



ACDI Anuario Colombiano de Derecho Internacional

ISSN: 2027-1131

ISSN: 2145-4493

Universidad del Rosario

Perotti Pincioli, Ignacio G.

Derecho de las relaciones exteriores, derecho internacional comparado y el papel de los tribunales nacionales en la justicia transicional: los casos de Argentina y España

ACDI Anuario Colombiano de Derecho Internacional, vol. 16, e3, 2023

Universidad del Rosario

DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a12633>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429577679003>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)

LUZEA  
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# Derecho de las relaciones exteriores, derecho internacional comparado y el papel de los tribunales nacionales en la justicia transicional: los casos de Argentina y España

---

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2022

Fecha de aprobación: 3 de septiembre de 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.12633>

Ignacio G. Perotti Pincirolí\*

*Resumen:* el artículo presenta un estudio comparativo de la aplicación del derecho internacional por parte de los tribunales superiores de Argentina y España en relación con los modelos de justicia transicional adoptados en cada país. Para ello, se adoptaron los enfoques teóricos y metodológicos propuestos por el derecho de las relaciones exteriores y por el derecho internacional comparado —que se explican de manera general en el segundo apartado—. La hallazgos sugieren que el grado de aplicación del derecho

---

\* Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos, Universidad Europea de Madrid. Candidato a Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas, Máster en Gobernanza y Derechos Humanos y Máster en Investigación Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid. Exbecario del Tribunal Constitucional de España. ORCID ID: 0000-0001-8486-1200. Contacto: [ignacio.perotti.pincirolí@gmail.com](mailto:ignacio.perotti.pincirolí@gmail.com)

Agradezco la atenta lectura y los comentarios de Carmen Martínez Capdevila a una versión previa de esta investigación, al igual que las sugerencias de los revisores anónimos del artículo.

Para citar este artículo: Perotti Pincirolí, Ignacio. "Derecho de las relaciones exteriores, derecho internacional comparado y el papel de los tribunales nacionales en la justicia transicional: los casos de Argentina y España". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* —ACDI— 16, (2022): 1-62. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.12633>

internacional por los tribunales de Argentina y España, al decidir acerca de la posibilidad de investigar y enjuiciar los crímenes cometidos durante el pasado represivo, tiene relación directa con diversos aspectos del derecho interno de cada Estado.

*Palabras clave:* derecho de las relaciones exteriores; derecho internacional comparado; tribunales nacionales; justicia transicional; aplicación del derecho internacional en el derecho interno.

### Foreign Relations Law, Comparative International Law, and the Role of National Courts in Transitional Justice: The cases of Argentina and Spain

*Abstract:* The article makes a comparative study of the application of international law by the high courts of Argentina and Spain, regarding the models of transitional justice adopted in each case. In doing so, it adopts the theoretical and methodological approaches from Foreign Relations Law and Comparative International Law, explained in general terms in the second part. The article suggests that the degree of application of international law by the high courts of Argentina and Spain, when deciding on the possibility of criminal prosecution of crimes against humanity, is directly related to various aspects of the domestic law of each State.

*Keywords:* Foreign Relations Law; Comparative International Law; National Courts; Transitional Justice; Domestic Application of International Law.

### Direito das relações exteriores, direito internacional comparado e o papel dos tribunais nacionais na justiça de transição: os casos da Argentina e da Espanha

*Resumo:* o artigo faz um estudo comparativo da aplicação do direito internacional pelos tribunais superiores da Argentina e da Espanha, em relação aos modelos de justiça de transição adotados em cada caso. Para isso, adota os enfoques teóricos e metodológicos propostos pelo direito das relações exteriores e pelo direito internacional comparado, explicados de forma geral na segunda seção. A pesquisa sugere que o grau de aplicação do direito internacional pelos tribunais da Argentina e da Espanha, ao decidir

sobre a possibilidade de investigar e processar crimes cometidos durante o passado repressivo, está diretamente relacionado a vários aspectos do direito interno de cada Estado.

*Palavras-chave:* direito das relações exteriores; direito internacional comparado; tribunais nacionais; justiça de transição; aplicação do direito internacional ao direito interno.

## Introducción

En otro lugar analicé las semejanzas y diferencias entre los modelos de justicia transicional adoptados por Argentina y España respecto de los crímenes de lesa humanidad cometidos en ambos países.<sup>1</sup> Este trabajo retoma y profundiza las discusiones allí planteadas, con el objetivo de determinar si ciertos aspectos del derecho interno de cada Estado influenciaron los modelos de transición adoptados. El enfoque del análisis propuesto se basa en los aportes de dos nuevas disciplinas jurídicas, el derecho de las relaciones exteriores (DRE) y el derecho internacional comparado (DIC), en especial frente al papel de los tribunales nacionales en la aplicación del derecho internacional, punto de encuentro entre ambos campos de estudio que tiene, a mi juicio, un potencial enorme. Algunos aspectos de la justicia transicional también han sido relevantes para esta investigación, aun cuando esta disciplina no sea el foco principal de la discusión que pretendo.

El primer apartado brinda un panorama general sobre la justicia transicional, su evolución y los elementos que la componen. Así mismo, se enumeran los compromisos internacionales asumidos por Argentina y España, tanto al momento de la comisión de los crímenes como durante y después de las transiciones. El segundo apartado corresponde al marco teórico provisto por el DRE y el DIC, donde se definen ambos campos de estudio y se brindan algunos detalles acerca de su evolución, contenido y funciones. Se ofrece también una mirada general sobre los avances de la doctrina internacionalista en torno a la función de los tribunales nacionales en la aplicación del derecho internacional. El tercer apartado consiste en

---

<sup>1</sup> Ignacio Perotti Pincirolli, “El rol de los tribunales superiores en los procesos de justicia transicional en Argentina y España: miradas desde el Derecho de las relaciones exteriores y el Derecho internacional comparado”, en *Edición de actas del I Congreso Internacional “La Administración de Justicia en España y en América”*, ed. Pilar Martín Ríos y María Ángeles Pérez Marín (Sevilla: Astigi, 2020), 476-496.

el análisis, en clave comparada, de las decisiones de los tribunales superiores de Argentina y España sobre la viabilidad de investigar y enjuiciar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas. El estudio se enfoca principalmente en los fundamentos utilizados por estos tribunales en relación con la aplicación e interpretación de diversas fuentes de derecho internacional. El cuarto apartado expone un análisis comparado de los aspectos más relevantes del DRE de ambos Estados. Se pone a prueba así la hipótesis que tales características podrían explicar el sentido de los modelos de justicia transicional adoptados en cada caso.

## 1. La justicia transicional y el derecho internacional en el camino de la restauración democrática

### 1.1. La justicia transicional: definición, evolución y elementos

La justicia transicional es una disciplina reciente que, en las últimas décadas, se ha afianzado y ha adquirido autonomía. Su propósito es reflexionar acerca de las distintas maneras que tienen las sociedades para lidiar con las graves violaciones a los derechos humanos<sup>2</sup> —generadas por un pasado dictatorial o autoritario—, así como con los medios para enfrentar los retos de una nueva democracia. Seils define la justicia transicional como “la aplicación de una variedad de mecanismos aplicados a crímenes en masa y violaciones de derechos humanos acaecidos en un contexto de conflicto o de represión política”.<sup>3</sup> Este autor no pone el acento en la función de persecución penal de los crímenes del pasado, sino en su capacidad para restaurar la confianza cívica de una determinada sociedad. Van Zyl la entiende como

[el] esfuerzo por construir paz sostenible tras un periodo de conflicto, violencia masiva o violación sistemática de los derechos humanos [...] con el objetivo de] llevar a juicio a los perpetradores, revelar la verdad

<sup>2</sup> Utilizo aquí la noción de “graves violaciones a los derechos humanos” para referirme, en general, a los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y actos de genocidio, siguiendo las definiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) y demás desarrollos del derecho penal internacional (DPI), sin que ello signifique limitar de modo alguno los alcances de aquel concepto.

<sup>3</sup> Paul Seils, “La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional”, en *Justicia transicional en Iberoamérica*, coords. Jessica Almqvist y Carlos Espósito (Madrid: CEPC, 2009), 56.

acerca de crímenes pasados, brindar reparaciones a las víctimas, reformar las instituciones abusivas y promover la reconciliación.<sup>4</sup>

Por su parte, Teitel —una de las teóricas contemporáneas más influyentes y destacadas de la justicia transicional— la define como “la concepción de justicia asociada con periodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores”.<sup>5</sup> Pero además de definirla, la autora ha trazado la *genealogía* de la justicia transicional al distinguir tres etapas en la evolución de los diversos desarrollos internacionales que la configuraron.

La primera etapa, que Teitel denomina *justicia transicional de posguerra* (1945-1989), inició con los juicios de Núremberg y Tokio y se caracterizó por ser un periodo de “apogeo de la justicia internacional” con importantes avances del derecho internacional.<sup>6</sup> La segunda etapa, que señala como la *justicia transicional de la posguerra fría* (1989-2000), destacó por una ola de transiciones políticas en Europa del Este y en América Latina —la transición española y la argentina se ubican en esta fase— y por una justicia transicional más contextual, limitada y provisional.<sup>7</sup> Pese a que durante

<sup>4</sup> Paul van Zyl, “Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto”, en *Justicia transicional. Manual para América Latina*, ed. Félix Reátegui (Brasilia: Ministerio de Justicia de Brasil, 2011), 47.

<sup>5</sup> Ruti G. Teitel, “Transitional Justice Genealogy,” *Harvard Human Rights Journal* 16, (2003): 69.

Todas las traducciones me pertenecen, salvo que se indique lo contrario.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, 73.

Según su análisis, esta etapa fundacional marcó el paso de un esquema de responsabilidad de los Estados a la responsabilidad de los individuos y se caracterizó por un importante desarrollo legislativo y codificador internacional relacionado con los derechos humanos, los crímenes internacionales y la justicia internacional.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, p. 78.

Señala Teitel que fue contextual, porque dependió de factores políticos e institucionales de los nuevos sistemas, muchos de los cuales se caracterizaron por su debilidad. Además, fue limitada, en tanto los nuevos gobiernos —incluso la comunidad internacional— evidenciaron las dificultades de aplicar medidas de reparación de las víctimas, así como de investigación y sanción a los individuos responsables y provisional, ya que las medidas implementadas, en general, no lograron mantenerse durante mucho tiempo por la fragilidad del nuevo sistema democrático.

esta etapa la justicia penal se enfrentó a varios inconvenientes<sup>8</sup> —y a que muchos Estados prefirieron soluciones intermedias entre justicia y olvido absoluto, como las comisiones de la verdad—, los imperativos de derecho internacional sobre crímenes internacionales lograron ampliarse y robustecerse. Se aprobaron numerosos instrumentos internacionales y se crearon los tribunales penales internacionales *ad hoc* para Ruanda y ex Yugoslavia, impulso determinante para luego crear un tribunal penal internacional permanente. La tercera y última etapa marca el *estado estable de la justicia transicional* (1998 al presente), la cual inició con el Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional (CPI). A partir de aquí, las obligaciones internacionales de los Estados para investigar, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos se afianzaron notablemente.<sup>9</sup>

Sobre el contenido de la justicia transicional, la doctrina destaca cinco elementos esenciales: enjuiciamiento, búsqueda de la verdad, reparación, reforma institucional y reconciliación.<sup>10</sup> Brevemente, destacamos las características de los tres primeros:

- a) *Enjuiciamiento*: consiste en llevar ante la justicia a los responsables de los crímenes perpetrados durante el periodo autoritario. Se trata de un elemento esencial de las transiciones, corolario del deber de investigar y sancionar violaciones a los derechos humanos que tienen los Estados con fundamento en las normas de derecho internacional.<sup>11</sup> Además, desde este enfoque, cualquier obstáculo legal interno —*v. gr.* amnistías, inmunidades, prescripción y obediencia debida— respecto de delitos graves

<sup>8</sup> *Ibíd.*, p. 78.

Entre los problemas, Teitel menciona la tipificación penal de los crímenes —crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio, etc.—, la irretroactividad de la ley penal, las leyes de amnistías y los indultos, la capacidad limitada de los tribunales nacionales y la débil aplicación interna del derecho internacional.

<sup>9</sup> Véase, William Schabas, *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals* (Nueva York: Oxford University Press [OUP], 2012), en especial capítulos 2, 6 y 7.

<sup>10</sup> Van Zyl, “Promoviendo la justicia transicional...”, 49 y ss.

<sup>11</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU], *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Fabián Salvioli*, A/HRC/48/60, 9 de julio de 2021, párrs. 18-25.

son improcedentes y deben ser removidos.<sup>12</sup> Si bien en la actualidad no hay dudas de que el derecho internacional obliga a los Estados a enjuiciar penalmente a los responsables de estos crímenes, algunos estudios sugieren que este marco jurídico internacional no era tan claro hace algunas décadas.<sup>13</sup> No es el objeto de este trabajo analizar en detalle estas discusiones, ricas en matices y tan interesantes como complejas. Sin embargo, para la hipótesis que se presenta es importante —aunque no imprescindible— determinar las obligaciones que pesaban sobre Argentina y España en el momento de sus respectivas transiciones. Sin perjuicio de que el siguiente apartado desarrolla los aspectos normativos sobre esto último, cabe señalar que hacia las décadas de los 80 y los 90 ya existían ciertos consensos en torno al deber de investigación y sanción, aunque con matices que iban desde el enjuiciamiento selectivo<sup>14</sup> al deber absoluto de punir.<sup>15</sup>

- b) *Búsqueda de la verdad*: otro de los elementos centrales de la justicia transicional son las investigaciones estatales para establecer una “verdad oficial” sobre los crímenes cometidos durante el pasado represivo. A partir de la acción de la justicia, los hechos que los tribunales dan por probados contribuyen en buena medida a esa reconstrucción del pasado. Las comisiones de la verdad son otros mecanismos imprescindibles en esa tarea. Argentina fue el primer país en instituir una comisión de la verdad, la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), creada en 1983. No obstante, las comisiones suelen identificarse con la transición de Sudáfrica, Estado que renunció a la persecución

<sup>12</sup> *Ibíd.*, párr. 26.

<sup>13</sup> Véase, María García Casas, *El derecho internacional de la justicia transicional. La construcción del marco normativo de las transiciones* (Madrid: Wolters Kluwer, 2022).

<sup>14</sup> Véase, Carlos Nino, “The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government: A Reply,” *Yale Journal of International Law* 11, (1985): 217-30; Carlos Nino, “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina,” *The Yale Law Journal* 100, (1991): 2619-40.

<sup>15</sup> Véase, Mignone, E., Estlund, C., y Issacharoff, S., “Dictatorship on Trial: Prosecution of Human Rights Violations in Argentina”, *Yale Journal of International Law* 118, 1984, pp. 118-50; Diane F. Orentlicher, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime,” *The Yale Law Journal* 100, (1991): 2537-615.

penal y que le permitió a la comisión de la verdad sudafricana develar la verdadera extensión de los crímenes ligados al *apartheid*.<sup>16</sup> Por su parte, España no ha creado, hasta el 2022, ninguna entidad de estas características para investigar los crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura.

- c) *Reparación*: además de la investigación de los crímenes y la eventual sanción de los responsables, la justicia transicional y el derecho internacional también imponen a los Estados la obligación de reparar a las víctimas por las violaciones a sus derechos.<sup>17</sup> Estas reparaciones incluyen un amplio abanico de medidas como indemnizaciones económicas, exhumación e identificación de restos de las víctimas, restitución de empleos, disculpas de las autoridades, instalación de monumentos y sitios de memoria y eliminación de símbolos que evoquen el pasado autoritario, entre otros.

## 1.2. Obligaciones internacionales de los Estados en materia de graves violaciones a los derechos humanos

Los estudios comparados sobre justicia transicional muestran que las maneras concretas que los Estados eligen para procesar los crímenes de un pasado autoritario son diversas.<sup>18</sup> Sin embargo, luego de la Segunda Guerra Mundial, especialmente a partir de la creación de Naciones Unidas (ONU), el derecho internacional y los derechos humanos han ido definiendo un conjunto de obligaciones internacionales que han puesto cada vez más restricciones a esa discrecionalidad estatal. En la evolución de la justicia transicional señalada,<sup>19</sup> durante la segunda mitad del siglo XX ya existía un importante consenso internacional acerca de la obligación de los Estados de

<sup>16</sup> Teitel, "Transitional Justice Genealogy," 78.

<sup>17</sup> Corte IDH, *caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Sentencia, 29 de julio de 1988.

<sup>18</sup> Véase, Jon Elster, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica* (Buenos Aires: Katz Editores, 2006); Naomi Roht-Arriaza y Javier Mariezcurrena (Eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice* (Nueva York: Cambridge University Press [CUP], 2006); Samar El-Masri, Tammy Lambert y Joanna R. Quinn (Eds.), *Transitional Justice in Comparative Perspective* (Palgrave Macmillan Cham, 2020).

<sup>19</sup> Véase, Teitel, "Transitional Justice Genealogy," 76-77.

prevenir, investigar, sancionar y reparar los crímenes de guerra,<sup>20</sup> crímenes de lesa humanidad<sup>21</sup> y actos genocidas.<sup>22</sup> No obstante, la gran cantidad de tratados e instrumentos adoptados por la comunidad internacional fueron precisando cada vez más el contenido de dichas obligaciones.

Un relevamiento general muestra que, al momento de la comisión de los crímenes, muchos de estos instrumentos ya eran vinculantes tanto para España como para Argentina. Entre ellos, se pueden mencionar la Carta de la ONU (1945),<sup>23</sup> la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio (1948)<sup>24</sup> y los Convenios de Ginebra sobre derecho internacional humanitario (1949).<sup>25</sup> En cambio, otros instrumentos fueron incorporados durante o luego de las etapas de transición, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos — CEDH— (1950),<sup>26</sup> el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966),<sup>27</sup> la Convención Americana sobre Derechos

<sup>20</sup> Los *crímenes de guerra* son aquellos que violan el derecho internacional humanitario, sobre todo cuando se cometen como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes. Véase, artículo 8, Estatuto de Roma.

<sup>21</sup> Los *crímenes de lesa humanidad* son aquellos que se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, con conocimiento de dicho ataque. Véase, artículo 7, Estatuto de Roma.

<sup>22</sup> Los actos calificados como *genocidio* son aquellos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Véase, artículo 6, Estatuto de Roma.

<sup>23</sup> Argentina la incorporó a su ordenamiento jurídico el 8 de septiembre de 1945, mientras que España está obligada desde su ingreso a la ONU, el 14 de diciembre de 1955.

<sup>24</sup> Argentina la incorporó el 9 de abril de 1956 y España el 13 de septiembre de 1968.

<sup>25</sup> Argentina los ratificó el 9 de agosto de 1956 y España el 4 de agosto de 1952, cuya entrada en vigor operó el 13 de diciembre de 1968.

<sup>26</sup> España incorporó el CEDH y está sometido a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde el 10 de octubre de 1979.

<sup>27</sup> Argentina lo adoptó el 17 de abril de 1986 y está obligada desde el 8 de agosto del mismo año. España lo incorporó el 28 de septiembre de 1976 y está obligada desde el 27 de abril de 1977. Esta última circunstancia resulta importante porque la Ley de amnistía es posterior y, por lo tanto, podría sostenerse que su sanción estuvo viciada desde el comienzo por la violación de las obligaciones previstas en el pacto.

Véase, Josep María Tamarit, “Justicia transicional, amnistías y víctimas: los casos de España, El Salvador y Colombia”, en *Justicia Transicional: historia y actualidad*, ed. Roldán Jimeno Aranguren (Pamplona: Aranzadi, 2017), 347.

Humanos —CADH— (1969),<sup>28</sup> la Convención contra la Tortura u otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984),<sup>29</sup> la Convención sobre los Derechos del Niño (1989),<sup>30</sup> el Estatuto de Roma de la CPI (1998)<sup>31</sup>, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968)<sup>32</sup> y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).<sup>33</sup>

En relación con esto último, parte de la doctrina sostiene que el hecho de que un Estado asuma obligaciones internacionales en forma simultánea o posterior a la comisión de los crímenes podría ser un obstáculo para demandar su cumplimiento.<sup>34</sup> Esta discusión, tal vez una de las más complejas de la justicia transicional, que ha sido abordada extensamente,<sup>35</sup> excede las posibilidades de este trabajo. No obstante, un punto central de

<sup>28</sup> Argentina está vinculada por la CADH y por la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) desde el 9 de mayo de 1984.

<sup>29</sup> Argentina la incorporó y le otorgó jerarquía constitucional el 30 de julio de 1986, su entrada en vigor operó el 24 de septiembre de 1986. España está obligada desde el 21 de octubre de 1987.

<sup>30</sup> Las obligaciones que prevé son muy relevantes, ya que tanto Argentina como España padecieron la sustracción de niños de su seno familiar, secuestrados y retenidos por otras familias, que los criaron como propios, situación cuyos efectos aún persisten. Argentina la aprobó el 27 de septiembre de 1990, entró en vigor el 4 de diciembre de 1990 y desde 1994 tiene jerarquía constitucional. España la firmó el 26 de enero de 1990 y está obligada desde el 13 de diciembre del mismo año.

<sup>31</sup> Argentina aceptó la competencia de la Corte IDH el 30 de noviembre de 2000 y entró en vigor el 8 de febrero de 2001, mientras que España está obligada desde el 27 de mayo de 2002.

<sup>32</sup> Argentina la aprobó el primero de noviembre de 1995 y le otorgó jerarquía constitucional en 2003. España aún no ha firmado este tratado.

<sup>33</sup> Argentina la aprobó el 14 de noviembre de 2007 y está obligada desde el 14 de diciembre del mismo año, España la sancionó desde el 18 de febrero de 2011.

<sup>34</sup> Alicia Gil Gil, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica* (Barcelona: Atelier, 2009).

<sup>35</sup> Véase, *v. gr.*, Kai Ambos, “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional”, *Revista Política criminal* 5, no. 9 (2010): 237-56; Kai Ambos, Francisco Cortés Rodas y John Zuluaga, *Justicia transicional y derecho penal internacional* (Bogotá: CEDPAL – Konrad Adenauer – Fundación Humboldt, 2018); Elisenda Calvet Martínez, *Desapariciones forzadas y justicia transicional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018); Kai Ambos, *Derecho penal internacional, justicia de transición y JEP* (Medellín: Editorial Diké, 2020).

ese debate se relaciona con los efectos de las violaciones graves a los derechos humanos, que en la mayoría de los casos se extienden más allá del momento de su comisión y que, por lo tanto, justifica la obligación del Estado de actuar en consecuencia, posición que suscribo. Así, el acceso a la justicia, la ubicación del paradero de las víctimas de desaparición forzada, el hallazgo e identificación de los restos, la localización y restitución a sus legítimas familias de los niños apropiados y el cumplimiento efectivo del “derecho a la verdad” son tan solo algunos ejemplos de la circunstancia descrita.

Así mismo, me permito agregar que la determinación del momento preciso desde el cual el derecho internacional impone a los Estados el deber de enjuiciar los crímenes atroces es una tarea sumamente compleja, que todavía genera muchos debates.<sup>36</sup> Mi pretensión ha sido más modesta y por eso me he limitado a dar un panorama general de la cuestión que sirva de contexto para el análisis que sigue. No obstante, considero que las normas internacionales enumeradas son de una contundencia suficiente como para afirmar que, al momento de decidir sus respectivos modelos de justicia transicional, tanto España como Argentina ya estaban vinculados por una serie de deberes internacionales que difícilmente podían dejar de cumplir. Adicionalmente, si los efectos de esos crímenes todavía perduran, resulta también problemático admitir sin más que los Estados no deban adoptar medidas apropiadas para investigarlos y repararlos.

Ahora bien, la cuestión central sobre la que me enfoco de aquí en adelante es analizar el grado de penetración que estos mandatos tuvieron, y todavía tienen, en los derechos argentino y español. Para ese análisis, me apoyo en las herramientas teóricas y metodológicas que ofrecen dos disciplinas jurídicas recientes, el DRE y el DIC.

## **2. Nuevas miradas sobre la aplicación interna del derecho internacional: El derecho de las relaciones exteriores y el derecho internacional comparado**

El tema de la interacción entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos no es precisamente una novedad. Desde comienzos del siglo XX, a partir del crecimiento del orden internacional y de los sistemas

---

<sup>36</sup> Véase, Andrew Clapham, “Human rights and international criminal law,” en *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, ed. William Schabas (CUP, Cambridge, 2016), 11-33.

constitucionales de los Estados liberales, los postulados de la teoría monista y de la dualista sentaron las primeras bases teóricas de estas discusiones. A grandes rasgos, según el dualismo, el derecho internacional y el derecho interno son ordenamientos jurídicos diferentes y separados, por lo que sus relaciones corresponden a ámbitos de incurrencia distintos. En cambio, de acuerdo con el monismo, estos derechos forman parte de un único ordenamiento, por lo que todas las relaciones jurídicas se dan dentro de un mismo ámbito.<sup>37</sup> Estas primeras teorías se enfocaron principalmente en establecer el orden de primacía entre ambos sistemas, sobre todo, en determinar si el derecho internacional prevalecía sobre el derecho interno.

Sin embargo, pronto resultó evidente que estas posiciones teóricas no dimensionaban las diversas interacciones entre el derecho internacional y el derecho interno. De acuerdo con Crawford, ante este aparente callejón sin salida se han buscado vías de escape, ya que “ninguna de las dos teorías ofrece una explicación adecuada de la práctica de los tribunales internacionales y nacionales, cuyo papel en la articulación de las posiciones de los distintos sistemas jurídicos es crucial”.<sup>38</sup> Surgieron luego otras teorías enfocadas más en la práctica que en la abstracción, las cuales sostenían que ambos sistemas no colisionaban porque actuaban en esferas distintas, cada una suprema en su propio ámbito. Parecía preferible “dejar atrás las tierras glaciales de la abstracción jurídica” —en palabras de Crawford— y enfocarse en dinámicas más modernas y plurales, que permitan entender la extensión de las múltiples interacciones que se dan entre ambos órdenes jurídicos.<sup>39</sup> Incluso hay quienes señalan el anacronismo e inutilidad de estas teorías, como von Bogdandy, quien se refiere al dualismo y al monismo como “zombis intelectuales”.<sup>40</sup>

El punto en común de estos primeros debates fue descifrar la manera de solucionar eventuales conflictos normativos entre ambos sistemas, lo

<sup>37</sup> Oriol Casanovas y Ángel José Rodrigo, *Compendio de derecho internacional* (Madrid: Tecnos, 2022), 144-5.

<sup>38</sup> James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, (Nueva York, OUP, 2019), 47.

<sup>39</sup> *Ibíd.*

<sup>40</sup> Armin von Bogdandy, “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina? Tomo I*, eds. Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (México: UNAM, 2014), 564.

que previamente requeriría establecer qué orden prevalece sobre el otro. Sin embargo, en los últimos años han surgido nuevos enfoques teóricos que se han preocupado, más que en la jerarquía entre ambos órdenes, en describir y analizar sus diversas interacciones, en especial la aplicación y cumplimiento del derecho internacional en el derecho interno de los Estados. En este contexto de renacimiento del estudio de esas interacciones surgen dos disciplinas jurídicas: el derecho de las relaciones exteriores (DRE) y el derecho internacional comparado (DIC), que según se verá han renovado las discusiones teóricas acerca de la aplicación del derecho internacional en el orden interno.

## 2.1. El derecho de las relaciones exteriores

El derecho de las relaciones exteriores —en inglés, *Foreign Relations Law*— se define como el derecho interno de un Estado que regula la manera en que ese Estado se relaciona con el resto de la comunidad internacional.<sup>41</sup> Se trata de un campo de estudio más o menos reciente, ligado a los sistemas del *common law*, cuyo origen se ubica en Estados Unidos, donde es una disciplina jurídica definida con un recorrido asentado.<sup>42</sup> Por el contrario, el DRE no es un campo de estudio definido en América Latina, Europa o el resto del mundo, aunque algunos países tienen disciplinas con un planteamiento similar.<sup>43</sup> Durante los últimos años el modelo teórico del DRE ha logrado su expansión a otros sistemas jurídicos, en parte, gracias

<sup>41</sup> Véase, Curtis A. Bradley, “What is Foreign Relations Law?” en *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, ed. Curtis A. Bradley (Nueva York: OUP, 2019), 3; Helmut P. Aust y Thomas Kleinlein, “Introduction. Bridges under Construction and Shifting Boundaries,” en *Encounters between Foreign Relations Law and International Law. Bridges and Boundaries*, eds. Helmut P. Aust y Thomas Kleinlein, (Cambridge: CUP, 2021), 9; Thomas Giegerich, “Foreign Relations Law,” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, párr. 1, consultado el 2 de diciembre de 2022, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e937>

<sup>42</sup> Sobre los orígenes y la evolución del derecho de las relaciones exteriores como disciplina jurídica autónoma véase, Curtis A. Bradley, “Foreign Relations Law as a Field”, *AJIL Unbound* 111, (2017): 316-20; Bradley, “What is Foreign Relations Law?”, 8-13; Curtis A. Bradley, Ashley Deeks y Jack L. Goldsmith, *Foreign Relations Law: Cases and Materials* (Maryland: Aspen Publishing, 2020), 1-33.

<sup>43</sup> Disciplinas como el *Droit des relations internationales* en Francia y el *Staatsrecht* III en Alemania, también se enfocan en el derecho interno y las normas internacionales, pero tienen alcances y pretensiones distintas.

al proyecto encabezado por Curtis Bradley, que desembocó en 2019 en la publicación de *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*. Esta extensa obra reúne los trabajos de más de cincuenta expertos y expertas de veinte países y aborda diversos temas de derecho internacional enfocados en el derecho interno de cada Estado.

Este proyecto ofrece una mirada global del contenido de la disciplina y, si bien sus implicaciones todavía están en pleno desarrollo, se puede decir que tiene dos objetivos principales. Por un lado, explorar la posible exportación del modelo teórico del DRE a los ordenamientos jurídicos de otros países. Esto es lo que parece sugerir la primera parte del libro, enfocada en marcar la definición, los límites, las funciones, el método y los retos del DRE como campo de estudio definido, separado de otras ramas jurídicas. En este aspecto, a lo largo del libro es frecuente que los autores acudan a las propuestas teóricas presentadas en esta primera sección para enmarcar sus propios aportes. Por otro lado, la obra emplea el método comparado para analizar los temas que conforman el DRE, lo que ha permitido una mirada panorámica sobre las diversas experiencias nacionales en torno a la aplicación del derecho internacional en diversos ordenamientos jurídicos nacionales.

El DRE no es derecho internacional sino derecho interno y, en ese sentido, se enfoca en analizar la aplicación, interpretación y cumplimiento del derecho internacional respecto de las normas internas. Su contenido es transversal, ya que se halla disperso en todo el ordenamiento jurídico de un Estado: en la constitución; en las leyes; en los códigos civil, penal, procesal o de familia; en las normas administrativas o en las decisiones de los tribunales nacionales.<sup>44</sup> Se trata de la porción del derecho interno que más se vincula con el derecho internacional y por ello siempre tendrá, como el dios romano Jano,<sup>45</sup> dos caras: una mirando hacia afuera, hacia lo internacional, y otra mirando hacia adentro, hacia lo doméstico. Sin embargo, su naturaleza todavía se discute, ya que si bien cierta doctrina remarca que es *solo derecho interno* —según la definición de Bradley—, otros observan ciertos matices. Espósito remarca que el DRE es *primordialmente*, aunque *no exclusivamente*, derecho interno y dice que, aunque pueda solaparse

<sup>44</sup> Bradley, “What is Foreign Relations Law?”, 4.

<sup>45</sup> Jano —dios romano de los portales y de los comienzos y finales— ha sido representado en la numismática, la escultura clásica y en las ilustraciones con dos caras mirando hacia lados opuestos.

con el derecho internacional, ambos términos no se entienden como sinónimos.<sup>46</sup> Otros entienden al DRE como una especie de *derecho híbrido*,<sup>47</sup> ya que el derecho internacional, al entrar a los sistemas jurídicos nacionales, se fusionaría con las normas internas y cambiaría su identidad.<sup>48</sup>

Desde una perspectiva diferente, McLachlan se enfoca en analizar la función que cumple el DRE y define sus cinco concepciones: excluyente, internacionalista, constitucional, diplomática y de asignación.<sup>49</sup> La concepción *excluyente* asigna al DRE la función principal de separar las regulaciones internas de las internacionales. Se ocupa, sobre todo, de fijar límites claros entre las facultades de los distintos poderes del Estado en la gestión y aplicación del derecho internacional, en especial entre el ejecutivo y el legislativo. Propicia también un tope a la intervención del poder judicial en la aplicación o en el control de asuntos internacionales, mediante doctrinas como el *act of state* —del *common law*— o las cuestiones políticas no justiciables, del derecho latinoamericano. Para la concepción *internacionalista*, el DRE se encarga de dotar al derecho doméstico de las normas sustantivas y procesales necesarias para una correcta aplicación del derecho internacional. Según esta concepción, analizar aspectos como los mecanismos nacionales para la conclusión e incorporación de tratados, su jerarquía o la posición interna de la costumbre internacional y de las normas de *ius cogens* resulta de vital importancia para aplicar y hacer cumplir el derecho internacional.

<sup>46</sup> Carlos Espósito, “El derecho español de las relaciones exteriores”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)* 72, no. 2 (2020): 292, quien además sugiere por primera vez la aplicación de la disciplina en España.

<sup>47</sup> Aust y Kleinlein, al igual que Stephan, señalan que el DRE podría considerarse una especie de derecho híbrido entre el derecho interno y el internacional, en cuanto a sus efectos —los primeros— o su naturaleza —el segundo—.

Véase, Paul B. Stephan, “Comparative International Law, Foreign Relations Law, and Fragmentation: Can the Center Hold?”, en *Comparative International Law*, eds. Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier y Mila Versteeg (Nueva York, OUP, 2018), 53-70; Aust y Kleinlein, “Introduction. Bridges under Construction...”, 2.

<sup>48</sup> Stephan, “Comparative International Law...”, 62.

Para una caracterización similar respecto de América Latina véase, René Uruena, “Domestic Application of International Law in Latin America”, en *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Law*, ed. Bradley, 565-81, quien lo define como un “derecho interno transnacional”.

<sup>49</sup> Véase, Campbell McLachlan, “Five Conceptions of the Function of Foreign Relations Law”, en *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Law*, ed. Bradley, 21-43.

Por otro lado, la concepción *constitucional* del DRE se enfoca en las normas de la constitución que dan forma al diseño institucional de las relaciones exteriores de un orden jurídico concreto. Bajo esta mirada, la distribución y alcance de las competencias de los órganos del Estado en la aplicación del derecho internacional y de los derechos humanos resulta un tema de especial trascendencia.<sup>50</sup> La concepción *diplomática* enfoca su análisis en las normas internas para una conducción eficaz de las relaciones exteriores de un Estado.<sup>51</sup> Por último, según la concepción *asignativa*, el DRE fija un conjunto de regulaciones sobre la jurisdicción y las normas aplicables a un determinado conflicto con elementos internacionales. A través de estas normas de derecho interno se fijan tanto la competencia de los tribunales como las pautas para decidir qué regulaciones jurídicas se aplican, si las nacionales o las internacionales.<sup>52</sup>

Por último, conviene resaltar que la doctrina también plantea algunas objeciones y preocupaciones frente a la idea de crear o promover una disciplina jurídica como el DRE. Muchas de estas críticas plantean cuestiones determinantes para su rumbo, sobre todo en relación con los efectos que podría tener sobre el derecho internacional público y los derechos humanos.<sup>53</sup> Otras miradas ponen en tela de juicio los riesgos de trasplantar el DRE —un campo de estudio que nació y se desarrolló en Estados Unidos— en países del Sur Global<sup>54</sup>. Estas críticas, a pesar de su enorme relevancia y pertinencia, no se abordan en este trabajo.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, 24-8.

<sup>51</sup> *Ibíd.*, 34-6.

<sup>52</sup> Véase, Campbell McLachlan, *Foreign Relations Law* (Cambridge: CUP, 2014), xxi, 5 y ss., donde señala que esta sería la función principal de la disciplina.

<sup>53</sup> Véase, Karen Knop, “Foreign Relations Law: Comparison as Invention,” en *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, ed. Curtis Bradley (Nueva York: OUP, 2019), 45-61; Campbell McLachlan, “The Present Salience of Foreign Relations Law,” en *Encounters between Foreign Relations Law and International Law. Bridges and Boundaries*, eds. Helmut Aust y Thomas Kleinlein (Cambridge: CUP, 2021), 355-372; Anne Peters, “The American Law Institute’s Restatement of the Law: Bastion, Bridge and Behemoth,” *European Journal of International Law* 32, no. 4 (2021): 1377-398.

<sup>54</sup> Véase, René Urueña, “Domestic Application of International Law...,” 565-81; Michael Riegner, “Comparative Foreign Relations Law between Center and Periphery: Liberal and Postcolonial Perspectives,” en *Encounters between Foreign Relations Law and International Law. Bridges and Boundaries*, eds. Helmut Aust y Thomas Kleinlein (Cambridge: CUP, 2021), 60-85; Prabhakar Singh, “Finding Foreign Relations Law in India: A Decolonial Dissent”, en *Encounters between Foreign Relations Law and International Law. Bridges and*

## 2.2. El Derecho internacional comparado

Hablar de Derecho internacional comparado parece una contradicción, un *oxímoron*. Si el derecho internacional se entiende como el ordenamiento jurídico de la comunidad internacional, que aspira a ser universal y uniforme, pareciera no tener mucho sentido hablar de comparación. Así, la mayoría de los operadores jurídicos, al igual que ciertos sectores académicos, *perciben* el derecho internacional como lo suficientemente uniforme como para dejar un margen demasiado estrecho para la comparación.<sup>55</sup> Más aún, como disciplina que teme por su excesiva fragmentación y cuyo talón de Aquiles es su cumplimiento efectivo, los intentos por emplear *miradas diversas* para estudiarlo pueden ser vistos como amenazas a esas aspiraciones de universalidad y uniformidad.<sup>56</sup> Sin embargo, desde hace algunos años, el DIC discute estos postulados, al sugerir, por un lado, que la práctica de los Estados en la aplicación del derecho internacional dista de ser uniforme<sup>57</sup> y, por otro, que emplear el método comparado al derecho internacional no solo es posible sino deseable.<sup>58</sup> Estos nuevos enfoques desafían la mirada tradicional sobre el derecho internacional, ya que transmiten que “lejos de ser uniforme y universal, es más bien contingente, local y, en cierta medida, inevitablemente diverso”.<sup>59</sup>

---

*Boundaries*, eds. Helmut Aust y Thomas Kleinlein (Cambridge: CUP, 2021), 86-107; Yifeng Chen, “To Domesticate the International: The Ideology of Foreign Relations Law”, *The Chinese Journal of Comparative Law* 9, no. 3 (2021): 289-303.

<sup>55</sup> Véase, Mark W. Janis e Ian Brownlie, “Comparative Approaches to the Theory of International Law,” *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 80, (1986): 152-7.

<sup>56</sup> Martti Koskenniemi, “The Case for Comparative International Law”, *Finish Yearbook of International Law* 20, (2009): 1-8, en p. 3, donde además pone de resalto el alto nivel de compromiso con la disciplina que sienten las y los internacionalistas, algo que no es común en otras ramas del derecho.

<sup>57</sup> Véase, Anthea Roberts, *Is International Law International?* (Nueva York: OUP, 2017).

<sup>58</sup> Véase, Koskenniemi, “The Case for Comparative International Law;” Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier y Mila Versteeg, “Comparative International Law: Framing the Field,” *AJIL* 109, no. 3 (2015): 467-74; Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier y Mila Versteeg (eds.), *Comparative International Law*, (Nueva York: OUP, 2018).

<sup>59</sup> Stpehan, “Comparative Internarional Law...,” 62, quien además entiende que la uniformidad y la universalidad no son esenciales para la supervivencia del derecho

Pero la interrelación entre derecho internacional y derecho comparado, al igual que la propia denominación “derecho internacional comparado”, no es una completa novedad.<sup>60</sup> El comienzo de lo que podríamos llamar la *primera ola* del DIC se ubica en torno a las décadas de los 60 y 70, al abrigo de la polarización política y jurídica de la Guerra Fría y a las diferencias entre la aplicación del derecho internacional en occidente y la Unión Soviética.<sup>61</sup> Sin embargo, esa primera ola no llegó muy lejos y durante la última década (2010-2020) se ha producido una *segunda ola*. Esta se caracteriza por un interés renovado de la doctrina en sus ventajas metodológicas y sustantivas, que ha conducido a un cierto renacimiento de la disciplina.<sup>62</sup> Si bien existe una abundante literatura sobre distintas aproximaciones nacionales, políticas e históricas al derecho internacional,<sup>63</sup> en lo que aquí interesa conviene resaltar los esfuerzos de esta doctrina por enfocarse en la estructura del DIC como disciplina autónoma y definida, y no como un simple método o mirada aplicada a estudiar temas de derecho internacional.

Varios han sido los hitos de la doctrina en la (re)construcción de esta disciplina. En 2009, Koskenniemi discutió las percepciones acerca de la uniformidad y universalidad del derecho internacional y destacó la necesidad de aplicar una perspectiva comparada a su estudio.<sup>64</sup> En 2011, Roberts analizó el papel de los tribunales nacionales en la aplicación del derecho internacional, advirtió los distintos alcances que tal aplicación

---

internacional, ya que no lo priva ni de sus funciones esenciales ni de las garantías para un desenvolvimiento adecuado.

<sup>60</sup> Véase, Koskenniemi, “The Case for Comparative International Law,” 1-2; Boris N. Mamlyuk y Ugo Mattei, “Comparative International Law,” *Brooklyn Journal of International Law* 36, no. 2 (2011): 386-452; Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier y Mila Versteeg, “Conceptualizing Comparative International Law”, en *Comparative International Law*, eds. Roberts, Stephan, Verdier y Versteeg, 4-5.

<sup>61</sup> Mamlyuk y Mattei, “Comparative International Law,” 388 y ss., con un detallado análisis de los orígenes del derecho internacional comparado, de su taxonomía y de aportes doctrinales durante la primera etapa de la disciplina.

<sup>62</sup> Roberts, Stephan, Verdier y Versteeg, *Comparative International Law*, 5, donde señalan una serie de trabajos académicos publicados entre 2009 y 2016 que consideran aportes significativos a este resurgimiento del derecho internacional comparado.

<sup>63</sup> Véase, Roberts, Stephan, Verdier y Versteeg “Conceptualizing Comparative International Law,” 4-5.

<sup>64</sup> Koskenniemi, “The Case for Comparative International Law.”

puede tener y sugirió que precisamente en esas diferencias se encuentra la base “de un fenómeno que denomino derecho internacional comparado [...], el cual] fusiona la sustancia del derecho internacional con metodologías de derecho comparado”.<sup>65</sup> Ese mismo año, Mamlyuk y Mattei analizaron detalladamente los antecedentes históricos del derecho internacional comparado, definieron algunos puntos de encuentro entre la disciplina y el derecho internacional y brindaron algunas pinceladas metodológicas.<sup>66</sup> En 2015, Roberts, Stephan, Verdier y Versteeg coordinaron un simposio sobre derecho internacional comparado que se publicó en el *American Journal of International Law*,<sup>67</sup> donde se fijaron algunas bases teóricas como disciplina jurídica separada del derecho internacional<sup>68</sup> y se discutieron también algunas problemáticas concretas. Así mismo, en 2016, Aust y Nolte editaron una obra colectiva sobre la interpretación del derecho internacional por los tribunales nacionales, que discute la aspiración de uniformidad del derecho internacional y da muestras de su diversidad.<sup>69</sup>

Ahora bien, el verdadero hito de esta segunda ola del DIC es sin duda el proyecto encabezado por Roberts, que culminó con la publicación de la obra colectiva *Comparative International Law*.<sup>70</sup> Allí señala como una primera definición que la disciplina “implica identificar, analizar y explicar similitudes y diferencias en la forma en que los actores de los distintos sistemas jurídicos entienden, interpretan, aplican y abordan el derecho internacional”.<sup>71</sup> Si bien aún parece pronto para evaluar las implicaciones teóricas y epistemológicas de este proyecto, dos razones sugieren su enorme relevancia para el DIC. En primer lugar, que su principal objetivo es sistematizar y dar coherencia a la disciplina, algo que hasta ese momento no

<sup>65</sup> Anthea Roberts, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law,” *International and Comparative Law Quarterly* 60, (2011): 73.

<sup>66</sup> Mamlyuk y Mattei, “Comparative International Law.”

<sup>67</sup> El simposio se titula *Exploring Comparative International Law*, se publicó en el volumen 9, no. 3 (2015), <https://www.jstor.org/stable/10.5305/amerjintelaw.109.issue-3>

<sup>68</sup> Roberts, Stephan, Verdier y Versteeg, “Comparative International Law...”

<sup>69</sup> Helmut P. Aust y Georg Nolte, *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence* (Nueva York: OUP, 2016).

<sup>70</sup> Roberts, Stephan, Verdier y Versteeg, *Comparative International Law*.

<sup>71</sup> Roberts, Stephan, Verdier y Versteeg, “Comparative International Law...,” 469; y Roberts, Stephan, Verdier y Versteeg, *Comparative International Law*, 6.

se había intentado.<sup>72</sup> Los trabajos publicados previamente sin duda fueron bases importantes, pero no lograron el grado de madurez y sistematización de este último libro, que aporta un marco teórico y uno metodológico para la disciplina.<sup>73</sup> En segundo lugar, que el proyecto también pone en práctica ese marco, en tanto las contribuciones exploran problemáticas internacionales concretas que aplican una perspectiva comparada y se valen de algunas de las pautas metodológicas propuestas.<sup>74</sup>

Entre las múltiples ventajas de emplear una perspectiva comparada al estudio del derecho internacional, esta doctrina señala que puede ayudar a entender y explicar el efecto que podrían tener factores como el diseño constitucional de cada Estado, sus tradiciones jurídicas y, en general, las reglas que determinan la recepción y aplicación de las fuentes jurídicas internacionales por los órganos internos.<sup>75</sup> Bajo este último aspecto hay una cierta coincidencia con el DRE, ya que su contenido también comprende las regulaciones internas de un determinado Estado vinculadas a la aplicación del derecho internacional, lo cual ha ocupado un papel relevante en el estudio de ambas disciplinas. El estudio que se propone en este trabajo se inserta, precisamente, en esa *intersección* entre el DRE y el DIC, punto de encuentro poco explorado por la doctrina actual pero que tiene, a mi juicio, un potencial enorme.

### 2.3. Los tribunales nacionales y la aplicación del derecho internacional

El papel de los jueces y tribunales nacionales en la aplicación y cumplimiento del derecho internacional es una cuestión que ha ocupado un espacio

<sup>72</sup> Roberts, Stephan, Verdier y Versteeg, *Comparative International Law*, 6.

<sup>73</sup> Algunos capítulos se enfocan exclusivamente en aspectos teóricos —como el de Stephan, sobre los puntos de contacto entre el DRE y el DIC, o el de Krisch sobre las distintas facetas del derecho internacional en Alemania— y otros en aspectos metodológicos —como el de Linos, sobre la elección de los casos de estudio en derecho internacional, o los de Ginsburg o Verdier y Versteeg, sobre el análisis empírico aplicado al derecho internacional—.

<sup>74</sup> Entre estos temas pueden mencionarse la aplicación del derecho internacional por los parlamentos o los servicios de inteligencia, la problemática de los refugiados o de los derechos humanos de las mujeres, o la aproximación al derecho internacional de Estados con gobiernos autocráticos como Rusia o China.

<sup>75</sup> Roberts, Stephan, Verdier y Versteeg, *Comparative International Law*, 6-8.

más o menos relevante en la doctrina internacionalista del siglo xx.<sup>76</sup> Sin embargo, durante las últimas décadas se observa un notable resurgimiento del tema por parte de la doctrina<sup>77</sup> y de ciertas instituciones internacionales.<sup>78</sup> Además, la cuestión atraviesa tanto al DRE como al DIC, y constituye un importante punto de contacto entre ambas disciplinas, las cuales le han dedicado un espacio considerable en sus estudios doctrinarios.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Véase, *v. gr.*, Hersh Lauterpacht, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law,” *British Yearbook of International Law* 10, (1929); Richard A. Falk, *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order* (Nueva York: Syracuse University Press, 1964); Antônio Augusto Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts”, *Archives des Völkerrechts* 3, no. 4 (1978): 333-70; Francis A. Mann, *Foreign Affairs in English Courts* (Oxford: Clarendon Press, 1986); Eyal Benvenisti, “Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts,” *European Journal of International Law* 4, no. 2 (1993): 159-83; Robert Y. Jennings, “The Judiciary, International and National, and the Development of International Law,” *International and Comparative Law Quarterly* 45, (1996): 1-12; Benedetto Conforti y Francesco Francioni (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (Leiden: Martinus Nijhoff, 1997).

<sup>77</sup> Véase, *v. gr.*, Karen Knop, “Here and There: International Law in Domestic Courts,” *NYU Journal of International Law and Politics* 32, no. 2 (2000): 501-36; Mattias Kumm, “International Law in National Courts: The International Rule of Law and the Limits of the Internationalist Model,” *Virginia Journal of International Law* 44, no. 1 (2003): 19-32; Shaheed Fatima, *Using International Law in Domestic Courts* (Oxford: Hart Publishing, 2005); Yuval Shany, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts* (Nueva York: OUP, 2007); André Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law* (Nueva York: OUP, 2011); Dinah Shelton (ed.), *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion* (Nueva York: OUP, 2011).

<sup>78</sup> Institut de Droit International, *The Activities of National Judges and the International Relations of their State*, 7 de septiembre de 2003, [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1993\\_mil\\_01\\_en.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1993_mil_01_en.pdf)

<sup>79</sup> Véase, *v. gr.*, Neha Jain, “The Democratizing Force of International Law: Human Rights Adjudication by the Indian Supreme Court,” en *Comparative International Law*, eds. Roberts, Stephan, Verdeir y Versteeg (Nueva York: OUP, 2018), 319-36; Shaheed Fatima, “The Domestic Application of International Law in British Courts,” en *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, ed. Bradley (Nueva York, OUP, 2019), 485-500; Ernest Yaw Ako y Richard F. Oppong, “Foreign Relations Law in the Constitutions and Courts of Commonwealth African Countries,” en *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, ed. Bradley (Nueva York, OUP, 2019), 583-600; Congyan Cai, “International Law in Chinese Courts during the Rise of China,” en *Comparative International Law*, eds. Roberts, Stephan, Verdeir y Versteeg (Nueva York: OUP, 2018), 295-318.

Esta creciente relevancia y actualidad del tema viene dada por el papel crucial que los tribunales nacionales tienen hoy en problemáticas íntimamente ligadas al derecho internacional, como la protección de los derechos humanos, la defensa del Estado de derecho, la justicia transicional o el cambio climático. La naturaleza de estos conflictos —sumado al rol de los sistemas regionales y de un derecho cada vez más global— hace que los tribunales nacionales operen “en una zona mixta que no es ni totalmente nacional ni totalmente internacional”.<sup>80</sup> Así, si bien el derecho interno establece la competencia y ámbitos funcionales de los tribunales nacionales, el derecho internacional aporta normas sustantivas que les resultan esenciales para resolver dichos conflictos. En los términos expuestos por Scelle en su teoría del *dédoublement fonctionnelle*, el poder judicial —al igual que el ejecutivo y el legislativo—, además de actuar como órgano interno, también lo hace como “órgano” internacional, ya que despliega funciones valiosas dirigidas a cubrir lagunas jurídicas internas, hacer cumplir el derecho internacional o asegurar la compatibilidad del derecho doméstico respecto del orden internacional.<sup>81</sup> Siguiendo el mismo razonamiento, Roberts argumenta que los tribunales nacionales tienen una *función dual*, ya que se ocupan tanto de la aplicación como de la creación del derecho internacional, lo cual requiere cierto equilibrio que, de no alcanzarse, puede resultar problemático.<sup>82</sup>

Bajo esta óptica, el control de convencionalidad de la Corte IDH es un ejemplo perfecto tanto de lo que sugirió Scelle como de lo que argumenta Roberts. Esta doctrina les atribuye a jueces y tribunales nacionales la función de aplicar de oficio un examen de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho internacional, en especial respecto del sistema interamericano para actuar así como “jueces interamericanos”.<sup>83</sup> Si bien la

<sup>80</sup> Nollkaemper, *National Courts and the International Rule...*, 1.

<sup>81</sup> Véase, Georges Scelle, “Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international”, *Colección de cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya* 55, (1936): 91-106.

<sup>82</sup> Roberts, “Comparative International Law? The Role ...”, 57-92.

<sup>83</sup> Véase, Corte IDH, *caso Cabrera García y Montiel Flores c. México*, 2010, voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 57 y 87; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales* 9, no. 2 (2011): 620, donde, *v. gr.*, señala que “los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que

extensión de esta doctrina ha sido considerada por algunos sectores como una imposición *ultra vires* de la Corte IDH, lo cierto es que este tipo de mecanismos puede entenderse como una especie de salvavidas en auxilio de uno de los problemas más acuciantes del derecho internacional: el de su cumplimiento efectivo por los Estados. En este sentido, los pocos estudios empíricos y estadísticos que existen sobre la aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales no son muy alentadores, ya que muestran una cierta apatía por el derecho internacional e incluso una ausencia absoluta de su aplicación.<sup>84</sup> Esto sugiere que los problemas de aplicación e interpretación conforme al derecho internacional aún persisten, situación que demanda reforzar los estudios teóricos y empíricos enfocados en el derecho interno.

Siguiendo con el análisis de Nollkaemper, dos funciones de los tribunales nacionales resultan fundamentales para lograr un cumplimiento efectivo del derecho internacional: la de contrastar la legalidad de los actos internos a la luz de las obligaciones internacionales para asegurar su conformidad, por un lado, y la de interpretar, determinar y desarrollar el derecho internacional, por otro.<sup>85</sup> Tal como quedó dicho, ambas funciones se vinculan estrechamente con el DRE, ya que la actuación de los tribunales nacionales indiscutiblemente tiene una doble cara, la internacional y la interna, aunque esta última, a pesar de su importancia, suele obviarse en ciertos análisis internacionales. De igual manera, la actuación de los tribunales nacionales puede ayudar a complementar el derecho internacional al proveer ciertas condiciones para su cumplimiento adecuado. Incluso en determinadas circunstancias el derecho interno puede ir más allá de lo que le demanda el orden internacional, como cuando sus normas constitucionales elevan el rango interno de los tratados o de la costumbre internacional, cuando prevé la aplicación directa de las normas internacionales, cuando impone la interpretación conforme o lisa y llanamente establece la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

En definitiva, de estas ideas se desprende la necesidad de señalar y analizar aquellas regulaciones internas que puedan tener un impacto directo en la decisión de los tribunales nacionales de aplicar el derecho

---

tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos”.

<sup>84</sup> Nollkaemper, *National Courts and the International Rule...*, 7-12.

<sup>85</sup> *Ibíd.*, 9.

internacional. El objetivo principal de este trabajo es identificar, en clave comparada, los aspectos de derecho interno que pudieron afectar las decisiones de los máximos tribunales de Argentina y España sobre el enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad que se cometieron en ambos países. Para ello se requiere, en primer lugar, examinar de qué manera se aplicaron e interpretaron las normas internacionales en cada caso para, en segundo lugar, establecer los aspectos internos que pudieron incidir directamente en tales decisiones.

### 3. Los tribunales nacionales y la justicia transicional en Argentina y España

#### 3.1. La aplicación del derecho internacional por parte de la Corte Suprema de Justicia de Argentina

En la década de los 60 y 70, Latinoamérica —en especial los países del Cono Sur— estuvo sometida a una seguidilla de dictaduras, gobiernos autocráticos o gobiernos civiles manejados desde las sombras por logias militares. Con el derrocamiento del presidente chileno Salvador Allende a manos de Pinochet (1973), inició un periodo oscuro para Sudamérica: el “Plan Cóndor”.<sup>86</sup> El objetivo de este plan sistemático y generalizado contra la población civil implicaba la perpetración de numerosos crímenes y violaciones graves a los derechos humanos como asesinatos, desapariciones forzadas de personas, torturas, delitos sexuales, apropiación de niños y detenciones ilegales, cometidos contra todas las personas que no encajaran en el perfil deseado por las dictaduras. En el caso de Argentina, entre 1975 y 1983 se puso en marcha un verdadero *terrorismo* de Estado, con el plan criminal más sangriento jamás pergeñado en el país. Las fuerzas armadas y de seguridad —con auxilio imprescindible de sectores de inteligencia, del Poder Judicial, de la Iglesia católica, del empresariado y de otros actores

<sup>86</sup> Los procesos judiciales llevados a cabo en Argentina lograron demostrar que en esa parte del continente se impuso una “asociación ilícita de carácter regional” entre las dictaduras de Argentina, Chile, Paraguay, Brasil, Uruguay, Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia, con apoyo directo de Estados Unidos. Véase, Lupe Gallano (ed.), *A 40 años del Plan Cóndor* (Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, 2015), [https://issuu.com/ippdh/docs/a\\_40\\_a\\_\\_os\\_del\\_c\\_\\_ndor](https://issuu.com/ippdh/docs/a_40_a__os_del_c__ndor)

extranjeros— implementaron crímenes atroces.<sup>87</sup> Sin embargo, hacia 1983 —con la dictadura sumamente debilitada, en especial por una profunda crisis económica y social, al igual que por las funestas consecuencias de la Guerra de las Malvinas— se convocaron elecciones democráticas en las que el candidato Raúl Alfonsín fue electo presidente.

Luego del retorno de la democracia, el modelo de justicia transicional implementado por el nuevo gobierno tuvo dos ejes principales. En primer lugar, creó la CONADEP, encargada de investigar los crímenes cometidos durante la dictadura, en especial el destino de las personas desaparecidas, de cuya tarea presentó el informe titulado *Nunca más*.<sup>88</sup> En segundo lugar, decidió enjuiciar criminalmente a los responsables de los crímenes. Si bien en un primer momento se impulsó un enjuiciamiento a través de la jurisdicción militar, ante la actitud de entorpecimiento de las autoridades militares, la justicia civil reclamó luego el expediente y asumió el control del proceso. En 1985, el proceso judicial conocido como *Juicio a las juntas militares* condenó a cinco jefes militares a distintas penas de prisión efectiva y declaró que en Argentina se había implementado un plan sistemático de secuestros, torturas y exterminio, que calificó los hechos mediante los tipos penales vigentes en la época.<sup>89</sup> Durante el debate se analizaron incontables documentos y discutieron numerosas cuestiones jurídicas, aunque la mayoría de derecho penal, ya que el derecho internacional quedó en cierta forma relegado del proceso.<sup>90</sup> En 1986, la Corte Suprema de la Nación Argentina (CSJN) convalidó la sentencia de la Cámara.<sup>91</sup> Si bien su decisión rechazó todos los planteos contra la condena, sus fundamentos

<sup>87</sup> Véase, Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) *Nunca más. Informe de la CONADEP* (Buenos Aires: Eudeba, 2016); Osvaldo Bayer (ed.), *El terrorismo de Estado en la Argentina: apuntes sobre su historia y sus consecuencias* (Buenos Aires: Instituto Espacio para la Memoria, 2011).

<sup>88</sup> CONADEP, *Nunca más...*

<sup>89</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, *Causa 13/84*, sentencia de 9 de diciembre de 1985, <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13/cap20.html>

<sup>90</sup> Una de las estrategias de la Fiscalía en el proceso fue no acudir a teorías ni argumentaciones de derecho internacional que, para la época, aún resultaban ajenas al derecho argentino y podían entorpecer el curso del juicio e incluso las pretendidas condenas. Sobre los debates en torno al uso del derecho internacional. Véase, Carlos S. Nino, *Juicio al mal absoluto* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015), 253, 285-8.

<sup>91</sup> CSJN, *causa 13/84*, sentencia de 30 de diciembre de 1986.

jurídicos no refirieron al derecho internacional ni a los derechos humanos. Aun así, ambas decisiones judiciales resultaron fundamentales en la transición argentina, pues significaron la ratificación de la trascendencia institucional y democrática de enjuiciar los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura.

Pese a estos primeros logros en sede judicial, la vía de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes durante esta etapa no prosperó. Luego de una serie de presiones de los sectores militares, y ante la debilidad del nuevo gobierno democrático, se aprobaron dos leyes de amnistía, conocidas como leyes de punto final y de obediencia debida.<sup>92</sup> Ambas significaron, a partir de 1989, el cierre de la vía judicial para investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes de la dictadura.<sup>93</sup> Finalmente, el camino de la impunidad quedó sellado con una serie de indultos dictados por el gobierno de Carlos Menem entre 1989 y 1990,<sup>94</sup> que beneficiaron por igual a personas condenadas y procesadas.<sup>95</sup> Durante más de una década, los procesos judiciales por los crímenes de lesa humanidad cometidos en Argentina quedaron virtualmente paralizados, con excepción de las causas por sustracción de niños, delitos que habían sido exceptuados de esas normas.

Sin embargo, a partir de los 2000 una serie de factores internos y externos<sup>96</sup> contribuyeron al comienzo de una nueva etapa que podría

<sup>92</sup> Ley 23.492 —de punto final—, de 23 de diciembre de 1986; Ley 23.521 —de obediencia debida—, de 4 de junio de 1987.

<sup>93</sup> Marcelo A. Sancinetti y Marcelo Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos: La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas (Argentina)* (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 330-40.

<sup>94</sup> Decretos PEN 1002/89 y 1005/89, de 7 de octubre; y 2741/90, 2745/90 y 2746/90, de 29 de diciembre.

<sup>95</sup> Para un comentario sobre la naturaleza de los indultos y la cuestión de su constitucionalidad véase, Sancinetti y Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos...*, 345 y ss.

<sup>96</sup> Entre los *factores internos* pueden mencionarse los incesantes reclamos de diversos sectores políticos y sociales —en especial de organismos de derechos humanos como Abuelas de Plaza de Mayo, Madres de Plaza de Mayo, el Centro de Estudios Legales y Sociales o la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos— por la reapertura de los juicios, los procesos judiciales denominados “juicios de la verdad”, las excavaciones e identificación de restos de desaparecidos realizadas por el Equipo Argentino de Antropología Forense y la derogación de las leyes de punto final y obediencia debida. Entre los *factores externos* se destacan particularmente los avances del sistema interamericano en materia de criminalidad masiva estatal y los procesos judiciales llevados a cabo en Italia

designarse de *justicia postransicional*, por la década que la separa de la transición *stricto sensu*.<sup>97</sup> El juez de instrucción Gabriel Cavallo declaró, en 2001, la nulidad e inconstitucionalidad de las leyes de amnistía y de los indultos y citó a prestar declaración indagatoria a dos acusados de crímenes cometidos durante la dictadura.<sup>98</sup> La resolución utilizó numerosos fundamentos de derecho internacional, como la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, el valor jurídico de la costumbre internacional y de las normas de *ius cogens*, y el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. A partir de esta decisión, resoluciones de diversos juzgados de instrucción generaron el reinicio de algunos procesos penales en varios puntos del país. Sin embargo, la reapertura se consolidó recién a partir de las sentencias de la CSJN en los casos *Arancibia Clavel* y *Simón*, las cuales declararon la imprescriptibilidad de esos crímenes y fueron determinantes para consolidar la vía judicial.

En el caso *Arancibia Clavel* (2004), la CSJN declaró que en el derecho argentino los crímenes de lesa humanidad eran imprescriptibles.<sup>99</sup> Dos aspectos de la sentencia son especialmente relevantes en términos de aplicación del derecho internacional:

- a) *Incorporación de estándares de derecho internacional*: Se basó en abundantes fuentes de derecho internacional público y derechos humanos, en especial del ámbito interamericano. Por un lado, recurrió al contenido de diversos tratados internacionales, como

---

y España en ejercicio de la jurisdicción universal, como la causas contra Scilingo, Suárez Mason y Riveros.

Véase, Ricardo R. Gil Lavedra, “Justicia transicional en Argentina: el papel de los tribunales penales”, en *Justicia transicional en Iberoamérica*, eds. Jessica Almqvist y Carlos Espósito (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009), 43-67.

<sup>97</sup> Véase, Cath Collins, “¿El fin de la impunidad? Justicia tardía y acciones judiciales postransicionales en América Latina”, en *Justicia Transicional: historia y actualidad*, ed. Roldán Jimeno Aranguren (Pamplona: Aranzadi, 2017), 241-76.

<sup>98</sup> Juzgado Nacional en lo Criminal y lo Correccional Federal 4, *causa* 866/2000, resolución de 6 de marzo de 2001, <http://hrlibrary.umn.edu/research/argentina/jfcc4-cavallo.html>

<sup>99</sup> CSJN, caso *Arancibia Clavel*, sentencia de 24 de agosto de 2004. Concretamente, declaró que “para la época en que fueron ejecutados los hechos investigados eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para el Estado argentino, de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad” (considerando, 34).

la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,<sup>100</sup> al igual que al Estatuto de Roma para definir los elementos típicos de los crímenes de lesa humanidad. Por otro lado, aplicó los estándares de la jurisprudencia de la Corte IDH, en especial de los *casos Velásquez Rodríguez* —sobre el deber de investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos— y *Barrios Altos*, sobre la invalidez de las leyes de amnistía.<sup>101</sup> La Corte IDH empleó estos fundamentos, además de calificar los crímenes según el derecho internacional, para descartar una posible vulneración al principio de irretroactividad de la ley penal.

- b) *Valor del derecho internacional consuetudinario en el derecho argentino:* La sentencia señaló que el derecho internacional consuetudinario ya establecía que, al momento de los hechos, los crímenes de guerra y de lesa humanidad eran imprescriptibles. Más importante aún, dijo que la costumbre internacional tenía una posición vinculante en el derecho interno y que delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas o el homicidio eran considerados crímenes contra la humanidad con base en las normas constitucionales argentinas.<sup>102</sup>

En el *caso Simón* (2005) la CSJN declaró la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía y ratificó la plena validez constitucional de la ley que había declarado su nulidad.<sup>103</sup> Además, declaró sin efectos jurídicos tanto las leyes de amnistía como cualquier otro acto fundado en ellas que pudiese oponerse al avance de los procesos o al juzgamiento y eventual

<sup>100</sup> CSJN, *caso Arancibia Clavel*, considerandos, 12 y 13.

<sup>101</sup> Corte IDH, *caso Barrios Altos c. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001. Allí, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional de Perú por la aplicación de las leyes de amnistía, a las que declaró incompatibles con la CADH y sin efectos jurídicos, ya que impedían la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos como torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas.

<sup>102</sup> CSJN, *caso Arancibia Clavel*, considerando, 14, donde refiere a la expresión “Derecho de gentes” del artículo 118 CN.

<sup>103</sup> Ley 25.779, de 21 de agosto de 2003.

condena de los responsables.<sup>104</sup> Los fundamentos sobre la aplicación del derecho internacional pueden agruparse en dos ejes:

- a) *La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho argentino*: Destacó que, desde la sanción de las leyes de amnistía, el derecho internacional de los derechos humanos había tenido enormes avances que impedían que el Estado, bajo el pretexto de la paz social o la armonía sociopolítica, vedara el acceso de las víctimas a la justicia.<sup>105</sup> Vinculó esos avances con el nuevo rango constitucional de los tratados de derechos humanos a partir la reforma de 1994 —artículo 75, inciso. 22— y dijo que los deberes internacionales asumidos por el Estado eran incompatibles con las amnistías generales.<sup>106</sup>
- b) *La jurisprudencia de la Corte IDH respecto de las amnistías*: Declaró que la jurisprudencia de la Corte IDH —al igual que los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)— habían impuesto no solo un deber general de respeto a los derechos humanos sino fundamentalmente un deber de garantía, que se traducía en las obligaciones estatales de prevención, investigación, sanción y eventual reparación de cualquier violación a la CADH.<sup>107</sup> Concretamente, la sentencia declaró que el Estado estaba obligado a acatar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la invalidez de las amnistías respecto de crímenes de lesa humanidad, línea jurisprudencial iniciada con el *caso Barrios Altos* (2001).<sup>108</sup> La CSJN tomó esa doctrina convencional e indicó que las amnistías solo conducían a la indefensión de las víctimas y a perpetuar una situación de impunidad, contraria a la CADH.

A partir de la sentencia del *caso Simón*, los tribunales inferiores acataron la doctrina constitucional de la CSJN, lo que provocó la reapertura de las investigaciones archivadas y el inicio de una gran cantidad de nuevos

<sup>104</sup> CSJN, *caso Simón, Julio Héctor y otros*, sentencia de 14 de junio de 2005, pto. 3 parte resolutive.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, considerandos 14 a 19.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, considerandos 16.

<sup>107</sup> *Ibíd.*, considerandos 19.

<sup>108</sup> Corte IDH, *caso Barrios Altos c. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001.

procesos. Las estadísticas oficiales señalan que, hasta diciembre de 2021, se habían pronunciado 265 sentencias, más de mil personas habían sido condenadas, 165 absueltas y más de tres mil investigadas en cientos de procesos judiciales en todo el país.<sup>109</sup>

### 3.2. La aplicación del derecho internacional por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional de España

Entre 1936 y 1939, España sufrió las devastadoras consecuencias de una cruenta guerra civil. El final de ese enfrentamiento dio paso a una brutal y larga dictadura que perduró hasta la muerte de Franco, en noviembre de 1975.<sup>110</sup> La transición implicó la sanción de la Constitución española de 1978 y la promulgación de una amplísima ley de amnistía,<sup>111</sup> que vedó la investigación judicial de los crímenes cometidos y la implementación de cualquier otra medida de reparación. La transición española significó una decisión deliberada y consensuada de evitar la justicia transicional, la imposibilidad de cualquier tipo de investigación —incluso la formación de comisiones de la verdad— sobre lo ocurrido durante dicho periodo.<sup>112</sup>

Luego de la amnistía, los tribunales españoles prácticamente no vieron peticiones para investigar los crímenes cometidos durante el franquismo. Sin embargo, a partir del año 2000 se produjo un momento de inflexión, el inicio

<sup>109</sup> Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, *Informe estadístico sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina*, diciembre de 2021, [https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2021/12/Lesa\\_-informe-diciembre-2021\\_OK.pdf](https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2021/12/Lesa_-informe-diciembre-2021_OK.pdf)

<sup>110</sup> Para una aproximación histórica y política de la guerra civil y la transición véase, Paloma Aguilar, *Memoria y olvido de la guerra civil española* (Madrid: Alianza, 1996); Paloma Aguilar, *Políticas de la memoria y memorias de la política* (Madrid: Alianza, 2008). Para una mirada jurídica y judicial véase, Javier Chinchón Álvarez, “Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición?”, *Entelequia: Revista Interdisciplinar*, no. 7 (2008): 331-54; Gil Gil, *La justicia de transición en España...*; Paloma Aguilar, “Jueces, represión y justicia transicional en España, Chile y Argentina. La justicia transicional en perspectiva histórica”, *Revista Internacional de Sociología* 71, no. 2 (2013): 281-308; Paloma Aguilar y Clara Ramírez-Barat, “Las erráticas y fragmentadas políticas de la memoria en España (1975-2016). ¿Falta de consenso social o de voluntad política y judicial?”, en *Justicia transicional: historia y actualidad*, ed. Jimeno Aranguren (Pamplona: Aranzadi, 2017), 309-36.

<sup>111</sup> Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

<sup>112</sup> Elster, *Rendición de cuentas...*, 80-1; véase también, Tamarit, “Justicia transicional, amnistías y víctimas...”, 344.

de una nueva etapa caracterizada por ciertas irrupciones de la memoria y de políticas de justicia posttransicional.<sup>113</sup> Luego de largas discusiones, se aprobó en 2007 la Ley de Memoria Histórica,<sup>114</sup> la cual incluyó la implementación de una serie de políticas públicas como medidas de reparación, la exhumación de las fosas comunes, la eliminación de los símbolos franquistas y el acceso a los archivos. Si bien la ley mantuvo la regla de la impunidad y la no investigación,<sup>115</sup> por primera vez hubo un repudio oficial al régimen, lo que generó discusiones en la sociedad en torno a la posibilidad de enjuiciar a los responsables de los crímenes cometidos, así como el impulso de esta medida por las organizaciones de familiares de las víctimas.

En ese contexto, en un auto de 2008, el juez de instrucción Baltasar Garzón se declaró competente para investigar penalmente los delitos de lesa humanidad ocurridos en España entre 1936 y 1952.<sup>116</sup> Concluyó que, hacia el comienzo de la guerra civil, los hechos ya revestían el carácter de crímenes contra la humanidad y que por lo tanto debían ser enjuiciados. La resolución autorizó diversas exhumaciones en fosas comunes y la posterior identificación de los restos, de acuerdo con las peticiones que habían formulado las víctimas. Los fundamentos jurídicos de esta decisión judicial recurrieron al derecho internacional de manera abundante, en particular:

- a) *Derecho internacional consuetudinario y crímenes de lesa humanidad*: La resolución calificó los hechos como crímenes de lesa humanidad y los encuadró bajo el delito específico del código penal español.<sup>117</sup> Declaró que, al momento de su comisión, los

<sup>113</sup> Véase, Aguilar y Ramírez-Barat, “Las erráticas y fragmentadas políticas de la memoria...”, 313 y ss., quienes sugieren una serie de factores que favorecieron este nuevo periodo: el recambio generacional, la creación en el 2000 de la ONG Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica y el giro político del Partido Socialista español que se posicionó fuertemente en contra de las raíces franquistas de su principal opositor, el Partido Popular.

<sup>114</sup> Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura —conocida como Ley de Memoria Histórica—.

<sup>115</sup> Gil Gil, *La justicia de transición en España*, 76.

<sup>116</sup> Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción 5 de Madrid, *Diligencias previas – Procedimiento abreviado 399/2006*, auto de 16 de octubre de 2008.

<sup>117</sup> Código Penal español, artículo 607 bis, incorporado por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

crímenes ya estaban prohibidos por el derecho internacional consuetudinario y por las normas de *ius cogens*, lo cual tornaba obligatoria su investigación y enjuiciamiento.

- b) *Tratados internacionales*: La resolución se basó en diversos tratados ratificados por España como la Carta de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), los Convenios de Ginebra de 1949 y el Estatuto de Roma, que contienen obligaciones convencionales para investigar, sancionar y reparar los crímenes.
- c) *Incorporación de estándares de derecho internacional*: La fundamentación jurídica del auto se apoyó fuertemente en la jurisprudencia internacional, tanto de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) —sobre la aplicación retroactiva de la ley penal y el carácter permanente de los delitos— como de la Corte IDH —sobre la proscripción de las amnistías y las obligaciones de investigación, sanción y reparación que pesan sobre los Estados ante violaciones graves a los derechos humanos—.

Pero la resolución no llegó a generar ningún efecto. Luego del recurso presentado por la fiscalía, en 2009 la Audiencia Nacional (AN) revocó el auto y archivó la causa. La AN rechazó su propia competencia para entender en la causa y además objetó la calificación de los crímenes como de lesa humanidad y, en consecuencia, negó su imprescriptibilidad. Declaró la plena validez de la Ley de Amnistía y la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal.<sup>118</sup> No obstante, el golpe de efecto decisivo contra las investigaciones judiciales lo dio, unos años después, el Tribunal Supremo (TS) a través de la STS 101/2012, de 27 de febrero de 2012.<sup>119</sup> En esa sentencia, el TS analizó varios aspectos de derecho internacional:

- a) *Aplicación directa del derecho penal internacional*: La sentencia declaró —equivocadamente, a mi juicio— que como el derecho español no contempla la eficacia directa de las normas internacionales, para aplicar el derecho penal internacional debe seguirse

<sup>118</sup> Para detalles de este proceso véase, Javier Chinchón Álvarez, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 62 y ss.

<sup>119</sup> STS 101/2012, de 27 de febrero de 2012.

el procedimiento constitucional de incorporación de tratados al derecho interno. Según la posición del TS, los tratados pueden desplegar todos sus efectos recién luego de este procedimiento, lo que no resultaba posible para calificar los hechos investigados como crímenes de lesa humanidad.<sup>120</sup>

- b) *Efectos de las normas de ius cogens y de derecho internacional consuetudinario*: Descartó también que el derecho internacional consuetudinario fuera apto “para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles”, lo que además sería violatorio del principio de legalidad.<sup>121</sup> La sentencia rechazó que para la época de comisión de los hechos haya existido una norma de *ius cogens*, basada en la costumbre internacional, que prohibiera las amnistías generales respecto de delitos que afecten el contenido esencial de derechos humanos.<sup>122</sup>
- c) *Irretroactividad de los tratados*: Declaró que la calificación de delitos de lesa humanidad no resultaba aplicable, ya que “el cuerpo normativo que conformaba la legalidad penal internacional no estaba vigente al tiempo de la comisión de los hechos”.<sup>123</sup> Señaló que no resultaba posible aplicar retroactivamente los tratados y demás instrumentos internacionales que disponen la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, ya que ello no solo atentaría contra la seguridad jurídica, sino que sería contrario a la Constitución.<sup>124</sup>
- d) *Empleo de la jurisprudencia de la Corte IDH*: Negó que la jurisprudencia de la Corte IDH utilizada en el auto para fundar el avance del proceso tuviese cualquier tipo de eficacia en el derecho español. Señaló que “esa jurisprudencia no es vinculante para España y no es seguida por el Comité de Derecho Humanos ni el TEDH,

<sup>120</sup> *Ibíd.*, FJ 3, ap. 1.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, FJ 3, ap. 1.

<sup>122</sup> *Ibíd.*, FJ 3, ap. 3.

<sup>123</sup> *Ibíd.*, FJ 3, ap. 1. Allí también declaró que “[e]sta exigencia del principio de legalidad es aplicable al derecho penal internacional, convencional y consuetudinario, sin perjuicio de que su constatación sea tenida en cuenta como criterio hermeneuta de una cultura de defensa de derechos humanos cuyo contenido ha de informar la actuación jurisdiccional”.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, FJ 3, ap. 2.

aunque contribuye al cuestionamiento de la solución vigente en Europa y la sostenibilidad de una postura divergente”.<sup>125</sup>

- e) *Utilización de fundamentos de derecho interno*: El TS también apeló a argumentos de orden interno al destacar que “la ley de amnistía fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un periodo constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977”.<sup>126</sup> Aseguró además que la negativa del Congreso de los Diputados de modificarla en 2011 —para excluir los delitos de guerra y lesa humanidad— mostró la falta de consenso al respecto.<sup>127</sup> Por último, concluyó que la transición “fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley” por lo que “ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso”; corresponde solo al Parlamento una eventual derogación.<sup>128</sup>

Luego de estas decisiones, se produjo un acatamiento absoluto de los tribunales inferiores sobre la imposibilidad jurídica de avanzar con las investigaciones.<sup>129</sup> A partir de entonces, tal como sostuvo el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Desapariciones Forzadas, se produjo “el cierre, archivo, paralización o mínima investigación de cualquier proceso para esclarecer y juzgar los miles de casos de desapariciones forzadas cometidos durante la Guerra Civil española y la dictadura”.<sup>130</sup> Esta situación de impunidad fue denunciada en múltiples ocasiones por la Relatoría Especial de la ONU sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las

<sup>125</sup> *Ibíd.*, FJ 3, ap. 3.

<sup>126</sup> Por todas, STS 101/2012, FJ 3, ap. 3.

<sup>127</sup> La propuesta de modificación de la Ley de Amnistía efectuada en sesión del 19 de julio de 2011 obtuvo 320 votos en contra, 8 a favor y 8 abstenciones.

Véase, *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados n° 264*, sesión plenaria 250, 2011, [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-264.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-264.PDF)

<sup>128</sup> STS 101/2012, FJ 3, ap. 3.

<sup>129</sup> Javier Chinchón Álvarez, Lydia Vicente Márquez y Alicia Moreno Pérez, “La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal —ANIDIP—*, no. 2 (2014), 69, <http://dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.03>

<sup>130</sup> Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España de septiembre de 2013, <https://www.ohchr.org/es/statements/2013/09/default-title>

garantías de no repetición. En 2014, el relator Pablo de Greiff realizó una visita oficial a España, en la cual mantuvo reuniones con miembros de los distintos poderes públicos y de la sociedad civil, a partir de las cuales elaboró un informe dirigido al Consejo de Derechos Humanos en el que dio cuenta detallada de la situación de España frente a los crímenes del pasado.<sup>131</sup> De igual modo, el nuevo relator especial, Fabián Salvioli, indicó en su informe de 2021 que en España “las violaciones cometidas durante el régimen franquista permanecen impunes”.<sup>132</sup>

Finalmente, cabe hacer una breve mención a un reciente auto del Tribunal Constitucional —ATC-80/2021, de 15 de septiembre de 2021— donde se pronunció por primera vez sobre la posibilidad de investigar los crímenes de la dictadura y la guerra civil.<sup>133</sup> El tribunal declaró que los delitos estaban prescritos y que los principios constitucionales de legalidad y de irretroactividad, previstos en la constitución, impedían que las conductas denunciadas pudieran ser investigadas penalmente. No obstante, aclaró que ello no obstaba a que se pudieran llevar adelante otros procedimientos de investigación, búsqueda de la verdad o reparaciones por fuera del proceso penal. Entre los fundamentos jurídicos de la mayoría relacionados con la aplicación del derecho internacional pueden destacarse los siguientes:

- a) *Aplicación del derecho internacional consuetudinario*: Declaró que al momento de la comisión de los hechos denunciados no existía en el derecho interno el tipo penal de los crímenes contra la humanidad, incorporado en 2003 por lo que no era posible recurrir al derecho internacional —en general— ni al consuetudinario —en especial— para definir la tipicidad penal de los delitos, lo que sería contrario al principio de legalidad penal; es decir, no satisfacerían los requisitos de ley escrita, previa y cierta. Además, dijo que este tipo penal consuetudinario correspondiente a los delitos de lesa humanidad tampoco existía en el derecho internacional al momento de los hechos.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56, de 22 de julio de 2014.

<sup>132</sup> Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Fabián Salvioli, A/HRC/48/60, de 9 de julio de 2021, párr. 17.

<sup>133</sup> ATC 80/2021, de 15 de septiembre.

<sup>134</sup> *Ibíd.*, FJ 4.

- b) *Imprescriptibilidad y normas de ius cogens*: Rechazó la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad y, por tanto, su imprescriptibilidad, ya que no existía entonces una norma internacional que impusiere tal atributo.<sup>135</sup> Además, señaló que la obligación absoluta de persecución y castigo de estos crímenes no se desprende ni de la práctica de los Estados ni de su *opinio iuris*, por lo que el carácter vinculante de esa regla no se desprende del orden internacional.<sup>136</sup>
- c) *Obligaciones convencionales de persecución penal de determinados delitos*: Señaló que el fundamento normativo, alcance y contenido del deber de investigar, perseguir y penalizar ciertos crímenes internacionales “no resulta indiscutido”.<sup>137</sup> Indicó varios instrumentos internacionales que no contienen expresamente ni la imprescriptibilidad ni la prohibición de amnistías y que, si bien en el Estatuto de Roma se establece la regla de la imprescriptibilidad, su aplicación solo es posible hacia el futuro.
- d) *Impacto de la jurisprudencia internacional*: El auto declaró que ni el TEDH ni otros órganos internacionales de garantía, como el Comité de Derechos Humanos de la ONU, establecen una obligación expresa de persecución penal de estos delitos. Concluyó:

[L]a ausencia de un criterio unánime respecto de la obligación de investigar basta para entender que no cabe imponer a los tribunales nacionales una investigación y castigo penal frente a conductas sobre las que han operado causas legales extintivas de la responsabilidad penal y, menos aún, una rebaja de las garantías del derecho a la legalidad penal.<sup>138</sup>

El auto tiene tres votos en disidencia que cuestionan la decisión del pleno de no admitir el amparo a trámite y sustanciar el recurso. Los votos apuntan a que la enorme relevancia constitucional que tiene el asunto radica no solo en que es la primera vez que el TC aborda la cuestión, sino en que se discute algo tan importante como la revisión del modelo de justicia

<sup>135</sup> *Ibíd.*, FJ 5.

<sup>136</sup> *Ibíd.*, FJ 6.

<sup>137</sup> *Ibíd.*, FJ 6.

<sup>138</sup> *Ibíd.*, FJ 6.

transicional de España. El voto particular de Balaguer —que cuenta con la adhesión de Xiol Ríos—, es especialmente relevante para el tema aquí analizado, ya que deja abierta la puerta para la discusión de varios puntos clave en el debate. El voto lamenta, en primer lugar, que el pleno del TC no haya permitido el debate constitucional sobre un tema tan crucial como discutir “de qué modo nuestras obligaciones internacionales imponen una revisión de nuestro modelo de justicia transicional”.<sup>139</sup> Menciona luego varios aspectos sobre los que el tribunal pudo haberse expedido y que tienen una importancia crucial: el alcance del principio de legalidad y la eventual aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad de los crímenes, el “juego de relaciones interordinamentales entre los tratados internacionales llamados a perseguir los delitos de lesa humanidad, la Constitución y la legislación interna, en particular la Ley de amnistía, y la introducción en ese modelo de relaciones del derecho internacional consuetudinario con fuerza de *ius cogens*” —cuestión que, a mi juicio, es la clave de bóveda del debate— o el posible desarrollo de un derecho a la verdad, la justicia y la reparación, vinculado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.<sup>140</sup>

Cuando todo parecía inerte, esta novedad jurisdiccional —la primera desde el cierre de las investigaciones por el TS en 2012— deja entrever que todavía no está todo dicho en la reconstrucción colectiva del pasado represivo español.

#### **4. La aplicación interna del derecho internacional en clave comparada: el papel de los tribunales de Argentina y España en los procesos de justicia transicional**

Este apartado realiza una comparación entre el grado de impacto que tuvieron ciertos aspectos del derecho interno de Argentina y España —vinculados con la aplicación del derecho internacional— en las decisiones de los tribunales superiores relacionadas con la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes, analizadas en la sección anterior. El estudio que se presenta se enmarca en los estudios sobre el papel de los tribunales nacionales en la aplicación del derecho internacional, cuestión que —según

<sup>139</sup> ATC 80/2021, voto particular de María Luis Balaguer Callejón, ap. 1. 1.

<sup>140</sup> *Ibíd.*, ap. 2.a).

se dijo— es un punto de encuentro fundamental de los estudios de DRE y DIC.<sup>141</sup> Se analiza, en primer lugar, la aplicación del derecho internacional por parte de los tribunales argentinos, que contribuyeron a la reapertura de los procesos judiciales por crímenes de lesa humanidad. En segundo lugar, se aborda la aplicación del derecho internacional por los tribunales españoles y los factores que condujeron a la clausura definitiva de la vía judicial para investigar los crímenes del franquismo. Cabe aclarar que, para facilitar la comprensión comparada de ambos casos, el análisis de cada Estado sigue la misma estructura analítica: primero, la aplicación de los tratados internacionales y la integración del bloque de constitucionalidad en el derecho interno; segundo, el impacto interno de la jurisprudencia de los tribunales regionales (Corte IDH y TEDH, respectivamente) y, tercero, la aplicación interna del derecho penal internacional, del derecho internacional consuetudinario y de las normas de *ius cogens*.

#### 4.1. La aplicación del derecho internacional por los tribunales argentinos: factores que contribuyeron a la reapertura de los procesos judiciales

Según se señaló en el apartado anterior, durante la primera etapa de la transición argentina (1983-1990) la influencia del derecho internacional fue escasa, casi nula. Si bien los avances internacionales sobre criminalidad masiva estatal no eran ajenos a los asesores jurídicos del gobierno, estos en general mantuvieron una posición crítica sobre los mandatos de derecho internacional respecto del enjuiciamiento penal *à outrance*.<sup>142</sup> Además, las primeras decisiones judiciales —la sentencia del juicio a las juntas (1985) o su convalidación por la CSJN (1986)— no acudieron al derecho internacional para su fundamentación. Sin embargo, la etapa de justicia postransicional (2000–presente) mostró un cambio radical en la aplicación del derecho internacional y de los derechos humanos. El nuevo periodo que inició Argentina con la anulación de las leyes de amnistía y de los indultos en parte fue posible gracias al viraje del sistema constitucional hacia una marcada

<sup>141</sup> Véase el apartado 2. 3. de este trabajo.

<sup>142</sup> Sobre las críticas al rol del derecho internacional y la obligación internacional de castigar penalmente a los responsables por las violaciones a los derechos humanos del régimen anterior véase, Nino, *Juicio al mal absoluto*, 285 y ss.; Nino, “The Duty to Punish...”.

apertura hacia el derecho internacional.<sup>143</sup> En los términos señalados en la primera parte de este trabajo, las características del *derecho argentino de las relaciones exteriores* al momento de estas discusiones jurídicas contribuyeron, al igual que en otros países de América Latina, a una mayor apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>144</sup>

Bajo esta mirada, se pueden distinguir tres aspectos principales que favorecieron este proceso: el rango normativo de los tratados internacionales y la conformación del bloque de constitucionalidad en el derecho argentino, la interpretación amplia de los tribunales nacionales a favor de la aplicación directa del derecho internacional y la amplia recepción de la jurisprudencia internacional, en especial de la Corte IDH.

#### ***4.1.1. Aplicación de los tratados internacionales e integración del bloque de constitucionalidad en el derecho argentino***

Varios aspectos de la Constitución argentina de 1853-1860, primera versión antes de la reforma de 1994, ya mostraban su gran vocación de apertura internacional. Destacan preceptos como el mandato constitucional de celebrar tratados internacionales de paz y comercio con el resto de la comunidad internacional, el fomento de la inmigración, la igualdad expresa para los ciudadanos extranjeros, el efecto directo de las normas internacionales, el reconocimiento del derecho internacional como fuente para el enjuiciamiento penal de crímenes internacionales o las facultades de las provincias de celebrar acuerdos internacionales.<sup>145</sup> En cuanto a la posición de los tratados en el orden interno, el artículo 31 ya establecía en su versión original que los tratados eran “ley suprema de la Nación”. Si bien la interpretación de esta norma generó muchas discusiones y vaivenes de la jurisprudencia de la CSJN,<sup>146</sup> la cuestión quedó finalmente zanjada en el caso *Ekmekdjian* (1992), donde esta declaró que el derecho internacional

<sup>143</sup> En igual sentido, Leonardo Filippini, “La persecución penal en la búsqueda de justicia”, en *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional*, eds. Héctor Olásolo Alonso y Salvador Cuenca Curbelo, S. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 367-88.

<sup>144</sup> Véase, Urueña, “Domestic Application of International Law...,” 572 y ss.

<sup>145</sup> María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada* (Buenos Aires: La Ley, 2005), 322 y ss.

<sup>146</sup> Véase, Germán J. Bidart Campos, *Manual de derecho constitucional argentino* (Buenos Aires: Ediar, 1980), 25-6; Gelli, *Constitución de la Nación Argentina...*, 366-76; María

convencional tenía primacía sobre el derecho interno.<sup>147</sup> El principal fundamento jurídico lo constituyó la incorporación al derecho argentino de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), que establece la imposibilidad de invocar disposiciones de derecho interno para incumplir un tratado. Esta decisión de la CSJN influyó en la incorporación del artículo 75 inciso 22, el cual por un lado, dispone que los tratados tienen rango superior a las leyes y, por otro, otorga jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos taxativamente previstos, así como la posibilidad de añadir otros mediante un determinado procedimiento legislativo.

Esta reforma forjó en el derecho argentino el llamado *bloque de constitucionalidad*, integrado por las normas de la constitución y por los tratados, el cual permitió una aplicación mucho más amplia y efectiva del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>148</sup> Esta excepcional apertura al derecho internacional tuvo un impacto decisivo en la doctrina de la CSJN. Los casos *Arancibia Clavel* (2004) y *Simón* (2005), que declararon la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y la anulación de las leyes de amnistía, se apoyaron extensamente en la jerarquía constitucional de estos tratados.<sup>149</sup> La doctrina de ambas sentencias, como se dijo, fue crucial para el avance de las investigaciones y los procesos de enjuiciamiento de los responsables.

#### 4.1.2. El impacto interno de la jurisprudencia de la Corte IDH

Otro factor importante que facilitó la reapertura de los juicios de lesa humanidad en Argentina fue el impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el derecho doméstico. El alto grado de aplicación interna de la doctrina convencional —de la cosa interpretada— del tribunal de San

---

Gabriela Ábalos, “Avances del control de convencionalidad en Argentina”, *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, no. 1 (2013): 115-34.

<sup>147</sup> CSJN, *caso Ekmekdjian c. Sofovich*, sentencia de 7 de julio de 1992.

<sup>148</sup> Sobre la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina véase, Victor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007).

<sup>149</sup> *V. gr.*, en el *caso Simón* la CSJN se refiere a esta norma en los considerandos 6, 14 y 16, mientras que en *Arancibia Clavel* lo refiere en el considerando 12 de la mayoría y en los considerandos 7 a 10 del voto particular de Boggiano.

José responde tanto a aspectos externos como internos. Los *aspectos externos* se relacionan principalmente con la fuerza expansiva que la Corte IDH ha ido imponiendo gradualmente en América Latina, en especial respecto de las obligaciones en casos de criminalidad masiva estatal.<sup>150</sup> La potencia de ese impacto ha sido el resultado de diversos elementos, entre los que cabe mencionar el rol institucional asumido por la Corte IDH en la región,<sup>151</sup> la obligación de los Estados de implementar el control de convencionalidad<sup>152</sup> y la actuación de la Corte IDH casi como un tribunal constitucional.<sup>153</sup> Según cierta doctrina, estos elementos han conformado un enfoque poliédrico de transformación mediante el derecho público —nacional e internacional— llamado *ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL).<sup>154</sup>

En los *aspectos internos*, ante el silencio de la constitución, la jurisprudencia de la CSJN fue construyendo el valor jurídico interno de la jurisprudencia de la Corte IDH. A partir del *caso Ekmekdjian* y luego de la reforma que introdujo el bloque de constitucionalidad, esa jurisprudencia nacional fue abriéndose camino hasta determinar la obligatoriedad de la cosa interpretada del tribunal de San José. En el *caso Girolodi* (1995), la CSJN reconoció que la Corte IDH es la última intérprete de la CADH, por lo que su jurisprudencia debe ser guía ineludible para interpretar los preceptos convencionales.<sup>155</sup> Añadió que todos los órganos del Estado, incluso la propia CSJN, están obligados a aplicar los tratados ratificados por Argentina, ya que lo contrario podría implicar su eventual responsabilidad internacional.<sup>156</sup> Luego, en el *caso Mazzeo* (2007), la CSJN declaró que los indultos a favor de ciertos condenados por crímenes de lesa humanidad

<sup>150</sup> Véase, Uruña, R., *op. cit.*, p. 572 y ss.

<sup>151</sup> Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, eds. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García (Valencia: Tiranto lo Blanch, 2013), 775.

<sup>152</sup> Véase, Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso...”; García Ramírez, “El control judicial interno...”.

<sup>153</sup> Véase, Ariel E. Dulitzky, “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal* 50, no. 1 (2015): 45-93.

<sup>154</sup> Véase, von Bogdandy, “Configurar la relación entre el derecho constitucional...”.

<sup>155</sup> CSJN, caso *Girolodi*, *Horacio*, sentencia de 7 de abril de 1995, cdo. 11.

<sup>156</sup> *Ibíd.*, cdo. 12.

eran contrarios al derecho constitucional y convencional. Los fundamentos de la sentencia incluyeron la obligación de la CSJN de aplicar el control de convencionalidad de la Corte IDH para analizar la compatibilidad de los actos internos a la luz de la jurisprudencia interamericana, de aplicación obligatoria.<sup>157</sup> Posteriormente, la CSJN mantuvo idéntica doctrina en los casos *Videla* (2010),<sup>158</sup> *Derecho* (2011)<sup>159</sup> y *Acosta* (2012).<sup>160</sup>

No obstante, en una resolución de 2017 vinculada con el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH en el *caso Fontevecchia*<sup>161</sup>, la CSJN declaró que la obligatoriedad de las sentencias de la primera “alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales (...) es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”.<sup>162</sup> Esta decisión parece haber reavivado las discusiones de la doctrina sobre los límites del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH.<sup>163</sup> Sin embargo, todo parece indicar que se trata de una decisión aislada, ya que no se advierte un cambio profundo en la dirección de la doctrina de la CSJN y —mucho menos— que ello pudiera afectar el avance de los procesos judiciales por los crímenes de la dictadura argentina.

<sup>157</sup> CSJN, *caso Mazzeo, Julio*, sentencia de 13 de julio de 2007, cdo. 21.

<sup>158</sup> CSJN, *caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo*, sentencia de 31 de agosto de 2010.

<sup>159</sup> CSJN, *caso Derecho, René Jesús*, sentencia de 29 de noviembre de 2011.

<sup>160</sup> CSJN, *caso Acosta, Jorge Eduardo*, sentencia de 8 de mayo de 2012.

<sup>161</sup> Corte IDH, *caso Fontevecchia y D'Amico c. Argentina*, sentencia de 29 de noviembre de 2011.

<sup>162</sup> CSJN, *Asunto Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico c. Argentina*, sentencia de 14 de febrero de 2017.

<sup>163</sup> Véase, Alejandro Chehtman, “Derecho internacional y derecho constitucional en América Latina”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, no. 9 (2020): 79-106, <http://www.revistaladi.com.ar/index.php/revista-ladi/article/view/75>; y Urueña, “Domestic Application of International Law...”, 576. Cfr. Gonzalo G. Carranza, “Una nueva óptica sobre el control de convencionalidad en Argentina. Comentarios a la resolución de la Corte Suprema de la Nación en el asunto Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, no. 21 (2017): 161-85.

### 4.1.3. Aplicación interna del derecho penal internacional, del derecho internacional consuetudinario y de las normas de *ius cogens*

La aplicación directa y la gran influencia del derecho internacional en el derecho interno fue incentivada por una interpretación favorable y aperturista que durante varios años realizó la CSJN. Pueden rastrearse evidencias en la doctrina de la CSJN sobre dos aspectos:<sup>164</sup> la posición normativa del derecho internacional convencional en el derecho interno y la aplicación de normas de derecho penal internacional derivadas de la costumbre internacional. En relación con esta segunda cuestión, los tribunales nacionales emplean dos líneas argumentales para justificar la aplicación prioritaria de las normas consuetudinarias internacionales, en especial sobre derecho penal internacional. La primera propicia una interpretación constitucional amplia que le permite al poder judicial juzgar crímenes internacionales. Así, se argumenta que la constitución recibe las normas del derecho penal internacional y les otorga el carácter de fuente obligatoria. La segunda sugiere que existe un orden público internacional en cuya cúspide están las normas de *ius cogens*, ubicadas por encima del sistema jurídico interno. En cierta medida esta interpretación es preconstitucional, ya que “se basa en una cierta idea del ordenamiento jurídico (internacional y nacional) que es previa a la interpretación del derecho estatal (incluido el constitucional)”.<sup>165</sup>

Durante las décadas de los 80 y los 90, varios tribunales nacionales utilizaron estas interpretaciones para autorizar la extradición de criminales nazis a diversos países de Europa. La sentencia del *caso Schwammberger* (1989) de la Cámara Federal de La Plata fue señera al respecto: autorizó la extradición de un ciudadano alemán acusado de crímenes de guerra y de lesa humanidad.<sup>166</sup> Esta sentencia, utilizada luego por la propia CSJN para declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad,

<sup>164</sup> Véase, Pablo Parenti, “Informe sobre Argentina”, en *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional: con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, eds. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (Montevideo: Konrad Adenauer, 2008), 26 y ss.

<sup>165</sup> *Ibíd.*, 26.

<sup>166</sup> Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, *caso Schwammberger*, sentencia de 30 de agosto de 1989, voto del juez Schiffrin, considerando 50, <https://www.legal-tools.org/doc/115213/pdf/>

sostuvo que tanto Alemania como Argentina se encontraban sometidas a un orden público internacional y que por lo tanto este tipo de crímenes eran imprescriptibles. Luego, en una sentencia de 1990, la CSJN confirmó la sentencia de la Cámara y concedió la extradición del acusado, aunque sin emplear fundamentos jurídicos relacionados con la recepción interna de la costumbre internacional, las normas de *ius cogens* o el deber de enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad.<sup>167</sup> No obstante, el dictamen del procurador general sí aplicó argumentos de derecho internacional, ya que se refirió a las obligaciones internacionales en materia de los llamados crímenes atroces del derecho internacional.<sup>168</sup>

Algunos años más tarde, en el *caso Priebke* (1995), la CSJN concedió la extradición a Italia de un acusado por genocidio y crímenes de lesa humanidad y utilizó varios fundamentos de derecho internacional. Lo destacado del precedente es que declaró la imprescriptibilidad de los crímenes sobre la base de los principios de *ius cogens*, aunque en el marco del proceso de extradición.<sup>169</sup> Tal como señala Parenti, a partir de este momento la jurisprudencia nacional adoptó una interpretación amplia sobre la recepción interna del derecho penal internacional. Para hacerlo, acudió a los fundamentos de los casos referidos, basados en la costumbre internacional y en el carácter imperativo de las normas de *ius cogens*.<sup>170</sup> Luego, esta apertura allanó el camino para las decisiones de la CSJN, que en los casos *Arancibia Clavel* y *Simón* continuó la misma línea jurisprudencial y ratificó la vinculación del derecho argentino a la costumbre internacional.

En definitiva, la evolución señalada muestra un claro recorrido aperturista del derecho interno argentino hacia el derecho internacional y los derechos humanos. Este proceso permite concluir que el *derecho argentino de las relaciones exteriores*, de acuerdo con las concepciones de McLachlan, es principalmente internacionalista, lo que permite un diálogo constante y efectivo con los órganos regionales e internacionales de protección, en

<sup>167</sup> CSJN, *caso Schwammburger*, sentencia de 20 de marzo de 1990.

<sup>168</sup> Dictamen del Procurador General en el caso *Schwammburger*, de 21 de noviembre de 1989, punto V.

<sup>169</sup> CSJN, *caso Priebke*, sentencia de 2 de noviembre de 1995, declarando que “la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional”.

<sup>170</sup> Parenti, “Informe sobre Argentina”, 29.

especial respecto de la Corte IDH, lo cual favorece en gran medida la tutela de los derechos humanos y, en particular, el cumplimiento de los deberes de investigación, sanción y reparación de las graves violaciones a los derechos humanos.

## 4.2. La aplicación del derecho internacional por los tribunales españoles: factores que condujeron a la clausura definitiva de la vía judicial

Según se dijo, la transición en España se caracterizó por un olvido absoluto del pasado, fundado en la aplicación de la Ley de Amnistía de 1977. Esta norma significó la imposibilidad de la justicia de iniciar cualquier clase de proceso de investigación y eventual sanción de los responsables. A pesar del intento del juez Garzón por investigar los crímenes, la AN y el TS sepultaron definitivamente cualquier iniciativa judicial al respecto. Lo mismo puede decirse sobre la resolución reciente del Tribunal Constitucional, que ha vedado el acceso de las víctimas a la justicia. En términos de aplicación del derecho internacional, la resolución de Garzón y las posteriores decisiones de los máximos tribunales españoles son diametralmente opuestas. Cabe preguntarse si el diseño concreto del *derecho español de las relaciones exteriores* ha determinado —o ha generado incentivos— para que los tribunales nacionales hayan decidido de esa manera.

### 4.2.1. Aplicación de los tratados internacionales e integración del bloque de constitucionalidad en el derecho español

A diferencia de otros textos constitucionales, como el de Argentina, la Constitución española de 1978 no contiene una norma que especifique directamente la posición que ocupan los tratados en el derecho interno. El artículo 96. 1. CE prevé que los tratados válidamente celebrados y publicados oficialmente “formarán parte del ordenamiento interno”. En general, hay acuerdo en que este precepto implica que el derecho interno debe ser aplicado e interpretado de conformidad con el derecho internacional.<sup>171</sup> No obstante, la doctrina mayoritaria se aparta de la discusión sobre la jerarquía o supremacía de los tratados y postula su *aplicación preferente* en

<sup>171</sup> Espósito, “El derecho español...”, 297.

el derecho interno.<sup>172</sup> Esta posición se ha reforzado a partir de la nueva ley de tratados, que incluyó esta regla en forma expresa.<sup>173</sup> Por otra parte, una posición minoritaria asigna una posición de jerarquía o superioridad de los tratados sobre las leyes, sobre todo en materia de derechos humanos. Esta posición critica la postura mayoritaria por no hacer una lectura sistemática de la constitución a la luz de las obligaciones que impone el derecho internacional.<sup>174</sup>

Así mismo, ante un conflicto entre una norma nacional y una internacional, el Tribunal Constitucional ha dicho recientemente que en el derecho español el control de convencionalidad significa un procedimiento de mera selección de derecho aplicable, en manos de la jurisdicción ordinaria, sustraído de su propia competencia. Esta caracterización del control de convencionalidad en España dista mucho de la naturaleza y alcances que el mecanismo tiene según la doctrina de la Corte IDH e incluso de la manera de implementarlo en otros ordenamientos europeos, como el francés.<sup>175</sup> A esto hay que sumar que, a diferencia de lo que sucede en Argentina, en el derecho español los tratados internacionales no integran el denominado *bloque de constitucionalidad*.<sup>176</sup>

No obstante, los tratados de derechos humanos cobran una importancia fundamental en el derecho español mediante la cláusula del artículo 10. 2 Constitución española, que obliga a todos los órganos estatales a realizar

<sup>172</sup> Véase, Antonio Remiro Brotons, *Derecho Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 401-03. En igual sentido, Javier Díez-Hochleitner, “Comentarios al artículo 30. 1.”, en *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales* Paz Andrés Sáenz de Santa María, Javier Díez-Hochleitner y José Martín y Pérez de Nanclares (Pamplona: Aranzadi, 2015), 576-78; Casanovas y Rodrigo, *Compendio de derecho internacional*, 155-58.

<sup>173</sup> Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, art. 31.

<sup>174</sup> Luis Jimena Quesada, “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos: una cuestión de voluntad doctrinal y jurisprudencial”, en *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE: cuestiones avanzadas*, eds. Juana Goizueta y Manuel Cienfuegos (Pamplona: Aranzadi, 2014), 112-3.

<sup>175</sup> Para un estudio en detalle sobre los problemas del control de convencionalidad en el ordenamiento español véase, Ignacio Perotti Pinciroli, “El control de convencionalidad en el derecho español: ¿Una importación defectuosa?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 41, no. 4 (2021), [http://www.reei.org/index.php/revista/num41/archivos/41\\_04\\_Estudio\\_Perotti\\_Ignacio.pdf](http://www.reei.org/index.php/revista/num41/archivos/41_04_Estudio_Perotti_Ignacio.pdf)

<sup>176</sup> STC 49/1988, de 22 de marzo, y STC 87/2000, de 27 de marzo.

una interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de “adecuar la actuación de los intérpretes constitucionales a los contenidos de aquellos tratados, que poseen así una nueva y singular eficacia”.<sup>177</sup> Se trata de una cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, que impone a los órganos públicos la interpretación de los derechos constitucionales de conformidad con las normas y estándares internacionales.<sup>178</sup> Si bien el Tribunal Constitucional ha señalado que el único límite para acudir al derecho internacional es que los tratados hayan sido ratificados por España,<sup>179</sup> no es tan claro cuando refiere a la doctrina de los tribunales internacionales, como el TEDH. Así, el Tribunal Constitucional parece limitar la obligación de tomar la interpretación del TEDH a las sentencias estimatorias contra España, siempre y cuando constituyan una violación a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.<sup>180</sup> Para el resto de la doctrina convencional de Estrasburgo, más allá de asignarle un valor destacado, no le otorga un carácter vinculante en todos los casos.<sup>181</sup>

En suma, varios de los aspectos analizados pueden haber facilitado la tarea de los tribunales nacionales en su decisión de cerrar la vía de la justicia. En primer lugar, en España los tratados no tienen jerarquía superior a las leyes ni integran un bloque de constitucionalidad como en Argentina. Así mismo, la extensión del control de convencionalidad es más restringido que la aplicación que se postula de este mecanismo en

<sup>177</sup> Alejandro Saiz Arnaiz, “Comentario al artículo 10. 2. CE”, en *Comentarios a la Constitución. Tomo I*, eds. Miguel Rodríguez-Piñero y María Emilia Casas (Madrid: BOE, 2018), 231.

<sup>178</sup> Argelia Queralt Jiménez, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional* (Madrid: CEPC, 2008), 197.

<sup>179</sup> Véase, STC 31/2018, de 10 de abril, donde declaró que “es obligado interpretar el contenido de los derechos fundamentales de conformidad con lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España” (FJ 4).

<sup>180</sup> Por ejemplo, en la STC 245/1991, de 16 de diciembre, señaló que “declarada por Sentencia de dicho Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales” (FJ 3).

<sup>181</sup> Véase, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Argelia Queralt Jiménez, “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?”, en *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, eds. Javier García Roca y Encarnación Carmona Cuenca (Pamplona: Aranzadi, 2017), 133-68.

América Latina, lo que, sumado a las características del sistema regional del TEDH, hacen que la aplicación del derecho internacional sea menos intensa. Este panorama jurídico, sumado a las diversas discusiones doctrinarias sobre la materia, han provocado una suerte de *grieta* en la interpretación y aplicación del derecho internacional. El intersticio generado por esta grieta parece haber facilitado, en buena parte, las decisiones del TS y del Tribunal Constitucional de cerrar el camino de la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de la dictadura. Un problema adicional se vincula con la actuación del Tribunal Constitucional como intermediador de la jurisprudencia internacional.

#### 4.2.2. *El impacto de la jurisprudencia del TEDH*

La aplicación interna del derecho internacional se dirige a todos los órganos del Estado, pero tiene especial relevancia entre los tribunales nacionales. No obstante, varios aspectos sugieren que el sistema constitucional español no le otorga a los jueces ni a los tribunales nacionales un margen demasiado amplio para aplicar la jurisprudencia internacional. En primer lugar, la doctrina señala que el Tribunal Constitucional no está sometido inexcusablemente a la jurisprudencia del TEDH, ya que lo contrario significaría subvertir su calidad como máximo intérprete de la constitución —resultado del sistema de control concentrado— para pasar a ser una instancia jerárquicamente sometida a Estrasburgo.<sup>182</sup> A nivel interno, la función del Tribunal Constitucional es hacer prevalecer “la Constitución española sobre el Convenio Europeo y, por lo tanto, tiene que proteger la interpretación que juzga correcta de los derechos fundamentales de la Constitución española frente a la jurisprudencia de Estrasburgo”.<sup>183</sup> Además, según se dijo, según la doctrina del Tribunal Constitucional los tratados o la jurisprudencia internacional no constituyen parámetro de constitucionalidad de las normas internas, por no integrar el bloque de constitucionalidad.

<sup>182</sup> Véase, Alejandro Saiz Arnaiz, “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)”, en *Protección multinivel de derechos humanos*, coords. George R. Bandeira, René Uruña y Aida Torres Pérez (Barcelona: Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2013), 48.

<sup>183</sup> Víctor Ferreres Comella, “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”, en *La Constitución europea: actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, coords. Marc Carrillo y Héctor López Bofill (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 75.

Este panorama podría generar ciertos problemas a los tribunales nacionales al poner en práctica la interpretación conforme. Por un lado, los tribunales están obligados a interpretar la norma interna de acuerdo con el derecho internacional, *ex* artículo 10. 2. CE. Pero, por otro lado, el diseño constitucional también les obliga a acatar la interpretación del Tribunal Constitucional. Sobre esta disyuntiva se erigen dos modelos teóricos distintos. En primer lugar, quienes defienden el papel central del Tribunal Constitucional como máximo interprete constitucional, incluso respecto de la aplicación de la jurisprudencia de Estrasburgo.<sup>184</sup> En segundo lugar, quienes critican la forma en que este aplica la jurisprudencia de Estrasburgo, ya que se le reprocha no tomarla como una verdadera fuente vinculante, sino como un mero complemento de integración voluntaria del sistema interno de fuentes.<sup>185</sup>

La mecánica del Tribunal Constitucional parece confirmar esta última postura. Si bien en la mayoría de los casos aplica la jurisprudencia de Estrasburgo, como cuando debe interpretar el alcance de un determinado derecho fundamental, en otros introduce el *varapalo constitucional* de una interpretación, diríamos, nacional. Es decir, se comporta como un *intermediador* entre la jurisprudencia internacional y los tribunales nacionales.<sup>186</sup> Un ejemplo concreto, relacionado con el objeto de este trabajo, es el ATC-80/2021, donde rechazó la pretensión de investigar ciertos crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura franquista, al descartar que los hechos pudieran ser calificados de esa manera y gozaran, por tanto, de imprescriptibilidad.<sup>187</sup> Esta decisión reciente sugiere que la jurisdicción constitucional española no es demasiado permeable a

<sup>184</sup> Victor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad* (Madrid: Marcial Pons, 2011), 208, donde se pregunta: “¿Qué sentido tiene crear un tribunal constitucional y atribuirle el monopolio de control de las leyes bajo el catálogo *nacional* de derechos fundamentales, si luego otorgamos a todos los jueces ordinarios el poder de controlar esas mismas leyes bajo el catálogo *europeo* de derechos humanos?”.

<sup>185</sup> Jimena Quesada, “Control de constitucionalidad y tutela...”, 151 y ss.

<sup>186</sup> Javier García Roca y Argelia Queralt Jiménez, “Buenas prácticas en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, coords. Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y Pablo Saavedra Alessandri (México D. F.: Max Planck Institute – UNAM, 2019), 706.

<sup>187</sup> ATC 80/2021, de 15 de septiembre.

las obligaciones de derecho internacional dirigidas, cuanto menos, a la investigación de los crímenes.

#### 4.2.3. *Aplicación interna del derecho penal internacional, del derecho internacional consuetudinario y de las normas de ius cogens*

Si bien la Constitución española no dice nada sobre el rango normativo interno que tienen las normas de derecho internacional consuetudinario y las normas de *ius cogens*, la doctrina sostiene que son superiores a las leyes.<sup>188</sup> Ello queda corroborado, además, por varias decisiones destacadas del TS y del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el camino tortuoso que ha tenido la aplicación del principio de jurisdicción universal en el derecho español parece indicar lo contrario.<sup>189</sup> Hace poco más de una década, España se consideraba un Estado pionero en la aplicación de la jurisdicción universal por los tribunales nacionales, con casos relevantes como la detención ordenada en 1998 por el juez Garzón contra el dictador Augusto Pinochet por crímenes de lesa humanidad en Chile<sup>190</sup> o la condena impuesta en 2005 a Adolfo Scilingo por crímenes de lesa humanidad en Argentina.<sup>191</sup> Ello fue posible gracias a la amplitud de la legislación interna que establecía una jurisdicción penal universal de carácter absoluto, fundada únicamente en la naturaleza de los crímenes. Bajo este régimen, crímenes internacionales como el genocidio, el terrorismo o la piratería podían ser perseguidos ante los tribunales españoles bajo el cumplimiento de requisitos mínimos.<sup>192</sup> Luego se fueron añadiendo nuevos delitos como la trata de personas, la desaparición forzada y los crímenes de lesa humanidad. Este modelo amplio de jurisdicción universal incluso había sido convalidado por el Tribunal

<sup>188</sup> Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público* (Madrid: Tecnos, 2018), 250-1.

<sup>189</sup> Véase, Manuel Ollé Sesé, “La aplicación del derecho penal internacional por los tribunales nacionales”, *Derecho penal internacional*, eds. Alicia Gil Gil y Elena Maculan (Madrid: UNED – Dykinson, 2019), 145-73.

<sup>190</sup> Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción 5 de Madrid, *Sumario 19/97*, auto de 18 de octubre de 1998.

<sup>191</sup> Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª, *Sumario 19/1997*, sentencia de 19 de abril de 2005.

<sup>192</sup> Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, de 1 de julio, del Poder Judicial, art. 23.

Constitucional en la STC 237/2005, donde declaró que la persecución y sanción de los crímenes de derecho internacional “constituyen no solo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados”.<sup>193</sup>

Sin embargo, las presiones de varios Estados —en especial de China— y una coyuntura política compleja contribuyeron a que el acceso a la justicia universal en España se restringiera cada vez más. A través de varias reformas legislativas aprobadas entre 2009 y 2014, se añadieron varios requisitos para atribuir la competencia extraterritorial de los tribunales españoles. La intención fue incentivar el archivo de todos los asuntos bajo trámite, en particular aquellas investigaciones que involucraban a miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU. El modelo español actual de justicia universal ha sido sumamente criticado por la doctrina, entre otras razones por la rapidez de su aprobación y la carencia de un debate técnico e institucional riguroso, así como por contradecir el derecho internacional y los derechos humanos, extremos que lo transformarían en un régimen manifiestamente inconstitucionalidad.<sup>194</sup> Esta nueva configuración creó un sistema sumamente restringido y de acceso casi imposible, modelo que en 2018 convalidó el Tribunal Constitucional en la STC 140/2018.<sup>195</sup> A partir de esta decisión, ningún tribunal ha intentado siquiera aplicar las normas de derecho internacional consuetudinario ni de *ius cogens* para iniciar nuevas investigaciones en ejercicio de la jurisdicción universal. Esta situación puede leerse como una disminución del grado de compromiso del Estado español con los estándares internacionales sobre la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales. Según el escenario actual, parece prácticamente imposible imaginar un horizonte en que las investigaciones de los crímenes de la dictadura se reanuden.

En conclusión, este análisis sugiere que si bien el derecho español es bastante abierto a la aplicación del derecho internacional, existen todavía algunos aspectos jurídicos internos que presentan ciertas grietas que han favorecido la veda de acceso a la justicia impuesta a las víctimas y a la sociedad en su conjunto respecto de esos crímenes.

---

<sup>193</sup> STC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 9.

<sup>194</sup> Véase, Ana Isabel Pérez Cepeda, “Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal —ANIDIP—*, no. 3 (2015): 10-40.

<sup>195</sup> STC 140/2018, de 20 de diciembre.

## Conclusiones

Desandar los caminos hacia la reconstrucción de la democracia y la restauración del orden constitucional no resulta una tarea sencilla. Los desarrollos globales de la justicia transicional han demostrado que los Estados adoptan diversas formas para lidiar con los crímenes, enfrentarse con el dolor y sanar las heridas del pasado, de acuerdo con sus propias posibilidades. No obstante, desde comienzos del siglo xx el derecho internacional ha establecido diversas normas y estándares vinculantes e ineludibles en el cumplimiento de la justicia, la búsqueda de la verdad y el fortalecimiento de la memoria colectiva. Se puede afirmar que, desde Núremberg, la comunidad internacional está fuertemente vinculada por estos imperativos. Nuevas miradas críticas, como el DRE y el DIC, ponen en evidencia los desafíos que tanto el derecho internacional como el derecho interno todavía tienen por delante. Existe una realidad que no podemos eludir: la forma en que cada Estado interpreta y aplica las normas, los tratados y los estándares de la jurisprudencia internacional varía enormemente. En ocasiones, a punto tal que se cuestiona su propia capacidad para penetrar de forma eficaz el derecho interno de cada Estado. Esta situación plantea un desafío esencial tanto para el derecho internacional público como para el DRE. Ambas disciplinas deben acercarse y lograr equilibrios que fortalezcan el Estado de derecho, la democracia y la protección de los derechos humanos. El papel de los tribunales nacionales a este respecto es crucial.

El tratamiento antagónico que han efectuado los tribunales superiores de Argentina y de España respecto de la posibilidad de enjuiciar los crímenes de lesa humanidad es un claro ejemplo de esta aplicación desigual del derecho internacional. La misma especie de vulneraciones graves y masivas a los derechos humanos calificada bajo el derecho internacional ha recibido unas respuestas estatales ubicadas en extremos opuestos: en Argentina, la continuación de los procesos penales y los máximos esfuerzos del Estado para enjuiciar a los responsables; en España, una veda absoluta de la justicia para investigar los crímenes de la dictadura franquista.

Según quedó establecido, algunas de las razones jurídicas que podrían explicar la tónica opuesta de estas decisiones judiciales radican en diferencias de derecho interno respecto de la apertura hacia el derecho internacional. De un lado, el derecho argentino —especialmente a partir de la reforma de 1994— ha permitido una apertura internacionalista casi inédita en el mundo. La cláusula constitucional que otorga jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos —muchos de los cuales se relacionan

directamente con la criminalidad masiva estatal— ha sido la llave de bóveda de este sistema. Además, su apertura a la jurisprudencia de la Corte IDH contribuyó a la extensa aplicación interna del derecho penal internacional. Estos factores influyeron decisivamente en la reapertura de los juicios por los crímenes de lesa humanidad de la última dictadura. Por otro lado, si bien el derecho español se muestra bastante receptivo al derecho internacional, no exhibe el mismo grado apertura. La constitución no establece la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos y las discusiones sobre el rango normativo de los tratados aún persisten. Además, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la interpretación conforme y la composición del bloque de constitucionalidad contribuyen a forjar esa grieta. Por último, la aplicación cada vez más restringida del derecho penal internacional muestra un repliegue cada vez mayor hacia el derecho interno en relación con el enjuiciamiento de este tipo de crímenes.

Sin duda, estas nuevas miradas que se ciernen sobre la aplicación interna del derecho internacional, lejos de socavarlo, plantean desafíos interesantes para mejorarlo y fortalecerlo. Lo cierto es que, como ocurre con cualquier forma de terapia, hacer un diagnóstico, reconocer las dificultades y discutir los problemas debe constituir el primer paso para iniciar un tratamiento exitoso, reflexionar sobre posibles soluciones y emprender nuevos caminos que conduzcan a sitios mejores.

## Referencias

- Ábalos, María Gabriela. “Avances del control de convencionalidad en Argentina”. *Diritto Pubblico Comparato Europeo I*, (2013): 115-34.
- Abramovich, Vito, Alberto Bovino y Christian Courtis (eds.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.
- Aguilar, Paloma. *Memoria y olvido de la guerra civil española*. Madrid: Alianza, 1996.
- Aguilar, Paloma. *Políticas de la memoria y memorias de la política*. Madrid: Alianza, 2008.
- Aguilar, Paloma. “Jueces, represión y justicia transicional en España, Chile y Argentina. La justicia transicional en perspectiva histórica”. *Revista Internacional de Sociología* 71, no. 2 (2013): 281-308.
- Aguilar, Paloma y Clara Ramírez-Barat. “Las erráticas y fragmentadas políticas de la memoria en España (1975-2016). ¿Falta de consenso social o de voluntad política y judicial?”. En *Justicia transicional:*

- historia y actualidad*, editado por Roldán Jimeno Aranguren, 309-36. Pamplona: Aranzadi, 2017.
- Ambos, Kai. *Derecho penal internacional, justicia de transición y JEP*. Medellín: Editorial Diké, 2020.
- Ambos, Kai. “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional”. *Política Criminal* 5, no. 9 (2010): 237-56.
- Ambos, Kai, Francisco Cortés Rodas y John Zuluaga. *Justicia transicional y derecho penal internacional*. Bogotá: CEDPAL – Konrad Adenauer-Fundación Humboldt, 2018.
- Aust, Helmut P. y Thomas Kleinlein. “Introduction: Bridges under Construction and Shifting Boundaries.” En *Encounters between Foreign Relations Law and International Law. Bridges and Boundaries*, editado por Helmut P. Aust y Thomas Kleinlein, 1-20. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Aust, Helmut y Georg Nolte. *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*. Nueva York: Oxford University Press, 2016.
- Bayer, Osvaldo. *El terrorismo del Estado en Argentina: apuntes sobre su historia y sus consecuencias*. Buenos Aires: Instituto Espacio para la Memoria, 2011.
- Benvenisti, Eyal. “Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts.” *European Journal of International Law* 4, no. 2 (1993): 159-83.
- Bidart Campos, Germán. *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1980.
- von Bogdandy, Armin. “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”. En *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina? Tomo I*, editado por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antonazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 559-82. México D. F.: UNAM, 2014.
- Bradley, Curtis A. “What is Foreign Relations Law?” En *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, editado por Curtis A. Bradley, 3-22. Nueva York: Oxford University Press, 2019.
- Bradley, Curtis A. “Foreign Relations Law as a Field.” *AJIL Unbound*, no. 11 (2017): 316-20.
- Bradley, Curtis A., Ashley Deeks y Jack L. Goldsmith. *Foreign Relations Law: Cases and Materials*. Maryland: Aspen Publishing, 2020.

- Elisenda Calvet Martínez. *Desapariciones forzadas y justicia transicional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Cançado Trindade, Antônio Augusto. "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts." *Archives des Völkerrechts* 3, no. 4 (1978) 333-70.
- Cai, Congyan. "International Law in Chinese Courts during the Rise of China." En *Comparative International Law*, editado por Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier y Mila Versteeg, 295-318. Nueva York: Oxford University Press, 2018.
- Carranza, Gonzalo g. "Una nueva óptica sobre el control de convencionalidad en Argentina. Comentarios a la resolución de la Corte Suprema de la Nación en el asunto Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, no. 21 (2017): 161-85.
- Casnovas, Oriol y Ángel José Rodrigo. *Compendio de derecho internacional*. Madrid: Tecnos: 2022.
- Chehtman, Alejandro. "Derecho internacional y derecho constitucional en América Latina". *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, no. 9 (2020): 79-106.
- Chen, Yifeng. "To Domesticate the International: The Ideology of Foreign Relations Law." *The Chinese Journal of Comparative Law* 9, no. 3 (2021): 289-303.
- Chinchón Álvarez, Javier. *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.
- Chinchón Álvarez, Javier. "Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición?". *Entelequia: Revista Interdisciplinar*, no. 7 (2008): 331-54.
- Chinchón Álvarez, Javier, Lydia Vicente Márquez y Alicia Moreno. "La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España". *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal —ANIDIP—*, no. 2 (2014): 66-101.
- Clapham, Andrew. "Human rights and international criminal law." En *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, editado por William Schabas, 11-33. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Collins, Cath. "¿El fin de la impunidad? Justicia tardía y acciones judiciales postransicionales en América Latina". En *Justicia transicional: historia y actualidad*, editado por Roldán Jimeno Aranguren, 241-76. Pamplona: Aranzadi, 2017.

- Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). *Nucan más. Informe de la CONADEP*. Buenos Aires: Eudeba, 2016.
- Conforti, Benedetto y Francesco Francioni (eds.). *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*. Leiden: Martinus Nijhoff, 1997.
- Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2019.
- Díez-Hochleitner, Javier. "Comentarios al artículo 30. 1.". *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, editado por Paz Andrés Sáenz de Santa María, Javier Díez-Hochleitner y José Martín y Pérez de Nanclares, 576-78. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 2018.
- Dulitzky, Ariel E. "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights." *Texas International Law Journal* 50, no. 1 (2015): 45-93.
- El-Masri, Samar, Tammy Lambert y Joanna R. Quinn (eds.). *Transitional Justice in Comparative Perspective*. Palgrave MacMillan Cham, 2020.
- Elster, Jon. *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz Editores, 2006.
- Espósito, Carlos. "El derecho español de las relaciones exteriores". *Revista Española de Derecho Internacional* 72, no. 2 (2020): 291-98.
- Falk, Richard A. *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*. Nueva York, Syracuse University Press, 1964.
- Fatima, Shaheed. *Using International Law in Domestic Courts*. Oxford: Hart Publishing, 2005.
- Fatima, Shaheed. "The Domestic Application of International Law in British Courts." En *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, editado por Curtis A. Bradley, 485-500. Nueva York: Oxford University Press, 2019.
- Ferrerres Comella, Victor. "El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo". En *La Constitución europea: actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, coordinado por Marc Carrillo y Héctor López Bonfill, 55-94. Madrid: Tirant lo Blanch, 2006.
- Ferrerres Comella, Victor. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". *Estudios Constitucionales* 9, no. 2 (2011): 531-622.

- Ferrer Mac-Gregor, E.duardo y Argelia Queralt Jiménez. “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?” ¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana, editado por Javier García Roca y Encarnación Carmona Cuenca, 133-68. Pamplona: Aranzadi, 2017.
- Filippini, Leonardo. “La persecución penal en la búsqueda de justicia”. En *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional. Volumen I*, editado por Héctor Olásolo Alonso y Salvador Cuenca Curbelo, 367-88. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.
- Gallano, Lupe (ed.). *A 40 años del Plan Cóndor*. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, 2015. [https://issuu.com/ippdh/docs/a\\_40\\_a\\_\\_os\\_del\\_c\\_\\_ndor](https://issuu.com/ippdh/docs/a_40_a__os_del_c__ndor)
- García Casas, María. *El derecho internacional de la justicia transicional. La construcción del marco normativo de las transiciones*. Madrid: Wolters Kluwer, 2022.
- García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad” En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, editado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, 717-804. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- García Roca, Javier y Argelia Queralt Jiménez. “Buenas prácticas en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, editado por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y Pablo Saavedra Alessandri, 703-71. México D. F.: Max Planck Institute – UNAM, 2019.
- Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- Giegerich, Thomas. “Foreign Relations Law.” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, consultado el 2 de diciembre de 2022. <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e937>
- Gil Gil, Alicia. *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*. Barcelona: Atelier, 2009.
- Gil Lavedra, Ricardo R. “Justicia transicional en Argentina”. En *Justicia transicional en Iberoamérica*, editado por Jessica Almqvist y Carlos Espósito, 43-67. Madrid: CEPC, 2009.

- Institut de Droit International. *The Activities of National Judges and the International Relations of Their State*, 7 de septiembre de 2003. [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1993\\_mil\\_01\\_en.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1993_mil_01_en.pdf)
- Jain, Neha. "The Democratizing Force of International Law: Human Rights Adjudication by the Indian Supreme Court." En *Comparative International Law*, editado por Anthea Roberts, Pablo Stephan, Pierre-Hugues Verdier y Mila Versteeg, 319-36. Nueva York: Oxford University Press, 2018.
- Janis, Mark e Ian Brownlie. "Comparative Approaches to the Theory of International Law." *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 80, (1986): 152-57.
- Jennings, Robert Y. "The Judiciary, International and National, and the Development of International Law." *International and Comparative Law Quarterly* 45, (1996): 1-12.
- Jimeno Aranguren, Roldán (coord.). *Justicia Transicional: historia y actualidad*. Pamplona: Aranzadi, 2017.
- Jimena Quesada, Luis. "Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos: una cuestión de voluntad doctrinal y jurisprudencial". En *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE: cuestiones avanzadas*, editado por Juana Goizueta Vértiz y Manuel Cienfuegos Mateo, 111-39. Pamplona: Aranzadi, 2014.
- Knop, Karen. "Here and There: International Law in Domestic Courts." *NYU Journal of International Law and Politics* 32, no. 2 (2000): 501-36.
- Knop, Karen. "Foreign Relations Law: Comparison as Invention." En *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, editado por Curtis A. Bradley, 46-61. Nueva York: Oxford University Press, 2019.
- Koskeniemi, Martti. "The Case for Comparative International Law." *Finish Yearbook of International Law* 20, (2009): 1-8.
- Kumm, Mattias. "International Law in National Courts: The International Rule of Law and the Limits of the Internationalist Model." *Virginia Journal of International Law* 44, no. 1 (2003): 19-32.
- Lauterpacht, Hersch. "Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law." *British Yearbook of International Law* 10, (1929).
- Mamlyuk, Boris N. y Ugo Mattei. "Comparative International Law." *Brooklyn Journal of International Law* 36, no. 2 (2011): 386-452.
- Mann, Francis A. *Foreign Affairs in English Courts*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

- McLachlan, Campbell. *Foreign Relations Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- McLachlan, Campbell. "Five Conceptions of the Function of Foreign Relations Law." En *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, editado por Curtis A. Bradley, 21-43. Nueva York: Oxford University Press, 2019.
- McLachlan, Campbell. "The Present Salience of Foreign Relations Law." En *Encounters between Foreign Relations Law and International Law. Bridges and Boundaries*, editado por Helmut P. Aust y Thomas Kleinlein, 355-72. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Mignone, Emilio F., Cynthia L. Estlund y Samuel Issacharoff. "Dictatorship on Trian: Prosecution of Human Rights Violations in Argentina." *Yale Journal of International Law* 118, (1984): 118-50.
- Nino, Carlos. "The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government: A Reply." *Yale Journal of International Law* 11, (1985): 217-30.
- Nino, Carlos. "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina." *The Yale Law Journal* 100, (1991): 2619-40.
- Nino, Carlos. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015.
- Nollkaemper, André. *National Courts and the International Rule of Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2011.
- Ollé Sesé, Manuel. "La aplicación del Derecho penal internacional por los tribunales nacionales". En *Derecho penal internacional*, editado por Alicia Gil Gil y Elena Maculan, 145-73. Madrid: UNED – Dykinson, 2019.
- Orentlicher, Diane F. "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime." *The Yale Law Journal* 100, (1991): 2537-615.
- Parenti, Pablo. "Informe sobre Argentina". En *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, editado por Kai Ambos y Ezequiel Malarino. Montevideo: Konrad Adenauer, 2008.
- Pérez Cepeda, Ana Isabel. "Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España". *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal —ANIDIP—*, no. 3 (2015): 10-40.
- Perotti Pinciroli, Ignacio. "El rol de los tribunales superiores en los procesos de justicia transicional en Argentina y España: miradas desde el Derecho de las relaciones exteriores y el Derecho internacional

- comparado”. En *Edición de actas del I Congreso Internacional “La Administración de Justicia en España y en América”*, editado por Pilar Martín-Ríos y María Ángeles Pérez Marín, 476-96. Sevilla: Astigi, 2020.
- Perotti Pincioli, Ignacio. “El control de convencionalidad en el derecho español: ¿Una importación defectuosa?”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 41, no. 4 (2021): 1-36.
- Peters, Anne. “The American Law Institute’s Restatement of the Law: Bastion, Bridge and Behemoth.” *European Journal of International Law* 32, no. 4 (2021): 1377-398.
- Queralt Jiménez, Argelia. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC, 2008.
- Reigner, Michael. “Comparative Foreign Law between Center and Periphery: Liberal and Postcolonial Perspectives.” En *Encounters between Foreign Relations Law and International Law. Bridges and Boundaries*, editado por Helmut P. Aust y Thomas Kleinlein, 60-85. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Remiro Brotóns, Antonio. *Derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Roht-Arriaza, Naomi y Javier Mariezcurrena (eds.). *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*. Nueva York: Cambridge University Press, 2006.
- Roberts, Anthea. *Is International Law International?* Nueva York: Oxford University Press, 2017.
- Roberts, Anthea. “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law.” *International and Comparative Law Quarterly* 60, (2011): 57-92.
- Roberts, Anthea, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier y Mila Versteeg. “Comparative International Law: Framing the Field.” *American Journal of International Law* 109, no. 3 (2015): 467-74.
- Roberts, Anthea, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier y Mila Versteeg. *Comparative International Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2018.
- Saiz Arnaiz, Alejandro. “Comentario al artículo 10. 2. CE”. En *Comentarios a la Constitución. Tomo 1*, editado por Miguel Rodríguez-Piñero y María Emilia Casas, 230-54. Madrid: BOE, 2018.
- Saiz Arnaiz, Alejandro. “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)”. *protección multinivel de derechos humanos*, editado por George R.

- Bandeira, René Urueña y Aida Torres Pérez, 47-87. Barcelona: Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.
- Sancinetti, Marcelo A. y Marcelo Ferrante. *El derecho penal en la protección de los derechos humanos: La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas (Argentina)*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- Scelle, Georges. “Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international”. *Colección de cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya* 55, (1936): 91-106.
- Schabas, William. *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*. Nueva York: Oxford University Press, 2012.
- Seils, Paul. “La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional”. En *Justicia transicional en Iberoamérica*, coordinado por Jessica Almqvist y Carlos Espósito, 21-40. Madrid: CEP, 2009.
- Shany, Yuval. *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*. Nueva York: Oxford University Press, 2007.
- Shelton, Dinah (ed.). *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*. Nueva York: Oxford University Press, 2011.
- Singh, Prabhakar. “Finding Foreign Relations Law in India: A Dicolonial Dissent.” En *Encounters between Foreign Relations Law and International Law. Bridges and Boundaries*, editado por Helmut P. Aust y Thomas Kleinlein, 86-107. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Stephan, Paul B. “Comparative International Law, Foreign Relations Law, and Fragmentation: Can the Center Hold?” En *Comparative International Law*, editado por Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier y Mila Versteeg, 53-69. Nueva York: Oxford University Press, 2018.
- Tamarit, Josep María. “Justicia transicional, amnistías y víctimas: los casos de España, El Salvador y Colombia”, *Justicia Transicional: historia y actualidad*, editado por Roldán Jimeno Aranguren, 337-68. Pamplona: Aranzadi, 2017.
- Teitel, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy.” *Harvard Human Rights Journal* 16, (2003): 69-94.
- Urueña, René. “Domestic Application of International Law in Latin America.” En *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, editado por Curtis A. Bradley, 565-81. Nueva York: Oxford University Press, 2019.

- van Zyl, Paul. "Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto". *Justicia transicional. Manual para América Latina*, editado por Félix Reátegui, 47-72. Brasilia: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2011.
- Yaw Ako, Ernest y Richard F. Opong. "Foreign Relations Law in the Constitutions and Courts of Commonwealth African Countries." En *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, editado por Curtis A. Bradley, 583-600. Nueva York: Oxford University Press, 2019.