Estado que sí lo es, la Corte podría reclamarlos.”.<sup>851</sup>

Sobre “la competencia material, el Estatuto refleja el resultado de las discusiones en la Conferencia de Roma, respecto de la tensión entre los principios de *soberanía* y de *impunidad*. Ello determinó que finalmente se acordara que el campo de actuación de la CPI quedaría restringido a lo que se denominó “núcleo duro” de crímenes (core crimes). Sobre la base del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, la Conferencia de Roma elaboró los tipos delictivos, a fin de satisfacer el requisito del derecho penal de la tipificación previa. Fue asimismo dificultoso determinar el contenido de ese “núcleo duro”, que finalmente quedó reducido a las siguientes categorías. 1) Genocidio. El art. 6 del Estatuto... 2) Crímenes de lesa humanidad. El art. 7 ... 3) Crímenes de guerra. Están previstos en el art. 8... 4) Agresión. ... El art. 8 bis...”.<sup>852</sup>

#### **24.4.1. Reparación a las víctimas.**

En el derecho internacional penal, el derecho a la reparación deriva de la responsabilidad personal del acusado. Incluso si el acusado se declarase “indigente”, el Fondo Fiduciario se ocupará de la reparación y repetirá contra él. Esto marca la diferencia con la responsabilidad de los Estados, propia del DIDH. La reparación a las víctimas está contenida en el art. 75 del Estatuto de Roma, que en su primer inciso expresa que la Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, e incluye no solo a las víctimas, sino también a sus causahabientes. En el segundo inciso prevé que la reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario. En el tercero se refiere a las observaciones que formulen el condenado, las víctimas u otras personas o Estados que tengan un interés.”.<sup>853</sup>

---

<sup>851</sup> *Ibidem*, p. 634.

<sup>852</sup> *Ibidem*, p. 636.

<sup>853</sup> *Ibidem*, pp. 647-648.

En su tesis doctoral, Contreras Ramírez, afirma que “se ha venido demostrando lo complicado que ha sido para las víctimas de graves violaciones de derechos humanos ser auténticamente reconocidas. Por fortuna podemos hablar de avances; ¿qué tanto?, es más bien la cuestión. Para empezar, cuando nos enfocamos a la esfera de los crímenes internacionales, “en especial a las situaciones graves de genocidio y de crímenes de lesa humanidad, y en ocasiones a los crímenes de guerra, que, por su naturaleza, suponen la comisión de atrocidades en masa de las que resulta un número elevadísimo de víctimas, el resto que persiste es el “reparar adecuadamente” a los más afectados por los hechos”.”.<sup>854</sup>

Prosigue diciéndonos, que “en cuanto a los tribunales internacionales *ad hoc*, el reto de reparación no quiso siquiera asumirse. De hecho, al adoptarse el Estatuto del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia por el Consejo de Seguridad, se estableció que “*la labor del tribunal se llevará a cabo sin perjuicio del derecho de las víctimas a reclamar, por los medios apropiados, reparación por los daños sufridos como resultado de violaciones de derecho internacional humanitario*”. Previsión que, en palabras de Vacas Fernández, “*parecía tratar de separar la labor de determinación de los hechos y punitiva, de la reparadora, que debería encontrar otros medios más apropiados para hacerla efectiva*”.”.<sup>855</sup>

Agrega, que “Si bien, lo que es indudable es “la existencia de un derecho a la reparación derivado del Derecho Internacional; aceptado por el propio Consejo de Seguridad y reconocido por los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, “la cuestión estribaría en determinar las mejores vías para hacer efectivo dicho derecho; sin, además obstaculizar las labores de los Tribunales penales internacionales en el cumplimiento de sus fines principales, entre los que, como hemos visto, no se encontraría el de la reparación, al menos en los tribunales *ad hoc*”.”.<sup>856</sup>

A propósito de ello, “el Tribunal Penal para Ruanda en su informe de noviembre de 2000, consideró esta “delicada y compleja cuestión” manifestando lo siguiente: “En una sesión plenaria de los nueve magistrados de las Salas de Primera Instancia y de los cinco magistrados de la Sala de Apelaciones, se examinó con detenimiento la cuestión relativa a la indemnización de las víctimas de los trágicos

---

<sup>854</sup> Contreras Ramírez, José L., *La responsabilidad civil como reparación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos en el marco de la jurisdicción universal*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 209, Tesis Doctoral: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21494> [capturado 7-09-2023]

<sup>855</sup> *Ibidem*.

<sup>856</sup> *Ibidem*, p. 210.

acontecimientos ocurridos en Rwanda. *Los magistrados apoyaron sin reserva el principio de la indemnización para las víctimas* (...), (aunque) estimaron que *no debiera encomendarse al Tribunal la función de tramitar y determinar las peticiones de indemnización*”.<sup>857</sup>

Los argumentos “por las cuales los magistrados consideraron lo anterior, se basaron en que “dificultaría grandemente la labor cotidiana del Tribunal; e iría en considerable desmedro del principal mandato del Tribunal, debido a que “si añadiera a sus responsabilidades un ámbito jurídico enteramente nuevo en relación con las indemnizaciones, el Tribunal no sólo tendría que crear nueva jurisprudencia, sino también que ampliar considerablemente su plantilla y establecer nuevas normas y procedimientos para determinar las indemnizaciones”. Para concluir los magistrados con un “descorazonador, pero sincero”: “Parece probable que si el Tribunal se embarca en el examen de las demandas de indemnización, cabrá esperar que -junto con la insatisfacción que pueda producir el actual progreso de sus actuaciones-, habrá que añadir a esto *la frustración y el desencanto de quienes interpongan demandas de indemnización*”.”<sup>858</sup>

En cambio, es decir, “A *contrario sensu*, el Estatuto de la CPI afortunadamente sí contempla el tema de la reparación en su artículo 75...”<sup>859</sup>

#### **24.4.1.1. Forma de las reparaciones.**

Por su parte, María Jimena Ricci, en su estudio sobre las reparaciones a las víctimas por parte de la CPI, nos explica que “Es evidente que, ante hechos criminales de inmensas proporciones como los de competencia de la CPI, por más abundante que fuera el patrimonio del condenado, no alcanzaría para cubrir todos los daños producidos. Para ello, el art. 79 del ER establece que la Asamblea General de los Estados Parte instituya un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de competencia de la Corte y de sus familias. El Fondo se creó en 2002 (res. ICC-ASP/I/res. 6), por consenso, en la tercera sesión plenaria de la Asamblea. La reparación a las víctimas puede incluir la restitución, la indemnización y la rehabilitación. La CPI podrá ordenar directamente en su fallo al condenado la forma en que deberá reparar a las víctimas, o también indicar que la reparación se materialice por medio de una indemnización pagada por conducto del Fondo Fiduciario (art. 75.1 y 2, ER).”<sup>860</sup>

---

<sup>857</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>858</sup> *Ibidem*.

<sup>859</sup> *Ibidem*, p. 212.

<sup>860</sup> Ricci, María J., “Corte Penal Internacional”, en *Cortes y tribunales internacionales. Organización, competencia, procedimiento y jurisprudencia*, Buenos Aires, Astrea, 2021, Capítulo XI., p. 470.

Entonces, afirma Ricci, que “Ninguno de los estatutos de las cortes que precedieron a la CPI les otorgaba a sus respectivos tribunales el poder de ordenar reparación alguna a las víctimas, ni tampoco contaban con un ente reparativo como el fondo aquí mencionado. Se trata de otra mejora del ER respecto de los estatutos de los tribunales precursores, puesto que **es el primero en el ámbito del derecho internacional que otorga a las víctimas el derecho de reparación**. Pero la Corte dio un paso más, al aceptar que el derecho de las víctimas a la reparación **es un derecho humano**, reconocido en diversos instrumentos internacionales, tanto universales como regionales.”.<sup>861</sup>

Por lo tanto, “el Fondo se encarga de elaborar, dirigir, coordinar e implementar los planes de reparación colectiva.”.<sup>862</sup>

Señala Priotti de Moreal, que “si bien las formas de reparación expresamente previstas son restitución, compensación y rehabilitación, no se considera que sean las únicas. En efecto, “el Grupo de Trabajo de Temas Procesales de la Conferencia de Roma de 1998 se refirió expresamente a, y notó con aprobación, las definiciones sobre reparación establecidas en los Principios van Boven/Bassiouni que incluyen dos modalidades adicionales: la satisfacción y la garantía de no repetición”.”.<sup>863</sup>

Respecto “a la extensión de la reparación, luego de intensas discusiones, finalmente se plasmó una limitación: “Solo por el daño causado a consecuencias de delitos por los cuales la persona haya sido condenada”.”.<sup>864</sup>

#### **24.4.1.2. El caso “Fiscalía vs. Lubanga Dyilo”<sup>865</sup>.**

En dicho proceso, se dictó “la primera sentencia de la CPI en materia de reparaciones. El caso se inicia por la Fiscalía en 2004, ante los hechos ocurridos en la República Democrática del Congo, uno de los conflictos bélicos más cruentos de la humanidad, que se desarrolló entre 1998 y 2003, con un saldo de 3,8 millones de muertos. Finalizado el conflicto, guerrillas y grupos armados continuaron operando. Thomas Lubanga Dyilo, fundador y líder de la “Unión de Patriotas Congoleños”, y su brazo armado, la “Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo”, que exigían autonomía en la región de Ituri, fue arrestado en 2006, acusado de reclutar en sus fuerzas a niños menores de quince años. El 26/1/2009 se abrió el juicio y el 14/3/2012 Thomas Lubanga Dyilo fue condenado

---

<sup>861</sup> *Ibidem*.

<sup>862</sup> *Ibidem*, p. 471.

<sup>863</sup> Priotti de Monreal, Anahí, “Derechos... *Op. Cit.*, pp. 648-649.

<sup>864</sup> *Ibidem*, p. 649.

<sup>865</sup> [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009\\_02221.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_02221.PDF)

por la CPI por crímenes de guerra, consistentes en reclutar, alistar y utilizar a niños menores de quince años en un conflicto no internacional (art. 8.2.e.vii, Estatuto), concretamente en el conflicto de la República Democrática del Congo entre los años 2002 y 2003. El 7/8/2009, la Sala de Primera Instancia estableció por primera vez los principios rectores de la reparación a las víctimas de los crímenes, por los cuales el señor Thomas Lubanga Dyilo fue hallado culpable. La parte relativa a las reparaciones fue objeto de un recurso de apelación, y en marzo de 2015 la Sala de Apelaciones de la CPI dictó su primera sentencia.”.<sup>866</sup>

Al respecto, “la Sala señaló que el derecho a reparación se deriva de la responsabilidad personal del acusado, quien seguirá siendo responsable aun si se declarase indigente, en cuyo caso el Fondo Fiduciario se hará cargo de las reparaciones, repitiendo luego contra el señor Thomas Lubanga Dyilo. Debido a la forma general y ambigua de redacción de los artículos referidos a las reparaciones, en esta primera sentencia la Corte ha sentado algunos principios al respecto.”.<sup>867</sup>

Sobre los beneficiarios de las reparaciones, se precisó “el concepto de víctima “indirecta”, al incluir a los padres de los niños soldados debido a su “estrecha relación personal”. Y en relación, a la “accesibilidad y consulta con las víctimas”, se destacó que la Corte debe consultar a las víctimas en los asuntos relativos a la identidad de los beneficiarios, sus prioridades y los obstáculos encontrados en sus intentos de obtener reparaciones y tomar especialmente en consideración a los grupos de mayor vulnerabilidad, como las mujeres y los niños.”.<sup>868</sup>

Al referirse al alcance de las reparaciones, dicha Corte estableció “que tanto las víctimas individuales como grupos de víctimas pueden solicitar y recibir reparaciones justificándolo en el art. 97.1 del Estatuto. La Sala de Apelaciones subrayó, además, que debe emitirse una orden de pago de reparaciones contra quienes sean declarados culpables, únicamente por el daño causado como consecuencia de los delitos por los que la persona haya sido condenada. Estimó que la Sala de Primera Instancia no había establecido una relación suficiente entre los delitos cometidos por Lubanga y el daño sufrido por las víctimas de violencia sexual y de género, quienes por lo tanto no podían beneficiarse de la orden de reparaciones. En el caso que estamos analizando, ello no fue considerado al momento de la acusación contra Thomas Lubanga Dyilo, quedando por

---

<sup>866</sup> Priotti de Monreal, Anahí, “Derechos... *Op. Cit.*, p. 650.

<sup>867</sup> *Ibidem*, p. 651.

<sup>868</sup> *Ibidem*.

tanto excluida una gran cantidad de víctimas, sin poder acceder a las reparaciones, lo cual fue muy criticado tanto por la Corte como por distintas ONG. Sin embargo, la Sala recordó que el Fondo Fiduciario puede utilizar su mandato de asistencia discrecional en beneficio de estas víctimas, y solicitó que este Fondo, encargado ahora de establecer un plan de aplicación de las reparaciones, incluyese la posibilidad de remitir a las víctimas a ONG que ofrezcan servicios de apoyo en las zonas afectadas a quienes han sufrido violencia sexual y de género.”<sup>869</sup>

#### **24.4.2. Mirada crítica.**

Señala Priotti de Monreal, que “Con acierto, Fernández de Gurmendi ha afirmado que “hasta la instauración de la Corte Penal Internacional, el objetivo del ejercicio de la jurisdicción internacional era restablecer o consolidar la paz y seguridad internacionales a través del enjuiciamiento y castigo a los responsables de gravísimos crímenes internacionales [...] El ejercicio de la justicia retributiva en nombre de la comunidad internacional, era considerado en sí mismo, reivindicación suficiente de las víctimas, que solamente tenían acceso a los estrados judiciales en calidad de testigos”. Ahora bien, a partir de la instauración de la CPI, con el acceso y la participación de las víctimas, estas “pueden, por primera vez, acceder al procedimiento penal para participar por derecho propio, a fin de expresar sus puntos de vista y solicitar reparación por los daños sufridos. Así dejan de ser meros instrumentos de ayuda en la investigación y juicio y se convierten en legítimos participantes del proceso para defender sus propios intereses”. Además, el derecho no solo a participar del proceso penal, sino también a una reparación, constituye una innovación sin precedentes.”<sup>870</sup>

Afirma Monreal, que “Si bien en su primera sentencia -caso “Thomas Lubanga Dyilo”-, respecto de las reparaciones a las víctimas la Corte Penal Internacional no satisfizo todas las expectativas, consideramos que resultó un paso muy importante, que será la base sobre la que deberá erigirse un sistema más completo e integral en la materia.”<sup>871</sup>

Nuestra autora citada, nos termina diciendo que, “realizando un balance del mecanismo en marcha, podemos rescatar en los últimos años una ardua tarea, no solo de la CPI, sino también de ONG y organismos internacionales, a favor de la reparación de las víctimas, que pone en evidencia también lo mucho que falta por hacer. Lo peligroso no es

---

<sup>869</sup> *Ibidem*, p. 652.

<sup>870</sup> *Ibidem*, p. 656.

<sup>871</sup> *Ibidem*, p. 657.

avanzar lento, sino permanecer inmóvil, o -peor aún- retroceder. Consider[a] y augur[a] que la marcha hacia adelante en este camino, emprendido por la comunidad internacional y su ordenamiento jurídico, es irreversible.”.<sup>872</sup>

## **25. Sistemas Regionales de protección de Derechos Humanos.**

Cada continente tiene sus particularidades, que se reflejan en el sistema de protección de derechos humanos, si bien se observan similitudes y una evolución común hacia una mayor tutela en el ámbito interno a través del control de convencionalidad especialmente en materia de debido proceso legal.<sup>873</sup>

A continuación, trataremos los siguientes sistemas regionales, a saber:

### **25.1. América.**

El sistema regional americano, por su parte, se ubica al amparo de la Organización de Estados Americanos. El sistema de protección interamericano de derechos humanos se apoya, por un lado, en la Carta de la OEA y, por otro, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). La Carta de la OEA es relevante por dos motivos: porque es el punto de apoyo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y, además, porque es el primer instrumento que contempló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) creada por la CADH junto con el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI) conforman el entramado institucional del sistema regional de protección de derechos humanos. Mientras que la CIDH posee funciones de promoción y protección de derechos humanos con un rol cuasi judicial, tanto para casos interestatales como para peticiones individuales, la Corte IDH constituye un tribunal internacional con competencias contenciosas y consultivas, similares a las de su par europea.<sup>874</sup>

#### **25.1.1. La jurisprudencia de la CIDH en materia de reparaciones.**

Según Jacqueline Sinay Pinacho Espinosa, “Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resuelven las excepciones preliminares, la competencia, el fondo, las reparaciones, la interpretación y la supervisión de sentencias de un caso contencioso, conforman la jurisprudencia del Sistema Interamericano. Dicha

---

<sup>872</sup> *Ibidem*, p. 658.

<sup>873</sup> Riera, Ramiro, “Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos”, en *Lecciones de derechos humanos*, Buenos Aires, ERREIUS, 2020, Cap. IV., p. 73.

<sup>874</sup> *Ibidem*, p. 74.

jurisprudencia se considera fuente de Derecho Internacional según el artículo 38.1.d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.”<sup>875</sup>

Agrega Pinacho Espinosa, que “Como fuente de derecho internacional, dicha jurisprudencia establece criterios que permiten comprender de manera más amplia el sistema interamericano de reparaciones. Uno de estos criterios es el principio *pro persona*, cuya aplicación busca que las reparaciones sean siempre las que proporcionen la protección más amplia a las víctimas. Acorde con ello, las reparaciones deben ser integrales, tener lógica, ser coherentes en beneficio de los involucrados y ser percibidas de esta manera por la sociedad pues de esta forma tendrán trascendencia presente y futura que se convertirá en un beneficio constante para la colectividad.”<sup>876</sup>

Nuestra autora citada, afirma que “Gracias a esos criterios, la jurisprudencia interamericana ha evolucionado hasta lograr que la reparación «[...] no sólo signifique una compensación por el daño sufrido específicamente por la víctima, sino un beneficio ampliado a la sociedad en que tales hechos se produjeron, evitando su reiteración en el futuro y promoviendo la modificación de conductas o reglas propicias para nuevas violaciones».”<sup>877</sup>

En síntesis, “las medidas de reparación que dicta la Corte Interamericana tienen los siguientes propósitos fundamentales:

- El restablecimiento del orden jurídico;
- La afirmación de seguridad, es decir un trato interno de justicia y,
- El rescate del derecho de la persona a ser compensada por la violación inferida.”<sup>878</sup>

Para Pinacho Espinosa, “Dichos propósitos son el sello distintivo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de reparaciones cuya importancia es doble: por un lado, los Estados parte de la Organización de Estados Americanos, tales como México, están obligados a cumplirla cuando son parte del litigio o retomarla como criterio orientador de su conducta interna y, por el otro, dichos fallos poseen un valor ejemplificador cuyo peso político no debe menoscabarse. Gracias a todo esto es que se considera que dicha jurisprudencia «[...] constituye en gran medida la cristalización y materialización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos [...] en casos concretos

---

<sup>875</sup> Pinacho Espinosa, Jacqueline S., *El derecho a la reparación del daño en el Sistema Interamericano*, en CNDH, México, 2019, p. 83.

<sup>876</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>877</sup> *Ibidem*.

<sup>878</sup> *Ibidem*.

y, en la mayoría de los casos con implicaciones generales para subsanar la violación a derechos humanos en la región». <sup>879</sup>

### 25.1.2. Los casos argentinos ante el SIDH.

En el presente acápite, veremos los casos argentinos sobre la acción civil reparatoria de daños provocados por delitos de Lesa Humanidad, tramitados ante el SIDH, a saber:

#### 25.1.2.1. "Birt": la primera solución amistosa del SIDH.

Resulta que el día 16/9/92 tuvo lugar en Washington DC y en la sede de la **Comisión IDH** de la **OEA**, la quinta audiencia del llamado caso "**Birt**"<sup>880</sup> o caso "**Córdoba**" sustanciado ante esa jurisdicción internacional.<sup>881</sup>

Después de casi 200 presentaciones deducidas por ciudadanos argentinos, desde setiembre de 1984 al amparo de esta legalidad y con escaso resultado práctico, les tocó a los cordobeses inaugurar en el práctica este nuevo derecho positivo en febrero de 1989, logrando cuatro años más tarde, **el primer precedente** en el sistema jurisdiccional interamericano de cierre de un proceso judicial internacional por la vía de la llamada en el Pacto de San José "**solución amistosa** del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos", que en práctica implicó un allanamiento de parte de la Argentina al derecho de los peticionarios.<sup>882</sup>

El inicio de la cuestión se remonta al día 9/3/1984 en que 58 ex detenidos políticos del Proceso militar argentino iniciaban demandas judiciales ante los Juzgados Federales de Córdoba, Río IV y La Rioja persiguiendo la reparación de los daños materiales, morales y psicológicos causados por la tortura, fusilamientos y privaciones ilegítimas de libertad en condiciones de auténtico cautiverio.<sup>883</sup>

Rememora Rey, que "a los pocos meses del retorno de la democracia, el abogado Juan Carlos Vega demandó al Estado ante los Juzgados Federales de Córdoba, Río Cuarto y La Rioja por los daños y perjuicios patrimoniales y morales que les causó las

---

<sup>879</sup> *Ibidem*, pp. 84-85.

<sup>880</sup> El Sr. Guillermo Alberto Birt "y otras doce personas fueron detenidas sin orden judicial durante la dictadura en la provincia de Córdoba. Todos fueron puestos a disposición del Poder Ejecutivo acusados de subversión, a pesar de que ninguno fue luego condenado por delito alguno. Además, permanecieron detenidos entre tres meses y siete años bajo condiciones opresivas y en un ambiente de torturas y ejecuciones sumarias que les hizo temer constantemente por sus vidas. Algunos incluso sufrieron daños físicos permanentes: el Sr. Birt sufrió la pérdida de un riñón a causa de una herida infligida con un cuchillo y otra presunta víctima fue asesinada estando detenida.", en: Rey, Sebastián A., *Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2021, Tomo 1, pp. 110-111.

<sup>881</sup> Vega, Juan C., "El "caso Córdoba" ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.", en *La Ley*, Buenos Aires, LLC1993-503, 1993, Cita Online: AR/DOC/17840/2001.

<sup>882</sup> *Ibidem*.

<sup>883</sup> *Ibidem*.

detenciones a sus trece representados. Vega señala que las demandas se estructuraban sobre el principio de la “reparabilidad del daño independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta generadora del mismo”, es decir, si bien se acercaban medios probatorios para probar la ilegalidad de la detención esto no era estrictamente necesario para considerar procedente la acción.<sup>884</sup>

El argumento principal era la aplicabilidad del art. 3980 del Cód. Civil que ampliaba el plazo de prescripción en casos de “dificultades o imposibilidades de hecho”, por lo que se prorrogaba el plazo hasta tres meses después del cese de la dificultad o imposibilidad. La ausencia de una prórroga tornaría ilusorios sus derechos.<sup>885</sup>

Vega recuerda que “los jueces federales de Córdoba rechazaron la demanda. ¡Dijeron que los presos políticos de la dictadura no habían tenido ningún obstáculo para demandar al Estado durante el terrorismo de Estado! Tuvimos dos victorias en Río Cuarto y una en Córdoba, pero todo llegó a la Cámara Federal de Córdoba que rechazó nuestro planteo. Todos los jueces venían con designaciones de la época de la dictadura y son en gran medida los que están todavía. Además, estaban convencidos ideológicamente. Llegamos a la Corte Suprema y perdimos por tres a dos. ¡Decían que podían presentar la denuncia desde el Centro Clandestino de Detención de La Perla! Severo Caballero, Belluscio y Fayt fueron los responsables de esta inmundicia jurídica”.<sup>886</sup>

En efecto, el 30 de mayo de 1995 la CSJN declaró que las acciones habían prescripto, toda vez que de aceptarse ese argumento se admitiría la existencia de un “paréntesis en la vida argentina” con grave desmedro a la seguridad jurídica. Según el Tribunal, las demandas deberían haber sido iniciadas durante la dictadura, antes de que venciera el plazo de prescripción de dos años por acciones resarcitorias por actos ilícitos.<sup>887</sup>

O sea, “la Corte Suprema de Justicia de la Nación con los fundados votos en disidencia de los ministros Petracchi y Bacqué (casos "Olivares, Eduardo y Di Cola, Silvia"), avaló lo actuado por la Cámara Federal de Córdoba, que rechazó el reclamo, se plantea la litis ante la CIDH por violación de un Estado signatario del Pacto de San José de Costa Rica, de normas operativas de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos del Hombre (arts. 18 de la Declaración y 8 y 25 de la

---

<sup>884</sup> Rey, Sebastián A., *Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2021, Tomo 1, p. 111.

<sup>885</sup> *Ibidem*.

<sup>886</sup> *Ibidem*.

<sup>887</sup> *Ibidem*, pp. 111-112.

Convención).<sup>888</sup>

Seis años antes, Vega -con el copatrocinio del abogado Jonathan Miller- presentó la primera denuncia ante la CIDH, a la que sucesivamente se agregaron las otras una vez que recibieron sentencia desfavorable de la CSJN.<sup>889</sup>

El Gobierno respondió objetando la admisibilidad de las peticiones basándose en la inaplicabilidad de la CADH en razón del tiempo, dado que los hechos eran anteriores a la vigencia del tratado para nuestro país, y rechazando la fuerza obligatoria de la DADH para los Estados miembros de la OEA.<sup>890</sup>

La estrategia del Estado se modificó con la asunción como presidente de Carlos Menem, quien al haber estado detenido durante la dictadura simpatizaba con el reclamo de los peticionarios. Jorge Cardozo menciona que “las denuncias eran relativamente pocas, pero reclamaban la misma pretensión, por lo que se podía generar un efecto cascada. Luego de analizarlas, planteamos una solución amistosa que abarcara a todas”.<sup>891</sup>

El 11 de mayo de 1990 se celebró una audiencia a la que concurrieron representantes del Gobierno con una copia del decr. 798/90, dictado dos semanas antes, que autorizaba la creación de una Comisión ad hoc para redactar un proyecto de ley que brindara a los peticionarios la compensación que les correspondía. Tanto la CIDH como los peticionarios expresaron su aprobación por esta decisión.<sup>892</sup>

El proyecto de ley se redactó y presentó, pero el Congreso demoraba su sanción, por lo que el 10 de enero de 1991 se dictó el decr. 70/91, que reconoció una compensación para todas aquellas personas que hubieran sido detenidas por orden del Poder Ejecutivo durante el Gobierno militar y hubieran iniciado una acción judicial antes del 10 de diciembre de 1985, es decir, durante los dos primeros años del retorno de la democracia.<sup>893</sup>

Dentro de los fundamentos de la norma se hizo referencia específica a las denuncias presentadas ante la CIDH y al “estado de necesidad” que implicaba una posible sanción internacional si no se adoptaba dicha medida. En este sentido, se ha señalado que “el ‘caso Birt’ exige a la Argentina medir y sopesar que el inevitable proceso de integración

---

<sup>888</sup> Vega, Juan C., “El “caso Córdoba”... *Op. Cit.*

<sup>889</sup> Rey, Sebastián A., *Decisiones...* *Op. Cit.*, p. 112.

<sup>890</sup> *Ibidem.*

<sup>891</sup> *Ibidem.*

<sup>892</sup> *Ibidem.*

<sup>893</sup> *Ibidem.*

continental al que avanza el mundo no está exento de costos jurídicos. Y en nuestro caso ese costo se expresa con claridad en términos de la concreta posibilidad de revisabilidad de las sentencias de la CSJN por vía de un Tribunal Internacional y en el marco de una ley internacional".<sup>894</sup>

Con posterioridad, se dictaron nuevos decretos para asegurar que también gozarían de los beneficios quienes hubieran sido detenidos sin orden del Poder Ejecutivo. Finalmente, el 23 de diciembre de 1991 se sancionó la ley 24.043, que convalidó este régimen reparatorio.<sup>895</sup>

Los peticionarios, encuadrados en dicha normativa, indicaron que consideraron el pago de los montos previstos en el decr. 70/91 como una indemnización adecuada por los daños sufridos. Tras percibir las sumas respectivas, tanto los peticionarios como el Gobierno solicitaron el cierre de los casos por haber llegado a una solución amistosa, lo que así hizo la CIDH cuando aprobó el informe 1/93.<sup>896</sup>

Destaca Guillermo Birt que "lo importante era que se difundiera lo que había pasado. Todo esto ayudaba a la causa de los derechos humanos".<sup>897</sup>

La Comisión alude luego al Decreto N° 70/91 "sancionado por el PEN fundado en razones de necesidad y urgencia el 10 de enero de 1991 ante la inminencia de la audiencia del 8 de febrero de ese mismo año y ante el riesgo de que el país fuese condenado a nivel internacional"; comprende sólo a 134 ciudadanos, los únicos que en todo el país acudieron a la Justicia, que prevé un mecanismo indemnizatorio tabulado en base al sueldo correspondiente a las 30 avas partes de categoría 24 de la Administración Pública Nacional por día de detención (\$ 27).<sup>898</sup>

En cuanto a la posterior ley 24.043, repite el texto del dec. 70/91 y abarca y comprende a los ex detenidos que no hubieren iniciado demandas judiciales en tiempo legal oportuno, con la aclaración de que los montos indemnizatorios resultantes se pagarían de conformidad a los términos de la ley 23.982 de deuda pública y en 6 cuotas semestrales.<sup>899</sup>

En consecuencia, la Comisión destacó: **1)** que tales normas son los primeros cuerpos normativos jurídicos emanados de un gobierno democrático reparatorios de

---

<sup>894</sup> *Ibidem.*

<sup>895</sup> *Ibidem*, p. 113

<sup>896</sup> *Ibidem.*

<sup>897</sup> *Ibidem.*

<sup>898</sup> Vega, Juan C., "El "caso Córdoba"... *Op. Cit.*

<sup>899</sup> *Ibidem.*

violaciones masivas a derechos humanos; **2)** que por primera vez en la historia del Sistema Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos da cierre a un proceso por vía de la llamada "solución amistosa"; **3)** la normativa dictada constituye un ejemplo de decisiones políticas a favor de una reconciliación nacional basada en la memoria y en la Justicia y no es la amnesia ni en el olvido.<sup>900</sup>

#### **25.1.2.2. Informe N° 56/19 de la CIDH sobre la acción civil reparatoria.**

El 11 de noviembre de 2005 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una petición presentada por Eduardo Marques Iraola en la cual se alega la responsabilidad internacional de la República Argentina en perjuicio de Anatole Alejandro y Claudia Victoria Larrabeiti Yáñez por la falta de reparación en relación a un operativo militar llevado a cabo el 26 de septiembre de 1976 en la casa donde vivían con su familia en la Provincia de Buenos Aires, cuando tenían cuatro años y 16 meses de edad, respectivamente. Posteriormente, la parte peticionaria alegó además la responsabilidad del Estado por la muerte de Mario Roger Julien Cáceres, y la privación ilegítima de la libertad y posterior desaparición forzada de Victoria Lucía Grisonas, padre y madre biológicos de los hermanos Larrabeiti Yáñez, ocurrida en el mismo operativo. Se denuncia asimismo la privación ilegítima de la libertad de los hermanos en un centro clandestino de detención y su traslado también clandestino a Uruguay y posteriormente a Chile, donde fueron abandonados en una plaza pública. También se alega la falta de una adecuada investigación, sanción y reparación.<sup>901</sup>

El 21 de noviembre de 2017 la Comisión notificó a las partes la aplicación del artículo 36.3 de su Reglamento, por encontrarse la petición comprendida dentro de los criterios establecidos en su Resolución 1/16, y se puso a disposición de las partes a fin de llegar a una solución amistosa. Las partes contaron con los plazos reglamentarios para presentar sus observaciones adicionales sobre el fondo. Toda la información recibida fue debidamente trasladada entre las partes.<sup>902</sup>

La CIDH en el acápite 28 de su informe, dijo que "En relación con el requisito de plazo de presentación, la petición ante la CIDH fue recibida el 11 de noviembre de 2005, los hechos materia del reclamo tuvieron lugar desde 1976, algunos de los hechos alegados no han cesado y los alegados efectos de los demás, incluyendo la supuesta impunidad sobre la mayoría de ellos, se extenderían hasta el presente. Por lo tanto, en

---

<sup>900</sup> *Ibidem.*

<sup>901</sup> CIDH, Informe No. 56/19. Caso 13.392. Admisibilidad y fondo. Familia Julien - Grisonas. Argentina. 4 de mayo de 2019, p. 3.

<sup>902</sup> *Ibidem.*

vista del contexto y las características del presente caso, y tomando en cuenta la continuidad en la ocurrencia de la alegada desaparición forzada, así como el hecho de que una de las causas penales está aún en trámite, la Comisión considera que la petición fue presentada dentro de un plazo razonable y que debe darse por satisfecho el requisito de admisibilidad referente al plazo de presentación. 29. Respecto a la acción civil de daños y perjuicios, la Comisión ha considerado que en casos que involucran alegatos como los del presente caso no es necesario entablar o agotar una acción civil antes de acudir al sistema interamericano. Sin embargo, dado que se alegan ante la CIDH violaciones autónomas en el marco de la acción civil, corresponde analizar si se han agotado los recursos internos respecto de tales alegatos puntuales. Al respecto, la Comisión observa que el 30 de octubre de 2007 la CSJN declaró prescrita la acción civil promovida por los hermanos Larrabeiti Yáñez, por lo que al momento del presente pronunciamiento de admisibilidad, se han cumplido con los requisitos establecidos en los artículos 46.1(a) y (b) de la Convención.”.<sup>903</sup>

Finalmente, la CIDH en sus conclusiones, dijo que “el Estado de Argentina es responsable por la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, y a la protección judicial consagrados en los artículos 3, 4.1, 5.1, 5.2, 7.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con sus artículos 1.1 y 2; de los artículos I incisos a) y b) y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; así como de los artículos I, V, VI, VIII, XVII, XIX y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en relación con su artículo VII, en perjuicio de Mario Roger Julien, Victoria Lucía Grisonas Andrijauskaite, Anatole Alejandro y Claudia Victoria Larrabeiti Yáñez.”.<sup>904</sup>

En consecuencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recomienda al Estado de Argentina, ... 3. **Reparar** adecuadamente las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente informe tanto en el aspecto material como moral, incluyendo una justa compensación y medidas de satisfacción que incluyan el establecimiento y difusión de la verdad histórica de los hechos, así como otras medidas de

---

<sup>903</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>904</sup> *Ibidem*, p. 53.

similar naturaleza en consulta con Anatole Alejandro y Claudia Victoria Larrabeiti Yáñez.”.

905

El presente Informe fue “aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la ciudad de Kingston, Jamaica, a los 4 días del mes de mayo de 2019. (Firmado): Esmeralda E. Arosemena Bernal de Troitiño, Presidenta; Joel Hernández, Primer Vicepresidente; Antoia Urrejola, Segunda Vicepresidenta; Margarete May Mcaulay, Francisco José Eguiguren, Luis Ernesto Vargas Silva, y Flávia Piovesan, Miembros de la Comisión.”.<sup>906</sup>

### **25.1.3. Los casos chilenos: “García Lucero” (2013), “Maldonado Vargas” (2015) y “Órdenes Guerra” (2018).**

La **reparación íntegra de los daños** sufridos por violaciones a los derechos humanos es un principio del derecho internacional público, reconocido en el sistema interamericano de derechos humanos.<sup>907</sup>

En materia de **indemnización** de los daños derivados de delitos de lesa humanidad, **la Corte Interamericana**, en sentencias condenatorias contra Chile, ha fijado ciertos **estándares**:

(i) la acción civil derivada de tales delitos es también imprescriptible;

(ii) los programas administrativos de reparación pueden ser distintos o complementarios a una indemnización judicial, pero no pueden suponer un obstáculo para acceder a la revisión del caso ante un tribunal.<sup>908</sup>

Refiriéndose a Chile, Meza-Lopehandía Glaesser, nos señala “que la Corte Interamericana no tiene competencia temporal para conocer directamente las violaciones a derechos humanos cometidas con anterioridad al 11 de marzo de 1990, por expresa declaración realizada por Chile al momento de hacer el depósito de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Sin perjuicio de ello, la Corte ha afirmado su competencia para conocer las violaciones que derivan de esos hechos, particularmente asociadas al deber estatal de investigar, sancionar y reparar a las víctimas de delitos de lesa humanidad.”.<sup>909</sup>

---

<sup>905</sup> *Ibidem*.

<sup>906</sup> *Ibidem*.

<sup>907</sup> Meza-Lopehandía Glaesser, Matías A., “La obligación de reparar por los delitos de lesa humanidad”, en *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile – Asesoría Técnica Parlamentaria*, Chile, Mayo 2019, p. 1.

<sup>908</sup> *Ibidem*.

<sup>909</sup> *Ibidem*, p. 2.

Tal como se ha explicado anteriormente, “la reparación de las violaciones a derechos humanos es un principio del derecho internacional. Conforme a la jurisprudencia de la CtIDH, este principio es parte del derecho internacional consuetudinario. Este exige que la reparación sea integral, esto es, que restablezca la situación anterior a la violación. Cuando esto no sea posible, deben aplicarse diversos mecanismos que no impliquen enriquecimiento ni empobrecimiento de la víctima, incluyendo entre ellos la indemnización pecuniaria. Este principio tiene su consagración en la propia Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que señala que, una vez establecida la violación a los derechos humanos deben repararse “las consecuencia de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derecho y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.<sup>910</sup>

Nos recuerdo Meza, que “desde la ratificación de la CADH en 1990, Chile ha sido condenado en diez oportunidades. De estos, cuatro pueden clasificarse como casos relativos a la **justicia transicional chilena**.”<sup>911</sup>

La primera de estas sentencias fue dictada en 2006 y se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de Chile por falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor **Almonacid Arellano**, así como a la falta de reparación adecuada a favor de sus familiares. En lo principal, el fallo declaró que los delitos de lesa humanidad como inamnistiables e imprescriptibles, y que por lo tanto el Decreto Ley de Amnistía de 1978 carecía de efectos jurídicos; además de declarar la violación del debido proceso al entregar la investigación a la justicia militar.”<sup>912</sup>

Afirma Meza, que “la cuestión de la **indeminización civil** por delitos de lesa humanidad ha sido abordada en los tres casos siguientes. En **García Lucero vs. Chile de 2013**, la CtIDH afirmó que Chile había incurrido en responsabilidad internacional por no haber iniciado de oficio una investigación sobre las torturas que la propia víctima denunció ante instancias oficiales del Estado y por no haber sancionado a los responsables. En cuanto a la cuestión de la reparación por las torturas sufridas, la Corte consideró que la víctima no agotó las instancias internas respecto de la negativa a que se le otorgara la pensión de reparación contenida en la Ley N° 19.992. Además, señaló que la alegada

---

<sup>910</sup> *Ibidem*.

<sup>911</sup> *Ibidem*.

<sup>912</sup> *Ibidem*, p. 3.

prescripción de las indemnizaciones civiles en casos de delitos de lesa humanidad no había sido suficientemente probada.”.<sup>913</sup>

Destaca Meza que, “sin perjuicio de lo anterior, hizo una importante aclaración respecto de la complementareidad de los programas administrativos de reparación y las acciones indemnizatorias, exigiendo que “el establecimiento de sistemas internos administrativos o colectivos de reparación no impida a las víctimas el ejercicio de acciones jurisdiccionales en reclamo de medidas de reparación”.”.<sup>914</sup>

El segundo “caso **Maldonado Vargas y otros vs. Chile de 2015**, la Corte condenó al Estado por el retardo excesivo en iniciar investigaciones por las denuncias de tortura sufridas por miembros de las Fuerzas Armadas tras el golpe militar, y también por la falta de un recurso eficaz para revisar o anular las sentencias condenatorias basadas en procedimientos que contemplaron torturas. En cuanto a la reparación de las víctimas, la Corte indicó que los programas administrativos de reparación invocados por el Estado buscaban indemnizar a las víctimas por las torturas sufridas, y no por los hechos sobre los que la Corte condenaba al Estado en razón de sus limitaciones de competencia temporal.”.<sup>915</sup>

El tercer caso, denominado **Órdenes Guerra y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas**, la Corte IDH “dictó Sentencia el día 29/11/2018, en donde se discutía “la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial como consecuencia de la aplicación de la figura de prescripción a acciones civiles de reparación relacionadas con crímenes de lesa humanidad. Las víctimas en el caso, que aparecen mencionadas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig), del 8 de febrero de 1991, habían interpuesto acciones civiles de indemnización por daños, en razón del secuestro y desaparición o ejecución de sus familiares por parte de agentes estatales en 1973 y 1974, durante la dictadura militar. Tales acciones fueron rechazadas entre 1999 y 2003, por juzgados, tribunales de apelación o la Corte Suprema de Justicia, con base en la aplicación del plazo de la figura de prescripción establecida en el Código Civil chileno. En el caso, la Comisión consideró que la existencia de un programa administrativo de reparaciones no excluye la posibilidad de que las víctimas de graves violaciones opten por reclamar reparación por vía judicial y que, tratándose de crímenes de

---

<sup>913</sup> *Ibidem.*

<sup>914</sup> *Ibidem.*

<sup>915</sup> *Ibidem.*

lesa humanidad, es desproporcionado negarles sus derechos a una reparación bajo el argumento de prescripción.”.<sup>916</sup>

En consecuencia, “El Tribunal, tomando en cuenta el reconocimiento estatal, el tiempo transcurrido y la duración adicional que podría implicar la habilitación de un recurso judicial o el inicio de nuevas causas, y a efectos de que las víctimas reciban de forma pronta alguna reparación, estimó pertinente disponer, en aplicación del principio de complementariedad, que el Estado otorgue directamente una compensación a cada una de las víctimas del presente caso.”.<sup>917</sup>

Finalmente, “en la reciente sentencia del caso **Órdenes Guerra y otros vs. Chile** la Corte abordó directamente la cuestión de las indemnizaciones pecuniarias por delitos de lesa humanidad, en particular respecto de ejecuciones forzadas y desapariciones ejecutadas durante la dictadura. Aquí hizo dos pronunciamientos fundamentales en esta materia. En primer lugar, señaló que si los hechos que daban origen al reclamo indemnizatorio habían sido calificados como delitos de lesa humanidad “tales acciones [civiles] no deberían ser objeto de prescripción”. En otras palabras, la acción civil, al igual que la penal, es imprescriptible respecto de dichos delitos. En segundo lugar, reiteró la doctrina fijada en *García Lucero vs Chile*, en orden a que los programas administrativos de reparación no podían obstaculizar el acceso a la reparación judicialmente establecida. Agregó que ambos tipos de indemnizaciones podían legítimamente considerarse como diferentes o complementarias, o sea, “podría tomarse en cuenta, en una vía lo otorgado en la otra”, pero no podría significar el cierre de la vía judicial. Esto, para permitir la determinación individual de daños o para cuestionar la suficiencia de la reparación administrativa. Dada las características del caso, aquí se fijó una indemnización pecuniaria elevada para los estándares interamericanos (USD\$ 180.000 para cada víctima), precisamente por la negativa de los tribunales internos a otorgarla basada en la prescripción de la acción indemnizatoria.”.<sup>918</sup>

Al respecto, Meza-Lopehandía Glaesser concluye que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha examinado la cuestión del deber de reparación respecto de las violaciones a derechos humanos cometidas en dictadura. Ha hecho esto en forma indirecta, al analizar las violaciones relacionadas con decisiones que las niegan y

---

<sup>916</sup> Vértiz Medina, James, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *REDEA Derecho en Acción*, Buenos Aires, Año 4 N° 10, 2018-2019, p. 416, <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/6878/5753>.

<sup>917</sup> *Ibidem*, p. 418.

<sup>918</sup> Meza-Lopehandía Glaesser, Matías A., “La obligación... *Op. Cit.*, pp. 3-4.

no como reparación directa emanada de tales violaciones, dada sus restricciones de competencia *ratione tempore*.”.<sup>919</sup>

Meza finaliza diciendo que, “en lo sustantivo, en dos sentencias ha configurado un estándar conforme al cual se reafirma el principio general que reconoce el derecho de las víctimas a pedir ante tribunales la respectiva indemnización, sin que se pueda invocar la prescripción de la acción. Adicionalmente, se ha señalado que los programas administrativos de reparación, pueden ser considerados (o no) como parte de la reparación judicialmente establecida.”.<sup>920</sup>

Del compendio de la CIDH del año 2021, se puede leer: “Con base en estos pronunciamientos, la Comisión afirmó que la aplicación de la figura de la prescripción de la acción civil constituyó una restricción en la posibilidad de obtener una reparación. Al someter dicha restricción a un juicio de proporcionalidad, la Comisión consideró que la seguridad jurídica puede ser uno de los fines legítimos perseguidos mediante la prescripción de la acción civil de reparaciones y que “puede existir, en abstracto, una relación de idoneidad entre dicha seguridad jurídica y el establecimiento de períodos de prescripción para las acciones civiles de reparación”. **Sin embargo, agregó que el Estado “no demostró que resulta indispensable aplicar la prescripción a las acciones civiles de reparación por crímenes de lesa humanidad para efectos de garantizar la seguridad jurídica”**. Por el contrario, si se entiende que el principio de seguridad jurídica busca coadyuvar al orden público y la paz en las relaciones sociales, el derecho a un recurso judicial para obtener una reparación por crímenes de lesa humanidad no va en desmedro de este principio, sino que lo fortalece y contribuye a su optimización.”.<sup>921</sup>

En suma, por su parte Hitters concluye afirmando que con esto debe quedar bien en claro que para nada la Corte IDH está en contra de la institución de la prescripción en general, solo lo está para los crímenes de lesa humanidad. Además, cuando dicho organismo regional hizo el control de convencionalidad en el caso narrado, dejó bien en claro que la fijación económica en favor de los afectados en el asunto "Órdenes Guerra" no debía tomarse en cuenta en los demás países como criterio generalizado, sino que se hizo

---

<sup>919</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>920</sup> *Ibidem*.

<sup>921</sup> CIDH, *Compendio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Verdad, Memoria, Justicia y Reparación en Contextos Transicionales. Estándares Interamericanos*, OEA, EA/Ser.L/V/II. Doc. 121, 2021, pp. 124-125.

sobre la base de los fallos de la Corte Suprema chilena, que habían puesto de relieve la necesidad de la reparación y la imprescriptibilidad de estos crímenes.<sup>922</sup>

Entonces, dice Hitters que “Para finalizar debe quedar como punto basal que los fundamentos jurídicos que el Tribunal regional utilizó para el asunto de marras resultan -a nuestro criterio- 'vinculantes' para todos los Estados adheridos a la CADH, tal cual lo había expuesto ese cuerpo jurisdiccional regional en el caso "Gelman".”.<sup>923</sup>

Para Hitters, “En el caso "Órdenes Guerra" la Corte IDH fue muy clara cuando enfatizó que el sistema chileno había violado los arts. 8.1 y 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica, al declarar prescrita la indemnización en los delitos de lesa humanidad. El tribunal de marras llevó a cabo un control de convencionalidad y llegó a la conclusión que las reglas limitativas en el sentido analizado son inconvencionales.”.<sup>924</sup>

Nuestro autor citado, alega que “Lo dicho vale en la Argentina para los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la reforma del art. 2561 del Cód. Civil, lo que significa que esos hechos son todavía reparables en nuestro país, sin perjuicio de las indemnizaciones que hubiesen podido cobrar las víctimas o sus familiares. Ello así, teniendo en cuenta la idea de complementariedad a la que ya hemos hecho referencia. Mas es necesario tomar en consideración que se debe evitar la superposición de este tipo de reparaciones.”.<sup>925</sup>

Concluyendo Hitters, dice que “conviene reiterar que se advierte una contradicción entre lo resuelto por la mayoría de nuestra Corte Suprema en los casos aludidos y lo dispuesto por la Corte IDH, que deberá resolverse en un futuro próximo en favor de la hermenéutica hecha por el tribunal regional con asiento en Costa Rica, para evitar lo que ya ha sucedido en el caso "Fontevecchia", donde la Corte IDH mandó modificar un pronunciamiento de nuestro más alto cuerpo judicial.”.<sup>926</sup>

## **25.2. Europa.**

El sistema regional europeo de protección de derechos humanos se encuentra bajo la órbita del Consejo de Europa. El mecanismo de protección internacional de carácter regional tiene base convencional y deriva de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH). El

---

<sup>922</sup> Hitters, Juan Carlos, “¿Prescribe... *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>923</sup> *Ibidem.*

<sup>924</sup> *Ibidem.*

<sup>925</sup> *Ibidem.*

<sup>926</sup> *Ibidem.*

mecanismo atravesó diferentes formatos desde su creación en 1950. Actualmente, lo componen un órgano jurisdiccional y un órgano político: el tribunal internacional con competencia contenciosa y consultiva denominado Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) y el Comité de Ministros, a cuyo cargo se encuentra el seguimiento del cumplimiento de las decisiones del primero. Vale destacar que, luego de la eliminación de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH), en virtud del Protocolo 11 a la CEDH, el acceso de los individuos a la instancia internacional provista por la Corte EDH es directa. El Comité de Ministros, no obstante, conserva aún la función de supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte EDH.<sup>927</sup>

### **25.2.1. Relación entre prescripción y acceso a la jurisdicción.**

Ahora bien. Recordemos la importantísima investigación de Ramiro Riera, en donde nos explica, que “[d]esde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos el derecho sustantivo que se encuentra en juego con relación al instituto de la prescripción es el derecho de acceso a la jurisdicción.”<sup>928</sup>

Al respecto, “[l]os instrumentos internacionales lo contemplan, habitualmente, bajo una doble denominación: como el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial o como el derecho a una protección judicial. ... la **CEDH** [lo estipula] en sus arts. 6.1 y 13...”<sup>929</sup>

Señala Riera, que toda “validez convencional de la prescripción debe ceñirse de tal modo al examen de ambos extremos [Principios de legalidad y de razonabilidad] con relación al derecho sustantivo que limita.”<sup>930</sup>

#### **25.2.1.1. La jurisprudencia de la Corte EDH.**

Vale tener presente, que “[l]a jurisprudencia más prolífera sobre el particular proviene de la Corte EDH que ha tratado sobre los alcances de las restricciones al derecho de acceso a la jurisdicción desde mediados de la década de 1970.”<sup>931</sup>

A propósito de ello, “[y]a en el caso **"Golderv. The United Kingdom"** el tribunal regional europeo fijó los contornos del derecho de acceder a los tribunales del siguiente modo: ... [36. (...) el derecho de acceso constituye un elemento inherente al derecho enunciado en el art. 6°, párr. 1 (art. 6-1). Esta no es una interpretación extensiva que imponga nuevas obligaciones a los Estados Parte: se basa en los términos mismos de

---

<sup>927</sup> Riera, Ramiro, “Sistemas... *Op. Cit.*, p. 74.

<sup>928</sup> Riera, Ramiro, *La prescripción... Op. Cit.*, p. 228.

<sup>929</sup> *Ibidem.*

<sup>930</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>931</sup> *Ibidem.*

la primera oración del art. 6º, párr. 1 (art. 6-1) leído en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y el propósito de la Convención, un tratado legislativo, y a los principios generales del derecho. Por lo tanto, la Corte llega a la conclusión, sin necesidad de recurrir a "medios de interpretación complementarios" como se prevé en el art. 32 de la Convención de Viena, que el art. 6º, párr. 1 (art. 6-1) garantiza a todos el derecho de presentar una demanda relacionada con sus derechos y obligaciones civiles ante una Corte o tribunal. De esta manera, el artículo incorpora el "derecho a un tribunal", del cual el derecho de acceso, es decir, el derecho de iniciar procedimientos ante los tribunales en materia civil, constituye un solo aspecto. A esto se añaden las garantías establecidas en el art. 6º, párr.1 (art. 6-1) en lo que respecta tanto a la organización y composición del tribunal como a la conducción del proceso. En resumen, el todo constituye el derecho a una audiencia imparcial. El Tribunal no tiene necesidad de determinar en el presente caso si el art. 6º, párr. 1 (art. 6-1) requiere además una decisión sobre el fondo de la controversia ("*determination*" en inglés, "*décidera*" en francés)].".<sup>932</sup>

En seguida "de identificar el derecho de acceso a la jurisdicción como un derecho implícitamente contemplado en el marco de la garantía judicial del debido proceso, pero con cierta autonomía relativa respecto de ella, aclaró que: ... [38. El Tribunal considera, aceptando las opiniones de la Comisión y la presentación alternativa del Gobierno, que el derecho de acceso a los tribunales no es absoluto. Como este es un derecho que establece la Convención (véanse los arts. 13, 14, 17 y 25) sin definir, en el sentido más estricto del término, hay espacio, aparte de los límites que delimitan el contenido mismo de cualquier derecho, para las limitaciones permitidas por implicación].".<sup>933</sup>

Según Riera, "[d]e esta apreciación se desprende el carácter relativo y, en consecuencia, restringible del derecho a acceder a los tribunales. Lo que resta, en opinión del tribunal, es examinar caso por caso la validez de dichas limitaciones.". <sup>934</sup>

La Corte EDH en 1995 retornó a precisar los contornos del derecho a la jurisdicción en el caso "**Bellet v. France**", del cual siguiendo a Riera, se puede extraer que de lo manifestado por la Corte EDH, "se puede construir un estándar de convencionalidad o compatibilidad del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos sobre las restricciones al derecho de acceso a la jurisdicción del siguiente modo: 1. Se

---

<sup>932</sup> *Ibidem*, pp. 229-230.

<sup>933</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>934</sup> *Ibidem*.

trata de un *derecho relativo* y, por ende, sujeto a limitaciones que pueden variar en función del tiempo y del lugar según las necesidades de los individuos y de la comunidad. 2. El ejercicio del poder de reglamentación de los Estados se ubica en contexto de su *margen de apreciación* que, no obstante, se encuentra sujeto al control de convencionalidad por parte de los órganos de aplicación internacionales. 3. Las restricciones *no pueden conducir a la desnaturalización o supresión del derecho* y, por lo tanto, exigen: a) propósito legítimo a la luz de los instrumentos internacionales, y b) proporcionalidad entre el medio elegido y la finalidad perseguida.”.<sup>935</sup>

Explica Riera, a propósito de lo anterior, que “la restricción del derecho de acceso a la jurisdicción en función del tiempo aparece materializado en el plano del derecho doméstico de los Estados bajo la forma del instituto de la *prescripción* de la acción. Esta cuestión fue la que justamente abordó la Corte EDH en el caso **"Stubbingandothers v. The United Kingdom"** en su sentencia de 1996:232 [51. Cabe señalar que los plazos de prescripción en casos de daños y perjuicios son una característica común de los sistemas jurídicos nacionales de los Estados Parte. Sirven para varios propósitos importantes, a saber, garantizar la seguridad jurídica y clausura, proteger a los posibles acusados de reclamos obsoletos que podrían ser difíciles de contrarrestar y prevenir la injusticia que podría surgir si los tribunales tuvieran que decidir sobre los acontecimientos que tuvieron lugar en el pasado distante sobre la base de evidencia que podría haberse vuelto poco confiable e incompleta debido al paso del tiempo].”.<sup>936</sup>

En el párrafo transcrito, “el tribunal regional europeo se detuvo en el fundamento de la restricción que implica el instituto de la prescripción, es decir, en el propósito legítimo exigido por la *CEDH* para su validez convencional como limitación al derecho de acceso a la jurisdicción. En este sentido, indicó tres razones que hacen legítima la finalidad de la prescripción de la acción en materia civil: 1. Garantizar la seguridad jurídica a través del cierre definitivo de las controversias por daños y perjuicios. 2. Proteger a los eventuales demandados de acciones por hechos muy antiguos que resulten difíciles de contestar. 3. Prevenir la inequidad que podría derivarse de sentencias fundadas en pruebas poco confiables o incompletas como resultado del paso del tiempo.”.<sup>937</sup>

---

<sup>935</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>936</sup> *Ibidem*, pp. 232-233.

<sup>937</sup> *Ibidem*, p. 233.

En definitiva, “la Corte EDH entiende que el fundamento de la prescripción debe hallarse en la certidumbre jurídica y, como tal, esta constituye un propósito legítimo a la luz de la *CEDH*. De modo que el instituto de la prescripción de la acción no criminal no es *per se* incompatible con el derecho de acceso a la jurisdicción previsto por el derecho internacional de los derechos humanos.”<sup>938</sup>

En el escrutinio “de proporcionalidad que el tribunal regional europeo realizó de la restricción en el caso antes citado, afirmó: ... [52. En el presente caso, la ley de prescripción inglesa permitió a los peticionarios seis años a partir de su decimoctavo cumpleaños para iniciar un proceso civil. Además, sujeto a la necesidad de evidencia suficiente, se puede iniciar un proceso penal en cualquier momento y, si tiene éxito, una medida de indemnización puede tener lugar. Por lo tanto, la esencia misma del derecho de acceso de los solicitantes a un tribunal no se vio afectada. 53. El plazo en cuestión no era demasiado corto; de hecho, fue más largo que los períodos de extinción para reclamos de daños y perjuicios establecidos por algunos tratados internacionales. Además, queda claro que las normas aplicadas eran proporcionales a los objetivos que se buscaban alcanzar cuando se considera que si los peticionarios hubieran iniciado acciones poco antes de la expiración del período, los tribunales habrían tenido que decidir sobre los hechos que se habían llevado a cabo aproximadamente veinte años antes].”<sup>939</sup>

Entonces, Riera comenta que “[e]l derecho de acceso a la jurisdicción en procura de una reparación indemnizatoria por daños no se ve desnaturalizado, en consideración de la Corte EDH, por un plazo de prescripción de la acción de seis años. Máxime, cuando la acción penal por el mismo hecho causante de la eventual responsabilidad (un delito grave) resulta imprescriptible de acuerdo con el derecho interno y, en el marco del proceso criminal, es posible otorgar reparaciones civiles. Así, para determinar si el plazo de prescripción de la acción resultaba excesivamente breve y, en consecuencia, constituía una restricción desproporcionada, utilizó como parámetros instrumentos del derecho internacional privado (Convención Warsaw para la unificación de algunas normas relativas al transporte internacional aéreo de 1929 y la Convención de Atenas relativa al transporte de pasajeros y su equipaje a bordo de buques de 1974 que prevén un plazo de dos años) en los que el límite temporal es aún más corto. Finalmente, agrega que existe proporcionalidad entre el medio elegido -el plazo de prescripción de seis años desde la mayoría de edad- y el propósito buscado -prevenir la inequidad que podría

---

<sup>938</sup> *Ibidem*.

<sup>939</sup> *Ibidem*, pp. 233-234.

derivarse de sentencias fundadas en pruebas poco confiables o incompletas como resultado del paso tiempo-.”<sup>940</sup>

El mismo sentido “de razonamiento mantuvo la Corte EDH ya en 2004 al dictar sentencia en el caso "**Vo v. France**". En esta oportunidad, los peticionarios habían optado por no ejercer la acción civil por daños derivados de la muerte de un feto y, en consecuencia, el plazo de prescripción había expirado.”<sup>941</sup>

Del mismo, “se puede extraer que tampoco luce irrazonable un plazo de prescripción de cuatro años para ejercer la acción civil. Además, también es relevante lo sostenido sobre la disponibilidad de la acción, es decir, el carácter renunciabile del derecho de acceso a la jurisdicción. La cuestión aparece como particularmente interesante por cuanto en el caso de graves violaciones a los derechos humanos, la imprescriptibilidad de las acciones parecería indicar que si bien la víctima puede optar por no ejercer el derecho de acudir a los tribunales en busca de una reparación, los Estados no se encuentran habilitados convencionalmente para presumir tal desistimiento a partir de la presunción de un plazo determinado de prescripción de la acción.”<sup>942</sup>

La Corte EDH en el 2006 “volvió sobre el tema con un análisis más exhaustivo de la validez de la restricción al derecho de acceso a la jurisdicción encarnada por el instituto de la prescripción de la acción. En el caso "**Mizzi v. Malta**", el tribunal descompuso la razonabilidad de la restricción del derecho del peticionario a accionar judicialmente por filiación y negación de paternidad derivada del plazo de seis meses para interponer la demanda.”<sup>943</sup>

La Corte EDH “encuentra en este caso la posibilidad de proyectar el principio de certidumbre jurídica que debe proporcionar el instituto de prescripción de la acción más allá de la seguridad y estabilidad de los patrimonios que, en el fondo, inspira los plazos de prescripción en los reclamos por daños y perjuicios. En materia de derecho de familia dicha exigencia de certidumbre jurídica proviene de la determinación de la identidad, cuyo contenido pecuniario es absolutamente secundario desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.”<sup>944</sup>

Recuerda Riera, que un proceso análogo, “pero esta vez por una acción de filiación por reconocimiento de maternidad, fue resuelto por la Corte EDH en

---

<sup>940</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>941</sup> *Ibidem*, pp. 234-235.

<sup>942</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>943</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>944</sup> *Ibidem*, pp. 236-237.

"**Phinikaridou v. Cyprus**", de 2007<sup>945</sup>. ... la Corte EDH repara en las aplicaciones concretas del instituto de prescripción de la acción que, en sí mismo, no resulta incompatible con la *CEDH*. Sin embargo, las consecuencias de su aplicación por parte de los tribunales domésticos sí pueden conducir a una privación arbitraria del derecho de acceso a la jurisdicción. Señala, en particular, la imposibilidad de dispensas o excepciones al plazo de prescripción en los casos de familia (particularmente de filiación) en los que se encuentra comprometido, también, el derecho a la protección de la vida privada y familiar. De allí que sostenga que: [56. Por ejemplo, el Tribunal ha determinado que los períodos de prescripción rígidos u otros obstáculos a las acciones que impugnan la paternidad que se aplican independientemente de la conciencia de un padre putativo de las circunstancias que ponen en duda su paternidad, sin permitir ninguna excepción, violaron el art. 8º de la Convención]."<sup>946</sup>

Finalmente, nos señala Riera que "[e]n el *leading case* "**Stubbing v. The United Kingdom**" ya reseñado, la Corte EDH había considerado razonable un plazo de seis años para prescripción de la acción por daños y perjuicios. En el caso "**Seal v. The United Kingdom**", a pesar de que mantuvo ese criterio, señaló no obstante que dicha razonabilidad puede variar en función de determinados grupos en situación de vulnerabilidad que exijan una protección especial y, por lo tanto, un plazo de prescripción más extenso."<sup>947</sup>

### 25.3. África.

El sistema regional africano se estructura a partir de la **Unión Africana** (UA). El instrumento que organiza el mecanismo regional es la **Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**. Entre ambos tratados, se conforma un sistema institucional compuesto por la **Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos** (CADHP) y la **Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos** (Corte ADHP), establecida mediante un protocolo facultativo. Ambos organismos, de base convencional, tienen funciones distribuidas de un modo similar al sistema regional americano. Mientras la CADHP tiene competencias de promoción y protección, siendo un órgano de naturaleza semijurisdiccional, la Corte ADHP es un tribunal internacional con competencia contenciosa y consultiva. La particularidad más significativa del sistema regional africano es, quizás, la amplísima legitimación activa que los mecanismos de protección prevén,

---

<sup>945</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>946</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>947</sup> *Ibidem*, p. 245.

dado que abarcan no solo a los individuos, sino también a los pueblos y a las organizaciones.<sup>948</sup>

Hasta la fecha, 34 Estados miembros han ratificado el Protocolo por el que se establece la Corte Africana. De estos, sólo ocho (8) estados han aceptado la competencia del Tribunal conforme a su art. 34 (6), según el cual los individuos y las ONG pueden presentar casos directamente ante la Corte Africana.<sup>949</sup>

Los 34 Estados que han ratificado el Protocolo son: Argelia, Benin, Burkina Faso, Burundi, Camerún, Chad, Côte d'Ivoire, Comoras, Congo, República Democrática del Congo, Gabón, Gambia, Ghana, Guinea-Bissau, Kenia, Libia, Lesoto, Madagascar, Malí, Malawi, Mozambique, Mauritania, Mauricio, Nigeria, Níger, Ruanda, República Árabe Saharaui Democrática, Sudáfrica, Senegal, Tanzania, Togo, Túnez, Uganda y Zambia.<sup>950</sup>

Sólo ocho (8) de los treinta y cuatro (34) Estados Partes del Protocolo han depositado la declaración reconociendo la competencia de la Corte para recibir casos directamente de ONG e individuos. Los ocho Estados son: Burkina Faso, Gambia, Ghana, Guinea-Bissau, Malí, Malawi, Níger y Túnez. Ruanda retiró su declaración en 2017; Tanzania en 2019; Costa de Marfil y Benin en 2020.<sup>951</sup>

### **25.3.1. El derecho a la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos.**

En los sistemas regionales de protección, tanto el CEDH como la CADH reconocen en sus instrumentos el derecho a la reparación en el caso de violaciones de derechos humanos y, si bien no es el caso de la Carta Africana -convenio que no recoge en su texto el derecho a la reparación de manera expresa-, sí lo es el del Protocolo Opcional por el que se establece la Corte ADHP, que le otorga a la Corte Africana la competencia de conceder reparaciones a las víctimas.<sup>952</sup>

Por su parte, Andrés Rousset, dice que “El sistema africano de derechos humanos (“SADH”), posterior en el tiempo al europeo y al interamericano, ha tomado como propios ciertos puntos ya desarrollados en aquellos sistemas. Del primero adoptó su sistema de supervisión de lo ordenado por sus sentencias y del segundo, el amplio

---

<sup>948</sup> Riera, Ramiro, “Sistemas... *Op. Cit.*, pp. 74-75.

<sup>949</sup> <https://www.african-court.org/wpafc/> [28/08/2023]

<sup>950</sup> <https://www.african-court.org/wpafc/welcome-to-the-african-court/> [28/08/2023]

<sup>951</sup> *Ibidem*.

<sup>952</sup> Lakarra Etxebarria, Jone, “África. Capítulo XII. Panorama del Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos”, en *Vulneraciones a los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2020, p. 511.

contenido que la práctica del tribunal le ha dotado al concepto de reparación integral, aunque -como veremos- con matices propios.”<sup>953</sup>

En términos análogos, “en el ámbito del sistema africano, una vez dictada la sentencia y notificada a las partes, la supervisión de su cumplimiento estará en manos del Consejo Ejecutivo en representación de la Asamblea de la Unión Africana (cfr. art. 64.2, reglas de la Corte ADHP).”<sup>954</sup>

Al respecto, “Ha dicho la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“Corte Africana” o “Corte ADHP”) que cualquier violación de una obligación internacional que haya causado un daño implica la obligación de proporcionar una reparación adecuada. Ello, siguiendo la pauta fijada en jurisprudencia constante de diversos tribunales internacionales que sientan la premisa de que, “en la medida de lo posible, la reparación debe anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haberse cometido dicho acto. Restitución en especie, o si ello no es posible, pago de una suma equivalente al valor que tendría la restitución en especie, otorgamiento de ser necesario, de una indemnización por los daños sufridos que no hayan sido reparados por la restitución en especie o por el pago en efectivo: tales son los principios que deben servir para determinar el monto de una indemnización por un acto contrario al derecho internacional”<sup>955</sup>

El pleito “ante el órgano jurisdiccional del SADH culmina con el dictado de una sentencia declarativa de responsabilidad internacional, la cual debe ser acatada por el Estado condenado desde el momento de su notificación, por ser esta definitiva e inapelable.”<sup>956</sup>

Afirma Rousset, que “No es posible abordar lo relativo a las reparaciones por violaciones a los derechos humanos únicamente desde la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), sino que requiere tomar en cuenta el Protocolo de Establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“el Protocolo”) y su reglamento y abordar principalmente sus fallos, mediante los cuales ha ido definiendo importantes cualidades en materia de reparaciones.”<sup>957</sup>

---

<sup>953</sup> Rousset, Andrés, “Capítulo XIV. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”, en *Vulneraciones a los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2020, p. 559.

<sup>954</sup> *Ibidem*.

<sup>955</sup> *Ibidem*, p. 560.

<sup>956</sup> *Ibidem*.

<sup>957</sup> *Ibidem*, pp. 560-561.

En esta dirección, “la Corte ADHP ha dicho que la reparación en particular debe incluir la restitución, compensación y rehabilitación de la víctima y las medidas de no repetición de las violaciones, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso. Como se advierte, por medio de sus fallos la Corte Africana avanza paulatinamente en la determinación del alcance y el contenido de la reparación integral regulada en el art. 27 del Protocolo.”<sup>958</sup>

### **25.3.2.1. Indemnización compensatoria.**

Rousset explica que “tomando como base los Principios de Naciones Unidas, podemos señalar que la indemnización ha de concederse, de manera apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos (principio 20).”<sup>959</sup>

La Corte Africana “ha ordenado en sus fallos el pago de indemnizaciones tanto por daño material como por daño inmaterial.”<sup>960</sup>

Nos dice Rousset, que “En el primer supuesto ha sido estricta respecto de la justificación de las sumas requeridas por las víctimas, señalando aquellos casos en los que consideró que las indemnizaciones solicitadas se encontraban “excesivamente infladas”, aunque adoptando un criterio de equidad para la determinación del monto de la indemnización a ordenar en la sentencia. No obstante, con igual rigidez ha rechazado otros reclamos específicos, tales como aquellos relacionados con la adquisición de nuevo equipamiento aducido por la víctima, como consecuencia de la suspensión del periódico que dirigía en Burkina Faso, por considerar que no existe vínculo con la violación alegada y declarada.”<sup>961</sup>

En otros procesos “ha considerado como daño material los gastos incurridos en el litigio interno, así como también en el procedimiento ante los órganos de protección del sistema africano, pero reduciendo -con base en el criterio adoptado- los montos solicitados por los beneficiarios.”<sup>962</sup>

---

<sup>958</sup> *Ibidem*, p. 562.

<sup>959</sup> *Ibidem*, p. 568.

<sup>960</sup> *Ibidem*.

<sup>961</sup> *Ibidem*.

<sup>962</sup> *Ibidem*.

Asimismo, “en otro extremo, en el caso “Mitkila vs. Tanzania”, el tribunal no tuvo por acreditada la relación de causalidad entre la violación alegada y el daño material reclamado, razón por la que no hizo lugar a lo solicitado por el peticionario.”.<sup>963</sup>

Rousset afirma que “Igual temperamento asume en lo que respecta al daño inmaterial. Así, en el caso “Armand Guehi vs. United Republic of Tanzania” rechazó el pedido de la víctima de resarcimiento por daño moral como consecuencia del sufrimiento que le generaba estar en prisión. En tal sentido, la Corte ADHP señaló que la determinación de responsabilidad no recayó sobre la legitimidad de la condena, razón por la cual los padecimientos que ella generaba en Guehi eran consecuencia de la privación de libertad que sobre él pesaba.”.<sup>964</sup>

Respecto “al daño inmaterial, a diferencia del supuesto anterior, ha fijado en equidad las sumas correspondientes en aquellos casos donde o bien no se acreditó su cuantía o se consideró que la suma reclamada es excesiva.”.<sup>965</sup>

Señala Rousset, que “En caso de que el reclamo por daño inmaterial recaiga sobre los daños padecidos por familiares y amigos, la Corte Africana ha sido enfática en sostener que la victimización tiene que ser probada. Una cuestión interesante se planteó en el caso “Zongo vs. Burkina Faso”, donde los peticionarios solicitaron indemnizaciones por daño moral por el perjuicio que les había causado la falta de investigación de la muerte de Norbert Zongo y sus tres acompañantes. Allí se reclamaron diversos montos para el grupo familiar de cada una de las cuatro víctimas, lo que generó la oposición del Estado, por entender que muchas de ellas (p.ej., los hermanos) no podían ser considerados -según la ley interna- como legitimados para el cobro de indemnizaciones por daño moral. Ello llevó a que la Corte Africana tuviese que analizar el concepto y alcance de “víctima”, tomando en consideración -entre otros elementos- la jurisprudencia de la Corte IDH, que sostiene un concepto amplio de familiares como beneficiarios. No obstante, el tribunal africano optó por determinar como beneficiarios solo a los ascendientes, descendientes y cónyuges, solicitando asimismo la presentación de la documentación que respaldara el vínculo a efectos del cobro de los montos ordenados.”.<sup>966</sup>

En último lugar nos dice Rousset, “cabe señalar que la Corte Africana, como regla, fija los montos indemnizatorios en moneda local, señalando que la adjudicación del monto reparatorio debe hacerse conforme con el tipo de cambio en que se incurrió en la

---

<sup>963</sup> *Ibidem*.

<sup>964</sup> *Ibidem*, p. 569.

<sup>965</sup> *Ibidem*.

<sup>966</sup> *Ibidem*, pp. 569-570.

pérdida. Esta situación fue desarrollada en el caso “Luden Ikili Rashidi vs. United Republic of Tanzania”, donde el reclamante solicitó sumas por daño material e inmaterial, en tres ocasiones y con tres tipos de moneda diferente (primero en chelines tanzanos, luego en francos burundés y finalmente en dólares estadounidenses), señalando que la determinación del tipo de cambio en que se deben pagar las indemnizaciones debe meritarse en el caso concreto, compatibilizando la equidad con el hecho de no hacer recaer sobre la víctimas las fluctuaciones del cambio típico de las actividades financieras, pero partiendo del principio de que la adjudicación del monto reparatorio debe hacerse conforme con la moneda en que se incurrió en la pérdida. No obstante, en determinados casos la Corte ADHP ha hecho lugar a reclamos en dólares estadounidenses, apartándose del criterio antes expuesto.”<sup>967</sup>

#### **25.3.1.2. El fallo “Los pueblos indígenas ogiek c. Kenia”.**

Señala Rousset, que “es importante destacar que en su 45a sesión, llevada a cabo el 26/5/2017, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos -que funciona en Arusha- votó a favor de los pueblos indígenas ogiek en su litigio contra el gobierno keniano, por continuas violaciones y negación de su derecho a la tierra. La Corte decidió, luego de un proceso de ocho años, que el gobierno de Kenia violó siete artículos de la CADHP. Se trata de la primera ocasión en que la Corte Africana ha sentenciado en un caso sobre derechos de los pueblos indígenas, y es -por lejos- el caso más grande que se haya presentado ante ella. Originalmente fue presentado ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, pero fue derivada a la Corte ADHP, por primera vez en la historia, con base en que evidencia graves y masivas violaciones a los derechos humanos.”<sup>968</sup>

El día 18 de julio de 2022, el experto -Francisco Calí Tzay- “de las Naciones Unidas aplaudió [la] decisión de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que otorga reparaciones a los pueblos indígenas ogiek por los perjuicios recibidos a causa de las injusticias y la discriminación. Este histórico fallo sobre las reparaciones llega tras una decisión no menos histórica de la Corte dictada el 26 de mayo de 2017, en virtud de la cual se declaró que el gobierno de Kenya había vulnerado el derecho a la vida, la

---

<sup>967</sup> *Ibidem*, p. 570.

<sup>968</sup> *Ibidem*, p. 561.

propiedad, los recursos naturales, el desarrollo, la religión y la cultura de los ogiek, con arreglo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.”.<sup>969</sup>

Afirma Francisco Calí Tzay, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que “Este juicio y la asignación de reparaciones marcan otro paso importante en la lucha de los ogiek por el reconocimiento y la protección de sus derechos a las tierras ancestrales del Bosque Mau y la aplicación del fallo de 2017 dictado por la Corte Africana”.<sup>970</sup>

La Corte Africana, “ordenó al gobierno de Kenya que pagara una compensación de 57.850.000 KES (chelines kenyanos) por perjuicios materiales relacionados con la pérdida de propiedades y recursos naturales, y otros 100.000.000 KES por los perjuicios morales padecidos por los ogiek, debido a las vulneraciones de sus derechos a la no discriminación, la práctica de su religión, la cultura y el desarrollo.”.<sup>971</sup>

Asimismo, “la Corte otorgó reparaciones no pecuniarias, entre otras la restitución de las tierras ancestrales de los ogiek y el pleno reconocimiento de su condición de pueblos indígenas. En particular, la Corte exigió al gobierno de Kenya que inicie la delimitación, demarcación y extensión de títulos de propiedad a fin de proteger los derechos de los ogiek relativos a la ocupación, el uso y el disfrute del Bosque Mau y de sus recursos.”.<sup>972</sup>

El máximo “tribunal también ordenó al gobierno que adoptara las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para reconocer, respetar y proteger el derecho de los ogiek a ser consultados sobre el desarrollo, la conservación y los proyectos de inversión en sus tierras ancestrales. Según estipula el fallo, los ogiek deben tener derecho a conceder o negar su consentimiento libre e informado a estos proyectos, a fin de reducir al mínimo los daños a su supervivencia.”.<sup>973</sup>

Vale tener presente, que “el Relator Especial aportó su testimonio a la Corte en calidad de experto en este caso histórico, basado en el compromiso de larga data

---

<sup>969</sup><https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/07/kenya-un-expert-hails-historic-ruling-awarding-reparations-ogiek-indigenous> [28/08/2023]

<sup>970</sup> *Ibidem.*

<sup>971</sup> *Ibidem.*

<sup>972</sup> *Ibidem.*

<sup>973</sup> *Ibidem.*

contraído por su mandato con la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas ogiek.”.<sup>974</sup>

Al respecto, dicho relator dijo “Aplaudo este fallo sin precedentes relativo a las reparaciones y reconozco que la decisión del tribunal envía una señal enérgica en lo tocante a la protección de los derechos a la tierra y la cultura de los ogiek en Kenya, y de todos los pueblos indígenas de África y del mundo entero”, afirmó Calí Tzay. ... instó al gobierno de Kenya a que respete la decisión de la Corte y proceda a aplicar sin dilación el dictamen y el fallo de 2017.”.<sup>975</sup>

### **25.3.2. Mirada crítica al Sistema Africano.**

Rousset afirma, que “Luego de una década desde las primeras sentencias de la Corte Africana de las que se tiene registro, el avance en el estudio de casos y declaración de responsabilidad (superando la primera etapa de fallos, donde no se avanzaba por problemas de admisibilidad) es alentador. A ello cabe agregar el desarrollo en materia de reparaciones individuales y colectivas, que han superado la clásica dicotomía entre restitución e indemnización compensatoria y han avanzado hacia una concepción integral. Sin perjuicio de la competencia del tribunal para fijar medidas de reparación con un criterio metodológico propio, que se evidencia, por ejemplo, en la orden de medidas de satisfacción -como la publicación de la sentencia-, pero comprendidos en la órbita de aquellas que tienden a la no repetición (donde también se ha ubicado al deber de investigar los hechos y determinar a los responsables), sería deseable incluir medidas que aún no han tenido desarrollo, como es el caso de la rehabilitación de las víctimas y sus familias. Incluso, frente a estos avances, la Corte Africana enfrentará pronto el desafío mayor de los sistemas de protección de derechos humanos: el relativo al cumplimiento de lo ordenado por ella. Sin duda este último desafío -compartido con los otros sistemas regionales de protección de derechos humanos- es el que mayor atención y estudio merece, atento a que solo así se puede avanzar hacia la realización efectiva del valor justicia por medio del cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas.”.<sup>976</sup>

Por su parte, Lakarra Etxebarria, manifiesta que “Por el momento el sistema africano de protección de derechos humanos ha probado ser insuficiente para afrontar las continuas violaciones que padece el continente. No obstante, cuestiones como la inclusión tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos políticos, socioeconómicos y

---

<sup>974</sup> *Ibidem.*

<sup>975</sup> *Ibidem.*

<sup>976</sup> Rousset, Andrés, “Capítulo XIV... *Op. Cit.*, pp. 574-575.

culturales en un mismo texto, como la Carta Africana, supusieron un gran avance. La adopción de este instrumento representó un intento formal y serio de dotar a los derechos humanos de una mayor protección y tras la creación de la Comisión Africana se comenzó a desarrollar la tutela de derechos humanos. Sin embargo, el cumplimiento de sus recomendaciones, sin carácter vinculante, es continuamente ignorado, tanto en el nivel estatal como en el institucional regional, lo que perpetúa la desprotección de las víctimas y fortalece la posición de los Estados. La deferencia a estos y la regla de no intervención en asuntos internos -una de las bases del propio sistema de la OUA- evitan, eventualmente, que la inaplicación de las recomendaciones tengan efectos reales y severos sobre los mandatarios responsables. La composición de la Comisión, además, la convierte en un órgano muy politizado, lo que mina su legitimidad y la confianza que la ciudadanía puede depositar en una instancia cuyo mandato no es otro que el de abogar y luchar por protegerla de violaciones y abusos cometidos desde el aparato estatal. El establecimiento de la Corte Africana, por su parte, con el objetivo de compensar y paliar los defectos que asolan a la Comisión ADHP, ha generado expectativas, pero los avances aún son muy escasos. Si bien es cierto que se trata del primer órgano jurisdiccional con capacidad de emitir sentencias vinculantes, muchas de las limitaciones existentes persisten ante este órgano. La competencia de ofrecer reparación es, por ahora, su rasgo más positivo y destacable, competencia que ya ha ejercido en algunas ocasiones mediante procedimientos más cercanos y sensibles a las víctimas. En adelante, su práctica en esta materia debería guiar la de la Comisión Africana hacia una mejora en la interpretación y aplicación de este derecho universalmente reconocido, pues hasta la fecha su jurisprudencia ha sido limitada e incapaz de proteger y resarcir debidamente a las víctimas.”<sup>977</sup>

En definitiva, nos dice la autora citada, que “Se trata, por lo tanto, de un sistema joven, incipiente y en constante evolución, que se nutre de la práctica y experiencia, tanto de otros modelos regionales como de los órganos de Naciones Unidas. Sin embargo, su viabilidad y futuro como mecanismo de salvaguarda de derechos humanos dependen, en gran medida, de la voluntad política de los Estados y de la eficacia que estos quieran darle a su modelo regional. En este sentido, la adopción de declaraciones, tratados o directrices no será suficiente. Solo una implicación e interés genuinos en el nivel político por abordar la protección de derechos humanos, mediante la

---

<sup>977</sup> Lakarra Etxebarria, Jone, “África. Capítulo XII. ... *Op. Cit.*, pp. 531-532.

adopción de mecanismos rigurosos y eficaces, y la apuesta por dotar de más recursos - tanto económicos como humanos- a este sistema, le permitirán blindar los derechos de la ciudadanía africana, que constituye el mandato para el que fue creado.”.<sup>978</sup>

#### **25.4. Árabe.**

El sistema árabe de derechos humanos nace en el marco de la Liga de los Estados Árabes (LEA), fundada en **1945** en El Cairo por los Estados de Egipto, Irak, Jordania, Líbano, Arabia Saudita, Siria y Yemen.<sup>979</sup>

El 22 de mayo de **2004** la LEA adopta la Carta Árabe sobre los Derechos Humanos (la “Carta” o la “Carta Árabe”) en el marco de su XXVI Cumbre en Túnez, que entró en vigor en marzo de 2008, después de que siete miembros de la Liga la ratificaran.<sup>980</sup>

Con anterioridad, en **1994**, se creó una primera versión de la Carta, la cual no pudo entrar en vigor debido a que no llegó a las siete ratificaciones necesarias para ello. Además, uno de los principales problemas que planteaba era la falta de mecanismos para dar cumplimiento a los derechos humanos.<sup>981</sup>

El preámbulo de la Carta sienta sus principios en la religión islámica y en el valor de la dignidad humana, esta última basada en la libertad, justicia y equidad de todas las personas.<sup>982</sup>

Además, los derechos que recoge se fundamentan en los principios de los diferentes instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos (Carta de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pactos Internacionales de Derechos Humanos y Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam).<sup>983</sup>

La jurista Zlata Drnas de Clément nos recuerda que “Se considera la más antigua organización regional internacional, creada el 22/3/1945. Sus Estados miembros son Arabia Saudita, Argelia, Baréin, Comoras, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Irak, Jordania, Kuwait, Líbano, Libia, Marruecos, Mauritania, Omán, Palestina, Catar, Siria (suspendida desde 2011), Somalia, Sudán, Túnez, Yemen y Yibuti. Es de tener en cuenta que, especialmente desde el inicio del siglo xxi, han crecido los elementos de desunión entre los Estados a causa de crisis político-institucionales en varios de ellos (*inter alia*, Irak,

---

<sup>978</sup> *Ibidem*, p. 532.

<sup>979</sup> <https://www.idhc.org/es/especiales/otros-sistemas/sistema-arabe-de-derechos-humanos.php> [30/08/2023]

<sup>980</sup> *Ibidem*.

<sup>981</sup> *Ibidem*.

<sup>982</sup> *Ibidem*.

<sup>983</sup> *Ibidem*.

Libia, Siria, Yemen). La Liga de los Estados Árabes es independiente de la Organización de la Conferencia Islámica. Esta última está conformada por cincuenta y siete Estados musulmanes y se guía por la Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam en materia de derechos humanos, en la medida en que sean compatibles con la sharía. Esta organización fue establecida en la cumbre de Rabat, en Marruecos, el 25/9/1969, como consecuencia del ataque a la mezquita de Al-Aqsa en Jerusalén.”.<sup>984</sup>

Recordemos, que “la **Carta Árabe** de 2004 ha sido **ratificada** por Argelia (2006), Bahrein (2006), Emiratos Árabes Unidos (2008), Irak (2013), Jordania (2004), Kuwait (2006), Líbano (2011), Libia (2006), Palestina (2007), Catar (2009), Arabia Saudita (2009), Siria (2007), Sudán (2013) y Yemen (2008). Egipto, Marruecos y Túnez han suscripto, pero no ratificado.”.<sup>985</sup>

Vale tener presente, que “En el nivel regional, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha ido incorporado lenta pero constantemente medidas de reparación en sus decisiones, a pesar de carecer de mandato explícito para ello. La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha señalado que, si ella considera que ha habido violación de derechos de un ser humano, es su deber indicar medidas apropiadas para remediar la situación, incluido el pago de justa indemnización o reparación. **Debe tenerse en cuenta que varios Estados de la LEA, partes en la CArDH, son a su vez partes del sistema africano de protección de los derechos humanos.** Cfr. Desmet, The UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation, “South African Journal on Human Rights”, vol. 24, n° 1, 2008, p. 71 y siguientes.”.<sup>986</sup>

Por su parte, “Shelton ha señalado que “el principio más común en todos los sistemas jurídicos es que quien ha obrado mal tiene la obligación de reparar el daño causado, lo que refleja el objetivo de la justicia compensatoria”.”.<sup>987</sup>

Según Drnas, respecto “a las reparaciones en el sistema regional y en los países árabes, no hay posibilidades en el sistema árabe de protección de los derechos humanos de obtener reparaciones como las existentes en los sistemas europeo, americano o africano, si se tiene en cuenta que ni la CArDH ni el estatuto de la Corte ArDH

---

<sup>984</sup> Drnas de Clément, Zlata, “Sistema Árabe de protección de los Derechos Humanos. Capítulo XV. Modelo Árabe de protección”, en *Vulneraciones a los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2020, p. 578.

<sup>985</sup> *Ibidem*, p. 579.

<sup>986</sup> *Ibidem*, p. 582.

<sup>987</sup> *Ibidem*, p. 602.

las contemplan, y que no hay siquiera referencia en esos instrumentos a las reparaciones en calidad de normas secundarias, perinormas, consecuencias emergentes de la violación de los derechos humanos por los Estados parte. Ello es comprensible si se tiene en cuenta que la *sharía* (ley islámica en sentido amplio), en general, se presupone que se concibió para garantizar el bienestar de la comunidad islámica como un todo (*umma*), en una situación en la que se presume que tanto el gobernante como los gobernados están movidos por el interés de cumplir la ley como mandato divino. Entre los países de la LEA se ha dado que, frente a graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos por parte de gobiernos (caso de Baréin), solo se intentara reparación “de gracia” mediante compensaciones<sup>66</sup>. En Baréin solo se conoció un caso de reparaciones por tortura.”.<sup>988</sup>

Por otro lado, nos dice la autora citada, que “es de destacar que en el derecho islámico se diferencian las reparaciones con base en la “condición de la víctima”. Así, distingue los casos en los que la víctima haya promovido, incentivado o participado en hechos ilícitos que han desencadenado la represión lícita, devenida en violatoria de derechos humanos (en los que -según el derecho islámico- corresponde una mera compensación monetaria por los excesos represivos y no la dignificación de la personalidad de la víctima), mientras que, en el caso de “manos limpias” de la víctima, la reparación conlleva, además, sanción contra el Estado violador (incluso retaliación), y la restauración de la personalidad de la víctima y su honor, entre otras reparaciones. Consideramos a este aspecto en cierto sentido positivo, a la hora de las reparaciones y su repercusión sobre la sociedad en su conjunto, y que, de generalizarse, sería un importante aporte del derecho islámico de los derechos humanos, que contribuiría a equilibrar algunos excesos -y falta de proporcionalidad- de ciertos tribunales en determinados casos sensibles (v.gr., caso del “Penal de Miguel Castro Castro vs. Perú”), que desencadenaron conflictos y crisis sociales, a más de provocar el incumplimiento de los fallos.”.<sup>989</sup>

Prosigue la autora, y nos dice: “Ello debido a que es necesario salir de una justicia transicional para establecer principios reparatorios de naturaleza general, que tomen en consideración a todo el conjunto humano en que esas medidas operan (especialmente, por tratarse de violaciones *erga omnes*). De ese modo, los desagravios y satisfacciones otorgados al damnificado *in capita* o a sus familiares colaborarán para construir los valores de una sociedad respetuosa del Estado de derecho y de la

---

<sup>988</sup> *Ibidem*, pp. 603-604.

<sup>989</sup> *Ibidem*, p. 620.

convivencia pacífica con visión integral, además de consolidar la coherencia del sistema jurídico concebido como un todo.”<sup>990</sup>

Según Zlata, refiere a que “Con visión realista, An-Na’im señala que, debido a que el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario se supone que son universales en su vigencia y aplicación, la doctrina de la reparación no debe limitarse solo a los principios de algunas tradiciones jurídicas, con exclusión de los demás. En cualquier caso, debe admitirse que no hay una sola tradición legal que pueda satisfacer plenamente las necesidades de reparación de los derechos humanos y el derecho humanitario en todo el planeta, debido -inter alia- a la incompatibilidad básica de los dos grandes tipos de sistemas jurídicos en materias tales como la jurisdicción y los principios generales de la responsabilidad. Si bien todas las grandes tradiciones jurídicas reconocen situaciones de daño y el derecho consecuente de la víctima a una indemnización (además de la pena para el autor, cuando los elementos de un delito se encuentran configurados), el alcance y los requisitos de estas doctrinas particulares de la responsabilidad y los recursos están determinados por una variedad de políticas, de percepciones filosóficas, de consideraciones religiosas, legales y otras, que le dan matices particulares. La naturaleza y la aplicación práctica de estas doctrinas son también afectadas por factores tales como el nivel de capacidad institucional, el desarrollo de las jurisdicciones en cuestión y las actitudes culturales o sociales a la hora de la rendición de cuentas y reparaciones.”<sup>991</sup>

#### **25.4.1. Mirada crítica al Sistema Árabe.**

Nos comenta Zlata Drnas, que “Tal como lo han señalado algunos juristas, las lagunas en el derecho árabe de protección de los derechos humanos, como también las dificultades e incompatibilidades entre derecho internacional de los derechos humanos y el derecho con raíces islámicas, podrían ir superándose mediante la aplicación del *masmahah*, el *maqasid-al-Shari’ah* y la doctrina o principio de “margen de apreciación”, ya contemplado este último en la jurisprudencia de otros tribunales regionales de derechos humanos.”<sup>992</sup>

No obstante, “por ahora, tal desarrollo solo podría darse en el escaso margen de acción que tendría la Corte Árabe -de entrar en vigor su estatuto-, pues el Comité ArDH carece de competencia interpretativa de la Carta Árabe en sentido formal. Pese a sus debilidades, el sistema muestra progresos estimulantes y abre expectativas a una mejor

---

<sup>990</sup> *Ibidem*, pp. 620-621.

<sup>991</sup> *Ibidem*, p. 621.

<sup>992</sup> *Ibidem*, pp. 621-622.

relación interestatal -como también internacional- en el complejo espectro del difícil equilibrio de valores sociales en el nivel planetario. Asimismo, motiva la reflexión sobre la necesidad de receptar los valores locales útiles para un desarrollo más justo, proporcional y equilibrado de la protección de los derechos humanos en general y, en particular, en el sistema árabe de las reparaciones.”.<sup>993</sup>

## **26. Prescripción y derecho de acceso a la jurisdicción no penal.**

Recordemos la importantísima investigación de Ramiro Riera, en donde nos explica, que “[d]esde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos el derecho sustantivo que se encuentra en juego con relación al instituto de la prescripción es el derecho de acceso a la jurisdicción.”.<sup>994</sup>

Al respecto, “[l]os instrumentos internacionales lo contemplan, habitualmente, bajo una doble denominación: como el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial o como el derecho a una protección judicial. El **PIDCP** lo estipula en su art. 14.1, mientras que la **CADH** lo hace en sus arts. 8.1 y 25.1, la **CEDH** en sus arts. 6.1 y 13, la **CArDH** en su art. 9º y la **CADHYP** en su art. 7.1.”.<sup>995</sup>

Señala Riera, que “[s]in perjuicio de que el derecho de acceso a la jurisdicción, esto es, el derecho de todas las personas humanas de presentar un pedido a las autoridades públicas con cargo de juez para que conozcan los hechos y la resuelvan mediante una sentencia, integra o, mejor, constituye, el primer eslabón de la garantía del debido proceso judicial, no por ello pierde su calidad de derecho relativo.”.<sup>996</sup>

Por lo tanto, nos dice nuestro autor citado, que “[l]e caben al derecho de acceso a la jurisdicción, entonces, las reglas generales en materia de restricción y limitación de derechos convencionales previstas por los propios instrumentos internacionales. En efecto, el art. 5.2 del **PIDCP** se refiere expresamente a la reglamentación de los derechos convencionales, a la vez que tanto el art. 30 de la **CADH** como el art. 18 de la **CEDH** prevén normas expresas que regulan la actividad del Estado respecto del ejercicio del poder de policía.”.<sup>997</sup>

Entonces, “[d]el conglomerado de estas disposiciones convencionales se extraen los principios de legalidad y razonabilidad que los Estados deben observar al momento de dictar normas que tengan por objeto restringir derechos convencionales. Del

---

<sup>993</sup> *Ibidem*, p. 622.

<sup>994</sup> Riera, Ramiro, “Sistemas...*Op. Cit.*, p. 228.

<sup>995</sup> *Ibidem*.

<sup>996</sup> *Ibidem*.

<sup>997</sup> *Ibidem*.

primero se deduce la calidad de la norma jurídica válida en tanto que debe revestir el carácter de ley en sentido formal, es decir, de norma jurídica de carácter general aprobada por el órgano parlamentario de conformidad con los procedimientos constitucionales. Del segundo, por su parte, se deriva que la relación entre el derecho convencional y su reglamentación no puede redundar en una desproporción tal que desnaturalice o suprima su alcance, lo que implica un examen material entre medio elegido y fin buscado.”.<sup>998</sup>

En consecuencia, para Riera “[t]odas estas consideraciones son pertinentes para encuadrar la relación entre derecho de acceso a la jurisdicción e instituto de la prescripción de la acción. La jurisprudencia internacional es conteste respecto de la caracterización de la prescripción como un obstáculo al ejercicio de la acción. La acción, en definitiva, no es más que un *nomen juris* que traduce en lenguaje procesal el derecho sustantivo base que es el acceso a la jurisdicción. En la medida que la prescripción representa un obstáculo para su ejercicio, se convierte entonces en una restricción. Así, la regulación de la prescripción de la acción implica una limitación al disfrute del derecho de acceso a la jurisdicción (derecho de ser oído o derecho de protección judicial) que debe respetar los principios de legalidad y razonabilidad ya mencionados.”.<sup>999</sup>

## **27. Conclusiones previas.**

En éste apartado daremos nuestras conclusiones previas sobre el capítulo 7, a saber:

De la indagación histórica que hemos realizado sobre la prescripción civil en el ámbito internacional, nos ha mostrado una ausencia de consenso universal para apoyar la idea de la existencia de aquella prescripción como una regla o principio del derecho natural y de gentes o del derecho internacional.

Por otro parte, pudimos abordar el rol central que tuvo la justicia transicional en la consolidación de los sistemas democráticos, en la medida que implicó una clara política contra la impunidad de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos consumadas durante los regímenes represivos y también de reparación de los derechos de las víctimas.

Asimismo, analizamos el valor *Justicia* en su forma retributiva y conmutativa, vinculada a los delitos de lesa humanidad, pudiendo observar que en el régimen jurídico de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos, la justicia retributiva se encuentra articulada sobre la base del instituto de los delitos de lesa humanidad y del

---

<sup>998</sup> *Ibidem*, pp. 228-229.

<sup>999</sup> *Ibidem*, p. 229.

derecho internacional penal, lo que incluye los órganos jurisdiccionales de carácter internacional con competencia penal como la propia CIP o los tribunales internacionalizados en el marco de las Naciones Unidas.

Por su parte, vimos que la justicia conmutativa de las violaciones a los derechos humanos se encuentra, en cambio, en el dominio propio del derecho internacional de los derechos humanos y de los órganos universales y regionales, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, con competencia para declarar responsabilidades internacionales de los Estados. La restitución de la posición social se desprende, en este sentido, de las reparaciones que los órganos internacionales disponen en caso de verificar la responsabilidad internacional del Estado.

En definitiva, tanto en materia retributiva como en materia conmutativa, el instituto de la prescripción ve descalificado o atenuado su alcance en los casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Por otra parte, hemos explorado el Sistema Universal de protección de Derechos Humanos, a fin de conocer los antecedentes y posturas sobre el instituto de la prescripción civil y reparación de daños, lo que nos llevó no solo a indagar sobre los informes para la ONU realizados por parte de los relatores especialistas de la materia, sino también a conocer la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) y de la Corte Penal Internacional (CPI) sobre la materia en cuestión.

De los informes realizados por los relatores de Naciones Unidas sobre la prescripción de las acciones civiles por reparaciones de daños provocados por la comisión de delitos contra la humanidad, surge que el instituto de la prescripción ve inhabilitado o menguado su alcance en los casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Es decir, entendemos que para los relatores van Boven, Joinet y Bassiouni, la imprescriptibilidad de las acciones civiles referidas, no deberían ser rechazadas o cuestionadas.

También vimos que el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) ha dirimido la cuestión en la causa “Jurisdictional immunities of the State: Germany vs. Italy (Greece intervening)”, estableciendo que los Tribunales de un Estado distinto del que causó el daño no pueden conocer de estos litigios, pues quedan protegidos por la inmunidad de jurisdicción.

Ante ello, puede concluirse parafraseando a Cebrián Salvat que, ante el panorama expuesto, solamente queda la opción de seguir cuestionando la decisión del (TIJ), es decir, seguir bregando por bajar los límites de la inmunidad para dejar paso a las

reclamaciones privadas, a fin de poder demandar ante los Tribunales del Estado que causó el daño.

Avanzando en el análisis del capítulo 7, no perdimos de vista que la adopción del Estatuto de Roma en 1998, por el que se instituyó la Corte Penal Internacional (CPI), consolidó una nueva rama del derecho internacional público: el derecho internacional penal.

Además, dicha Corte constituye la primera instancia jurisdiccional penal internacional, de carácter permanente, para juzgar personas físicas responsables de graves violaciones al derecho internacional.

Otro de los datos destacados que detectamos, fue que ninguno de los estatutos de las cortes que precedieron a la (CPI) les otorgaba a sus respectivos tribunales el poder de ordenar reparación alguna a las víctimas, ni tampoco contaban con un ente reparativo como el fondo fiduciario.

Claramente, se trata de un avance positivo del Estatuto de Roma respecto de los estatutos de los tribunales precursores, puesto que es el primero en el ámbito del derecho internacional que otorga a las víctimas el derecho de reparación.

Recordemos también, que la (CPI) dio un paso más, al admitir que el derecho de las víctimas a la reparación es un derecho humano, tal como surge de su jurisprudencia.

En este capítulo 7, también transitamos por los Sistemas Regionales de protección de Derechos Humanos, tales como el americano, europeo, africano y árabe.

Empezando por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), luego de haberlo analizado, nos permite hacer una inmediata conclusión al respecto.

Que, en materia de reparación de los daños derivados de delitos de lesa humanidad, la Corte Interamericana, en el caso “Órdenes Guerra”, ha fijado ciertos estándares.

Uno de ellos, es que la acción civil resarcitoria derivada de tales delitos es también imprescriptible. Otra pauta, es que los programas administrativos de reparación pueden ser distintos o complementarios a una reparación judicial, pero no pueden suponer un obstáculo para acceder a la revisión del caso ante un tribunal.

Por su parte, Comisión IDH, igualmente reconoce que la reparación íntegra de los daños sufridos por violaciones a los derechos humanos es un principio del derecho internacional público, tal como surge de la primera solución amistosa en el caso “Birt” o del “Informe N° 56/19” que también hemos comentado.

Asimismo, podemos ir concluyendo, que de todos los Sistemas Regionales aludidos, en el único que se trató concretamente la procedencia o no de la prescripción de la acción civil resarcitoria por los daños provocados por delitos de lesa humanidad, fue en el Sistema Americano, ya que en los demás sistemas, la cuestión litigiosa giró en torno al debate sobre la inmunidad de los Estados o sobre procedencia de las indemnizaciones y su alcance o sobre la legitimación activa o pasiva en dichos procesos de demandas por reparaciones de daños a víctimas de graves ilícitos internacionales.

Entonces, resulta oportuno parafrasear a Contreras Ramírez, diciendo que a lo largo de la presente tesis se ha venido exponiendo lo dificultoso que ha sido para las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario ser auténticamente reconocidas respecto a sus demandas de reparación de daños.

En consecuencia, mirando el interior de éste capítulo abordado, y teniendo en cuenta a los autores citados, podemos concluir lo siguiente, a saber: Que el instituto de la prescripción ha proyectado su alcance al derecho internacional actual. Que la prescripción en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) constituye una restricción al derecho de acceso a la jurisdicción. Que la prescripción tiene su alcance sobre la acción o sobre la pena.

## Conclusión

El objetivo principal de la presente tesis fue dar una respuesta al problema científico descrito en el punto II., es decir, brindar una contestación a la pregunta: *¿Son prescriptibles las acciones civiles por daños derivados de delitos de lesa humanidad?*

Para obtener esa respuesta, primero será necesario abordar y constatar los objetivos secundarios de la presente investigación.

En consecuencia, una vez verificados los objetivos secundarios aludidos, podremos confirmar o no la hipótesis planteada en ésta tesis.

Ahora bien. En el Capítulo 1, logramos cumplir con el *objetivo secundario i.*, por cuanto hemos podido analizar el concepto de los *Derechos Humanos* desde diversas perspectivas iusfilosóficas, para así comprender y demostrar la importancia de la fundamentación de dicho concepto frente a la comisión de los Delitos de Lesa Humanidad y sus consecuencias.

En el Capítulo 3, conseguimos cumplir con el *objetivo secundario ii.*, ya que hemos podido estudiar el concepto y surgimiento de los *Delitos de Lesa Humanidad*, indagando sus antecedentes, lo que nos permitió evidenciar su bien tutelado: la Humanidad. Por lo tanto, para lograr la referida comprensión de la esencia y la existencia de los delitos aludidos, fue imprescindible recuperar su historia, examinando sus orígenes y desarrollo, es decir, nos tuvimos que remontar al Derecho Natural, al Derecho de Gentes y al *Ius Cogens*.

En el Capítulo 4, cumplimos con el *objetivo secundario iii.*, por cuanto pudimos conocer los distintos enfoques o explicaciones sobre el concepto del 'Mal' a lo largo de la historia universal.

Con ello supimos que existían dos explicaciones generales sobre el 'Mal', la primera que llega hasta el siglo XIX, y la segunda que abarca los siglos XX y XXI. En Santo Tomás de Aquino y en Kant tuvimos una referencia abarcadora sobre las explicaciones centrales del 'Mal' del periodo que llega hasta el siglo XIX, es por ello que entendimos que dichos filósofos son los que sobresalen en esa etapa referida a la temática en cuestión.

Luego, conocimos las explicaciones sobre el 'Mal' de parte de las propias víctimas del nazismo, como Primo Levi, Jean Améry, entre otras personas, que demostraron un quiebre o abismo total respecto a la concepción anterior de la maldad.

Asimismo, vimos los diversos análisis sobre las modalidades del 'Mal', y con ello supimos que esa maldad de los siglos XX y XXI al fin tenía nombre. Entonces, fue con Arendt -influenciada por Kant- que nos enteramos que su nombre era 'Mal radical', y que estábamos frente a un delito extraordinario ('Mal radical'), como asimismo ante un delincuente extraordinario ('La banalidad del Mal').

Con Nino comprendimos que "las violaciones masivas de derechos humanos suponen el mal absoluto o lo que Kant denominó "mal radical".

En consecuencia, entendimos que la maldad del siglo XX y XXI llamada 'Mal radical o absoluto', es sinónimo de los Delitos de Lesa Humanidad.

Finalmente, y confirmando lo señalado oportunamente en el acápite de *objetivos secundarios iii.*, cuando decíamos que nuestro fin era analizar el concepto del 'Mal' desde distintas visiones para así comprender y demostrar la dimensión, gravedad y excepcionalidad de los "daños" producidos por los Delitos de Lesa Humanidad, pensamos que esa comprensión y demostración ha sido lograda.

En los Capítulos 5, 6 y 7, particularmente en sus puntos 15.3., 18.5.4., 21.1.1. y 24.1., de la presente investigación, logramos cumplir con el *objetivo secundario iv.*, ya que alcanzamos a demostrar la interconexión y dependencia del concepto de *Seguridad Jurídica* frente al concepto de los Derechos Humanos y al valor *Justicia*

En los Capítulos 2, 5, 6 y 7 de la presente tesis, obtuvimos el cumplimiento del *objetivo secundario v.*, por cuanto hemos demostrado que las *reparaciones administrativas* pueden ser distintas o complementarias a una indemnización judicial, y no pueden constituirse en un impedimento para acceder a la consideración del caso por ante un organismo judicial, por cuanto las reparaciones de los daños sufridos por la perpetración de delitos de lesa humanidad son un principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Finalmente, en los Capítulos 2, 5, 6 y 7 de la presente tesis, conseguimos el cumplimiento del *objetivo secundario vi.*, por cuanto hemos demostrado en qué caso concreto se configuraría la responsabilidad internacional de los *Estados* u *organizaciones internacionales* o de los *individuos* en materia de graves violaciones a los derechos humanos frente a la demanda del acceso a la justicia reparatoria.

Luego de haber verificado el cumplimiento de los objetivos secundarios, pasaremos de inmediato a tratar el objeto principal de la presente tesis, a saber:

En primer lugar, debemos tener presente, que estamos hablando -nada más y nada menos- de daños provocados por delitos de lesa humanidad, es decir, por el Mal

radical o absoluto. Este dato no puede ser obviado para comprender la improcedencia de la prescripción de la acción civil aludida.

A propósito de ello, recordamos junto a Céspedes Muñoz que, atendida la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad, no se aprecian razones para dejar a los ofendidos solos con su sufrimiento: se impone, en consecuencia, el deber de reparar. Es decir, se protege a la parte más débil: la víctima de tales delitos.

Por lo tanto, para dar respuesta al problema científico mencionado, también debemos tener presente que las perspectivas iusfilosóficas no positivistas son las que nos han posibilitado comprender con absoluta claridad la injusticia de sostener la prescripción de la acción civil resarcitoria referida.

Nuestra investigación confirma que, en materia de delitos de lesa humanidad, probada la autoría y responsabilidad de agentes estatales en sentido amplio, retornando el Estado de Derecho no resulta éticamente tolerable, ni jurídicamente procedente, privar de compensación a quienes soportaron gravísimos daños morales, psíquicos, espirituales y también patrimoniales.

También surge de nuestro estudio, que el argumento falaz de la disponibilidad y renunciabilidad de la acción resarcitoria, que nos viene dado desde los tiempos del precedente de la CSJN en “Olivares”; por cuanto, quien ha sido víctima puede optar por no reclamar una reparación si así lo desea, pero ello no implica que las autoridades u otros particulares puedan escudarse, sin más, en el régimen legal de la prescripción si sucede lo contrario, sin considerar antes si efectivamente la reparación ha sido satisfecha en plenitud.

Además, conforme surge de la doctrina y jurisprudencia citada en esta investigación, no se puede dejar de advertir, que la acción penal y la civil derivan de un mismo hecho, un crimen internacional, y reconocida la imprescriptibilidad de la acción penal, sería inadmisibles sostener que la acción civil prescribiera.

De las afirmaciones doctrinarias obrantes en la tesis, se acredita con toda claridad que no puede predicarse la seguridad jurídica cuando ésta sustenta resultados injustos y contrarios a los derechos humanos de las víctimas, por cuanto sabemos, que la prescripción civil es utilizada cuando la relación se sustenta en la igualdad contractual de las partes (como la celebración de un contrato de compraventa o la locación de un inmueble), y no, como en estos casos, cuando estamos frente a casos de delitos contra la humanidad.

Entonces, rechazamos la prescripción referida, basándonos entre otros elementos que constan en nuestra investigación, como por ejemplo: la Doctrina nacional (tesis positiva), Derecho comparado (doctrina y jurisprudencia chilena), informes de los relatores de Naciones Unidas mencionados, los votos minoritarios en los fallos de la CSJN analizados (“Villamil” e “Ingenieros”), los fundamentos de la Ley 27.586 (reforma del CCyCN), las respuestas dadas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos SIDH (“Birt” y “Ordenes Guerra”), las respuestas brindadas por el Sistema Europeo de protección de Derechos Humanos (jurisprudencia de la Corte EDH citada), entre otros antecedentes obrantes en esta tesis.

En base a toda la investigación realizada, no puede sostenerse jurídica ni moralmente la prescripción de la acción civil referida, sin vulnerar el principio de la reparación integral o del principio *pro homine*, que en materia de responsabilidad extracontractual se denomina *pro damnato o favor victimae*.

En el Derecho comparado, especialmente, en el chileno pudimos constatar la injusticia de pretender hacer valer la prescripción aludida, tal como lo señalara el jurista Aguilar Cavallo, cuando nos menciona el falso argumento de la seguridad jurídica o cuando tiene presente el principio de coherencia o enfoque centrado en las víctimas y en la humanidad junto al principio finalista, que debe tenerse en cuenta a la hora de rechazar la prescripción de dicha acción civil.

A propósito de ello, que la persecución de los delitos de lesa humanidad tiene un fin preventivo, uno sancionador y uno “reparador”, frente a los cuales, si acaece la prescripción civil, no permitirá que se cumplan debidamente los referidos fines.

De nuestra investigación, surgen afirmaciones de la doctrina o jurisprudencia citada, como estas, por ejemplo: *La prescripción no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandable; Los daños y perjuicios provocados por delitos de lesa humanidad no son meros intereses personales, sino son de un claro interés comunitario en juego, y tampoco son materia disponible y renunciable, por cuanto los derechos humanos son irrenunciables; La seguridad jurídica no se garantiza con la prescripción de la acción civil resarcitoria por daños provocados por los delitos contra la humanidad; etc.*

Para ir terminando, y, en base al material investigativo recolectado, también concluimos, que el tema de la prescripción de la reparación en los delitos de lesa humanidad tiene que ser estudiado a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de los tratados que lo regulan, como asimismo, por la filosofía del derecho no positivista, porque desde la fría vertiente del derecho civil y del derecho penal común no

cabe duda que, por regla, las cuestiones en general prescriben por el transcurso del tiempo, tanto las acciones, como las reparaciones y las penas, por razones de seguridad jurídica.

En consecuencia, conforme a toda la investigación realizada, podemos concluir, que hemos logrado demostrar la existencia de “la equiparación de las consecuencias penales y no penales en materia de prescripción”.

Dicha equiparación, nos permitirá hablar de la aparición de una nueva Teoría de la Ciencia Jurídica que brindará una respuesta concreta al Problema Científico mencionado en el acápite II. de la Introducción de la presente tesis.

Es por ello, que hemos dado respuesta al objetivo principal de la tesis, concluyendo que: No son prescriptibles las acciones civiles por daños derivados de delitos de lesa humanidad.

Finalmente, se ha confirmado la hipótesis de la tesis, en cuanto se afirmó que las acciones civiles resarcitorias por daños causados por delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.

Guillermo Andrés Díaz Martínez

Registro: 041740356

DNI N° 25.453.398

Catamarca

dmguillo@hotmail.com

## Bibliografía consultada

- Afarian, Jorge, “La nueva modificación del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad. Un recorrido por las recientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *La Ley*, 13/04/2021, Cita: TR LALEY AR/DOC/588/2021.
- Afarian, Jorge, “Imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias conexas a crímenes de lesa humanidad”, en *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, Buenos Aires, Número 3, 2016.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, año 14 n° 2, Talca, Chile: Universidad de Talca, 2008.
- Amaya, Jorge A., “La seducción política del derecho”, en *La Ley*, Cita: TR LALEY AR/DOC/4788/2012.
- Alberdi, Juan B., *El Crimen de la Guerra*, La Plata, Terramar, 2007.
- Alexy, Robert, “¿Derechos Humanos sin Metafísica?”, en *Doxa*, Alicante, 2007, número 30.
- Atienza, Manuel, *Marx y los Derechos Humanos*, Lima, Palestra Editores, 2018.
- Avila Ricci, Martín, “*Terrorismo de Estado en Salta*” 1975-1983, *Memorias de los Juicios de Lesa Humanidad*, San Miguel de Tucumán, Bibliotex, 2017.
- Améry, Jean, *Más allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, Editor digital Titivillus, 2017.
- Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Editor digital: Titivillus ePub base r1.2, 1951.
- Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, Buenos Aires, Debolsillo, 2019.
- Arendt, Hannah, *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires, 2019.
- Arendt, Hannah; Fest, Joachin, *Eichmann war von empörender Dummheit. Gespräche und Briefe*, Piper, München, 2013.
- Beuchot, Mauricio, *Derechos Humanos, Iuspositivismo y Iusnaturalismo*, México, UNAM, 1995.
- Bobbio, Norberto, “Los dioses que han caído. Algunas preguntas sobre el problema del Mal”, en *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, Ediciones Temas de Hoy, España, 1997.
- Botassi, Carlos A., “Lesas humanidad, responsabilidad civil del Estado y prescripción”, en *La Ley*, Buenos Aires, C, 2013, Cita Online: AR/DOC/1397/2013.
- Borges, Jorge L., “Everness”, en *Obra poética*, Buenos Aires, Sudamericana, 2011.
- Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2020.
- Cançado Trindade, Antonio A., *Los tribunales internacionales contemporáneos y la humanización del derecho internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.
- Carpio, Adolfo P., *Principios de filosofía: una introducción a su problemática*, Paidós, Buenos Aires, 2019.
- Carnelutti, Francesco, *Teoría del falso y El daño y el delito*, Buenos Aires, Librería El Foro, 2004.

- Cebrián Salvat, María A., “Daños causados por un estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2.
- Céspedes Muñoz, Carlos, “Imprescriptibilidad de la acción civil derivada de la comisión de crímenes de lesa humanidad”. *Sentencia Excma. Corte Suprema de 08 de abril de 2010*, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales* Nº 16 (131-150), 2011, Universidad San Sebastián (Chile), ISSN 0718-302X, pp. 146-147.
- Chaparro, Andrea, “Pleno de la Corte Suprema dicta por primera vez fallo sobre aspecto civil en caso de derechos humanos”, en *El Mercurio*, Chile, 22/01/2013.
- Chávez, Claudio y Magoja, Eduardo, “Los Derechos Humanos como contrapoder inmanente de las minorías”, en *Revista Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Ediciones Infojus, Año II, Nº 3, 2013.
- “Código Iberoamericano de Ética Judicial”, CABA, Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2018.
- Comanducci, Paolo, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Núm. 3, octubre, 1995, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.
- Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. Secretaria de Derechos Humanos de la Nación (CONADEP), *Nunca más: informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Eudeba, Buenos Aires, 2007.

- CIDH, *Compendio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Verdad, Memoria, Justicia y Reparación en Contextos Transicionales. Estándares Interamericanos*, OEA, EA/Ser.L/V/II. Doc. 121, 2021.
- Contreras Ramírez, José L., *La responsabilidad civil como reparación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos en el marco de la jurisdicción universal*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 209, Tesis Doctoral: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21494> [capturado 7-09-2023]
- Croxatto, Guido L., “Buscando un nuevo “piso” para el derecho. El Giro de Gustav Radbruch en la filosofía alemana: de los campos de exterminio alemanes al abandono del positivismo jurídico. Constitucionalismo y democracia. De la tensión al falso dilema.”, en *Argumentación, derechos humanos y justicia*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- Croxatto, Guido, “Poner las manos en el fuego”, en *Página 12*, Buenos Aires, 9/04/2012.
- Croxatto, Guido, “Democracia y derecho”, en *Página 12*, Buenos Aires, 26-11-2013.
- D’Alessio, Andrés J., *Los delitos de lesa humanidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- De Dienheim Barriguete, Cuanhtémoc M., *Constitucionalismo universal: la internalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- Dei, H. Daniel, *La tesis: Cómo orientarse en su elaboración*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2011.
- De Santo, Víctor, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*, 20XII Grupo Editorial, 2012.
- Díaz, Carlos A., *La imprescriptibilidad Penal y Resarcitoria de los Crimines de Lesa Humanidad*, Librería de la Paz, 2006.
- Documento “Saber y Poder”, de Michel Foucault, de la cursada de la Diplomatura en Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica de 2019, de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.
- Documento “Derecho” y “¿Qué es la Justicia?”, ambos de Hans Kelsen, de la cursada de la Diplomatura en Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica de 2019, de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.
- Documento “Derecho”, de Marco Tulio Cicerón, de la cursada de la Diplomatura en Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica de 2019, de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.
- Domínguez Benavides, Alejandro A., *El concepto de dignidad humana en el derecho indiano: influencias en la historia constitucional argentina*, presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley Natural y Dignidad Humana. UCA. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/concepto-dignidad-derecho-indiano-dominguez.pdf> [Fecha de consulta: 1 /07/2018].
- Drnas de Clément, Zlata, “Sistema Árabe de protección de los Derechos Humanos. Capítulo XV. Modelo Árabe de protección”, en *Vulneraciones a los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2020.

- Duhalde, Eduardo L., *Aportes para la construcción de una Democracia Avanzada*, Buenos Aires, Ediciones Punto Crítico, 2012.
- El País, “La Haya blind a Alemania ante los juicios de reparación por crímenes nazi.”, 3/02/2012,  
[https://elpais.com/internacional/2012/02/03/actualidad/1328282556\\_537798.html](https://elpais.com/internacional/2012/02/03/actualidad/1328282556_537798.html).
- El País, “El Supremo italiano condena a Alemania a indemnizar a víctimas del nazismo.”, 21/10/2008:  
[https://elpais.com/internacional/2008/10/21/actualidad/1224540012\\_850215.html](https://elpais.com/internacional/2008/10/21/actualidad/1224540012_850215.html).
- Feddersen, Mayra, “Prescripción de acciones civiles en Chile”, manuscrito, en *Centro Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Chile, 2010.
- Forment, Eudaldo, “Estudio Introductorio”, en *Santo Tomás de Aquino. Textos selectos. Suma contra los gentiles. Suma de teología*, Editorial Gredos, Madrid, 2012.
- Fortín, Marcelo P., “*Simposio sobre justicia y crímenes de lesa humanidad*”. *La nueva orientación de la CSJN frente al derecho internacional de los derechos humanos*, La Plata, CPM Ediciones, 2019.
- Fuller, Lon L., *La Moral del Derecho*, Chile, Ediciones Olejnik, 2019.
- Gándara Carballido, Manuel E., *Los derechos humanos en el siglo XXI: una mirada desde el pensamiento crítico*, Buenos Aires, CLACSO, 2019.
- García Amuchástegui, Sebastián F., “Análisis de la prescriptibilidad de la reparación por crímenes de derecho internacional desde la perspectiva penal y su relación con la acción civil en la República Argentina”, en *Responsabilidad jurídico-penal de civiles en delitos de lesa humanidad. El caso argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 2022.
- García Márquez, Gabriel, *Cien años de soledad. Edición conmemorativa*, Alfaguara, España, 2007.
- Guebbe, María J., “Reparación económica de los crímenes de la dictadura. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Tarnopolsky.”, CELS, Buenos Aires, capítulo 5, p. 48;  
<http://www.cels.org.ar/common/documentos/2000.Capitulo1.pdf>; -fecha de captura 20-11-2018-.
- Guibourg, Ricardo, *Imprescriptibilidad de la responsabilidad civil por crímenes contra la humanidad*, La Ley -LL 2012-B-161-.
- Gullco, Hernán V., *Casos de derecho penal: Parte Especial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.
- Hitters, Juan Carlos, “¿Prescribe la reparación civil en los delitos de lesa humanidad? Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina (mayoría y minoría) y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos”, en *LA LEY*, 21/08/2019, Cita Online: AR/DOC/2406/2019.
- Jiménez, Eduardo P., “Acerca de la imprescriptibilidad de las acciones civiles para reclamar daños y perjuicios derivados de delitos de lesa humanidad”, en *La Ley*, Buenos Aires, IX-84, 2010, Cita Online: AR/DOC/5585/2010.
- Kant, Immanuel, *La religión dentro de los límites de la mera razón*, Madrid, Alianza Editorial, 1981.

- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Las medidas de reparación en las sentencias en las que la Argentina resultó condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Sumario XII. *La cuestión de la prescripción de la acción para reclamar la indemnización de los daños causados por ataques a los derechos humanos*, en *La Ley Online*, Thomson Reuters, Cita Online AP/DOC/135/2013.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La imprescriptibilidad de las acciones por reparación de daños causados por delitos de lesa humanidad”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2021, RC D 363/2022.
- Lamanna, E. Paolo, *Historia de la filosofía III. De Descartes a Kant*, Librería Hachette S.A., Buenos Aires, 1964.
- Lakarra Etxebarria, Jone, “África. Capítulo XII. Panorama del Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos”, en *Vulneraciones a los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2020.
- Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa*, Alicante, N° 4, 1987.
- Legarre, Santiago, “La recuperación del derecho natural para la fundamentación de los derechos humanos”, en *Estado de derecho y derechos humanos*, Buenos Aires, Educa, 2018.
- Leiva Bustos, Javier, “Mal absoluto, mal radical, banalidad del mal. La comprensión del mal en Hannah Arendt”, en *Bajo Palabra*. II Época. N° 22, 2019.
- Leiva Bustos, Javier, “Modalidades del mal durante el nacionalsocialismo”, en *Quaderns de Filosofia*, España, Vol. 5, N° 1, 2018.
- Levi, Primo; de Benedetti, Leonardo, *Así fue Auschwitz: testimonios 1945-1986*, Ariel, Buenos Aires, 2015.
- Levi, Primo, “Los hundidos y los salvados”, en *Trilogía de Auschwitz*, Editor Digital Yorik & Faro47, 2013.
- Levi, Primo, “Si esto es un hombre”, en *Trilogía de Auschwitz*, Editor Digital Yorik & Faro47, 2013.
- Lombardi, Ernesto F., “La república en un diálogo de sordos”, Buenos Aires, en *La Ley Revista DPyC*, Año XI, Número 4, Mayo 2021.
- López Herrera, Edgardo S., *La Corte Suprema de la Nación rechaza la imprescriptibilidad de la acción de daños sufridos por los familiares de desaparecidos durante la dictadura*, en *La Ley*, Thomson Reuters, Cita Online: 0003/013600.
- López Ruf, Elena, “Los Derechos Humanos en la configuración de un nuevo orden mundial: la necesidad de un dialogo intercivilizacional”, en *Estado de derecho y derechos humanos*, Buenos Aires, Educa, 2018.
- Lorenzetti, Ricardo L., y Kraut, Alfredo J., *Derechos humanos: justicia y reparación*, Buenos Aires, Sudamericana, 2011.
- Massini Correas, Carlos I., “Garantismo y derechos humanos. En la propuesta positivista de Luigi Ferrajoli”, en *La Ley (DFyP)*, 2010 (agosto), 01/08/2010, 229, Cita Online: AR/DOC/4645/2010.
- Massini Correas, Carlos I., “Luigi Ferrajoli y el fundamento de los derechos humanos”, en *La Ley*, 01/08/2014, 1 - LA LEY2014-D, 1008, Cita Online:

AR/DOC/1372/2014.

- Mattarollo, Rodolfo, *“Noche y niebla” y otros escritos sobre derechos humanos*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2010.
- Marrades, Julián, “La radicalidad del mal banal”, en *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, España, 2002, Vol. 35.
- Mayne-Nicholls Klenner, Michael, “El Mal en Santo Tomás de Aquino y el problema de la responsabilidad humana”, en *INTUS-LEGERE Filosofía*, Chile, 2017, Vol.11, N° 2.
- Mayer, Max E., *Filosofía del Derecho*, Editorial Labor S.A., Madrid, 1937.
- Mertehikian, Eduardo, *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema.*, Buenos Aires, el autor, 2006.
- Montilla Zavalía, Félix A., “La acción de responsabilidad derivada del delito de lesa humanidad a la luz del Código Civil y Comercial y el régimen de responsabilidad del Estado”, en *El Derecho*, Buenos Aires, N° 13.944, 2017.
- Meza-Lopehandía Glaesser, Matías A., “La obligación de reparar por los delitos de lesa humanidad”, en *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile – Asesoría Técnica Parlamentaria*, Chile, Mayo 2019.
- Montilla Zavalía, Félix A., “Algunas notas en torno a la reforma de los arts. 2537 y 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación por la ley 27.586. ¿Efecto retroactivo de imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad?”, en *La Ley*, 13/04/2021, Cita: TR LALEY AR/DOC/621/2021.
- Montilla Zavalía, Feliz Alberto, *La acción de responsabilidad derivada del delito de lesa humanidad a la luz del Código Civil y Comercial y el régimen de responsabilidad del Estado*, en *El Derecho*, Buenos Aires, 27/04/2016, ISSN 1666-8987, N°13.944, Año LIV, ED 267.
- Morlachetti, Alejandro, *Crímenes de lesa humanidad. El deber internacional de la reparación integral y la imprescriptibilidad de la acción civil*, en *La Ley*, Thomson Reuters, Cita Online: 0003/013312.
- Nino, Carlos S., *Ética y de derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- Nino, Carlos S., *Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 2016.
- Raffaghelli, Luis A., “Imprescriptibilidad de la acción civil derivada de delitos de lesa humanidad. El tiempo histórico y el derecho”, en *La Ley*, 2012, Cita: TR LALEY AR/DOC/1235/2012.
- Raffin, Marcelo, *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.
- Rey, Sebastián A., *Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2021, Tomo 1.
- Rey, Sebastián A., *Juicio y castigo: las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, Del Puerto, 2012.
- Rey, Sebastián, “La justificación del deber de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos”, en *Derechos Humanos. Reflexiones desde el*

- Sur, INFOJUS, Buenos Aires, 2012.
- Rey, Sebastián A., *Manual de derecho internacional de los derechos humanos: Parte General*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.
  - Reynaga, Juan C., *Crimen Organizado y Delitos Federales Complejos*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2018.
  - Ricci, María J., “Corte Penal Internacional”, en *Cortes y tribunales internacionales. Organización, competencia, procedimiento y jurisprudencia*, Buenos Aires, Astrea, 2021, Capítulo XI.
  - Riera, Ramiro, *La Prescripción en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021.
  - Riera, Ramiro, “Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos”, en *Lecciones de derechos humanos*, Buenos Aires, ERREIUS, 2020, Cap. IV.
  - Romeike, Sanya, “La justicia transicional en Alemania después de 1945 y después de 1989”, en *Academia Internacional de los Principios de Núremberg*, Alemania, 2016.
  - Rousset, Andrés, “Capítulo XIV. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”, en *Vulneraciones a los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2020.
  - Rozanski, Carlos, “Delitos de lesa humanidad y genocidio, origen y sentido de las prohibiciones”, en *Los juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Atuel, Buenos Aires, 2011.
  - Observatorio de Justicia Transicional udp. Facultad de Derecho, “Principales hitos jurisprudenciales, judiciales y legislativos en causas de DDHH en Chile 1990-2019”, 2019.
  - Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos.
  - Pestalardo, Silvio P., *Justicia, derecho y ley*, Buenos Aires, Educa, 2010.
  - Piedecabras, Miguel A., “Imprescriptibilidad de las acciones por daños derivados de delitos de lesa humanidad (en virtud de la reforma del Código Civil y Comercial)”, RC D 3401/2020. Fecha de captura: [6/11/2022]: <https://miguelpiedecabras.com.ar/imprescriptibilidad-de-las-acciones-por-danos-derivados-de-delitos-de-lesa-humanidad/>
  - Pierini, Alicia, “Derechos Humanos. Antes y después de 1994”, en *Revista de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2018, Número 11, [https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=3ec8f55d736fcd43293dcca075a1a938&hash\\_t=d4b0883592e4d5288219eb1dfe978195](https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=3ec8f55d736fcd43293dcca075a1a938&hash_t=d4b0883592e4d5288219eb1dfe978195) [Fecha de captura: 20-06-2020]
  - Pinacho Espinosa, Jacqueline S., *El derecho a la reparación del daño en el Sistema Interamericano*, en CNDH, México, 2019.
  - Portela, Jorge G., “El fundamento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el problema de la soberanía”, en *Estado de derecho y derechos humanos*, Buenos Aires, Educa, 2018.
  - Portela, Jorge G., *Una introducción a los valores jurídicos.*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2008.
  - Portela, Jorge G., *Orígenes y desarrollo histórico del contractualismo político*,

- Buenos Aires, EDUCA, 2012.
- Portela, Jorge G., *La Justicia y el Derecho Natural*, Buenos Aires, EDUCA, 2016.
  - Priotti de Monreal, Anahí, “Derechos Humanos y Derecho Internacional Penal”, en *Vulneraciones a los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2020.
  - Quadri, Gabriel H., *Prescripción Liberatoria y Caducidad en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Erreius, 2017.
  - Quispe Remón, Florable, *Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo*, en *Revista del Departamento de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra*, N°. 28, 2012.
  - Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, “Estudios sobre la polémica iusnaturalismo-iuspositivismo (de la “lex corrupta” a los crímenes de lesa humanidad)”, en: <http://www.rabbibaldicabanillas.com/investigaciones/teoria-y-filosofia-del-derecho/estudios-sobre-la-polemica-iusnaturalismo-iuspositivismo/>, fecha de captura 11-01-2019.
  - Ramos Padilla, Alejo, *Crímenes de lesa humanidad en la Argentina: de la cultura de la impunidad a la inexorabilidad del juicio y castigo*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 2011.
  - Réndon Vásquez, Jorge, *El derecho como norma y como relación social. Teoría general del derecho*, Lima, Edial, 2000.
  - Rodríguez Eggers, Esteban C., *La Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
  - Sánchez, Fabio F., ¿Son prescriptibles las acciones resarcitorias de daños originados por delitos de lesa humanidad?, en *La Ley*, Buenos Aires, 2008. Cita Online: AR/DOC/2783/2008.
  - Sánchez de Loria Parodi, Horacio M., *Las ideas políticas – jurídicas de Fray Mamerto Esquiú*, Buenos Aires, Editorial Quorum EDUCA, 2002.
  - Sarteá, Claudio, “Desnuda humanidad. Fundamentar en la ontofenomenología el reconocimiento y la protección de los Derechos Humanos”, en *Estado de derecho y derechos humanos*, Buenos Aires, Educa, 2018.
  - Sófocles, *Antígona*, España, Planeta DeAgostini, 1995.
  - Suárez Filippín, María E., “Los heurísticos en el derecho. Manifestaciones de sesgos cognitivos en las decisiones judiciales”, en *El Derecho*, Buenos Aires, N° 14.249, 2017.
  - Travieso, Juan A., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Clásico y futuro 3.0.”, en *La Ley*, Buenos Aires, 08/10/2013, cita online: AR/DOC/3172/2013.
  - Ubiría, Fernando A., *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.
  - Valicenti, Ezequiel, “Nuevamente sobre la imprescriptibilidad de la reparación de los daños provocados por la comisión de delitos de lesa humanidad: ¿quién tiene la última palabra?”, en *La Ley*, 13/04/2021, TR LALEY AR/DOC/620/2021.
  - Vega, Juan C., “El “caso Córdoba” ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.”, en *La Ley*, Buenos Aires, LLC1993-503, 1993, Cita Online: AR/DOC/17840/2001.
  - Vértiz Medina, James, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

- Humanos”, en *REDEA Derecho en Acción*, Buenos Aires, Año 4 N° 10, 2018-2019, p. 416, <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/6878/5753>.
- Vigo, Rodolfo L., “¿Deben los jueces saber filosofía?”, *LA LEY* 25/08/2009, 25/08/2009, 1 - LA LEY2009-E, 1326, Cita Online: AR/DOC/3018/2009.
  - Vigo, Rodolfo L., *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.
  - Vigo, Rodolfo L., *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias.*, Buenos Aires, Educa, 2015.
  - Vigo, Rodolfo L., “*La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*”, México, Tirant lo blach, 2017.
  - Vigo, Rodolfo L., “*Fuentes del derecho*”, Buenos Aires, Astrea, 2018.
  - Vigo, Rodolfo L., “*Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas*”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019.
  - Zuppi, Alberto L., *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional. El camino hacia la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2002.

### **Jurisprudencia consultada**

- CSJN, Fallos 318:2148. (*Priebke*)
- CSJN, Fallos 327:3312. (*Arancibia Clavel*)
- CSJN, Fallos 335: 1876. (*Menéndez*)
- CSJN, Fallos 311: 1494. (*Olivares*)
- CSJN, Fallos 311: 1506. (*Troiani*)
- CSJN, Fallos 312:2356. (*Keste/boim*)
- CSJN, Fallos 322: 1896. (*Tarnopolsky*)
- CSJN, Fallos 330:4598. (*Larrabeiti Yañez*)
- CSJN, Fallos 340:360. (*Villamil*)
- CSJN, Fallos 341 :779. (*Ingegnieros*)
  
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete)”, exp. n° 17.768, 14/06/2005.
  
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, en autos “Crosatto, Hugo Ángel y otro c/ Estado Nacional Ministerio del Interior y otro s/ daños y perjuicios”, exp. CCF 5746/2007/1/RH1, 12-11-2020.
  
- Cámara Federal de Apelaciones, Tucumán, en autos “Pretensio Querellante: Ponce, María Sara y otros. Imputado: Castañeda, Francisco Gabriel s/ Legajo de Casación”, exp. n° 600809/2000, 23-02-2018.
  
- Cámara Federal de La Plata, Sala II, La Plata, en autos “Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios”, exp. n° 3647, 23/11/2006.

- Cámara Federal de La Plata - Sala II, La Plata, en autos “Huergo, Carlos Alberto c/Estado Nacional s/Daños Y Perjuicios”, exp. n° FLP 3419/2021/CA1, 28-12-2022.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, Salta, en autos “c/Herrera, Rubén Nelson, y Otros s/Encubrimiento en concurso ideal con el tipo penal de omisión de represión de delincuentes; homicidio calificado en dos hechos en concurso real y lesiones; coacción agravada y lesiones, en perjuicio de Miguel Ragone, Santiago Catalino Arredes y Margarita Martínez de Leal”, exp. n° 3115/09,12/12/2011.
- Corte Suprema de Chile: <https://www.pjud.cl/tribunales/corte-suprema> [8/09/2023].
- CS, caratulados “Ortega Fuentes, María Isabel con Fisco de Chile”, Rol de Ingreso Corte Suprema 2080-2008 de fecha 8 de Abril de 2010, pronunciada por los Ministros Sr. Héctor Carreño (minoría) Sr. Pedro Pierry (minoría), Sr. Haroldo Brito y los abogados integrantes Nelson Pozo y Maricruz Gómez de la Torre.
- CS, “Eduardo González Galeno c. Fisco de Chile”, Rol 10665-2011.
- CIDH, Informe No. 56/19. Caso 13.392. Admisibilidad y fondo. Familia Julien - Grisonas. Argentina. 4 de mayo de 2019, p. 3.

#### **Sitios en internet consultados**

- <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/4065/La-Camara-Federal-de-La-Plata-declaro-la-imprescriptibilidad-de-la-accion-civil-derivada-de-delitos-de-lesa-humanidad> [Fecha de captura: 2/01/2023].
- [https://elpais.com/internacional/2005/04/14/actualidad/1113429607\\_850215.html](https://elpais.com/internacional/2005/04/14/actualidad/1113429607_850215.html).
- <https://www.pagina12.com.ar/341076-la-familia-de-vinicius-de-moraes-recibira-una-indemnizacion-12/05/2021> [captura: 12/05/2021]
- <https://www.dw.com/es/volkswagen-anuncia-compensaci%C3%B3n-a-v%C3%ADctimas-de-la-dictadura-en-brasil/a-55035635> [captura: 27/08/2022]
- [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009\\_02221.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_02221.PDF)
- <https://www.african-court.org/wpafc/> [28/08/2023]
- <https://www.african-court.org/wpafc/welcome-to-the-african-court/> [28/08/2023]
- <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/07/kenya-un-expert-hails-historic-ruling-awarding-reparations-ogiek-indigenous> [28/08/2023]

- <https://www.idhc.org/es/especiales/otros-sistemas/sistema-arabe-de-derechos-humanos.php>  
[30/08/2023]

### Documentos consultados

- Ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:
- Relator especial sobre la amnistía de la Comisión de Derechos Humanos, *Informe sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguarda y la promoción de los derechos humanos*, 21 de junio de 1985.
- Relator especial sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos de la Comisión de Derechos Humanos, *Informe preliminar*, 19 de julio de 1993.
- Relator especial sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos de la Comisión de Derechos Humanos, *Informe final revisado*, 2 de octubre de 1997.
- Experto independiente sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la Comisión de Derechos Humanos, *Informe*, 8 de febrero de 1999.
- Experto independiente sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la Comisión de Derechos Humanos, *Informe final*, 18 de enero de 2000.
- Comisión de Derechos Humanos, *Informe de la tercera reunión consultiva acerca de los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones"*, 21 de diciembre de 2004.
- Experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad de la Comisión de Derechos Humanos, *Informe y conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*, 8 de febrero de 2005.
- Ex Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas:
- Relator especial de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, 2 de julio de 1993.

- Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, *Definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales*, 8 de junio de 1993.
- Grupo de trabajo sobre la administración de justicia y la cuestión de la indemnización, *Informe del periodo de sesiones*, 11 de agosto de 1995.