

"Arancibia Clavel: Una sentencia que dispara un arduo y dificultoso debate"

La ley, 13 de octubre de 2004.

Arancibia Clavel¹. Una sentencia que dispara un arduo y dificultoso debate.

Por Marcela I. Basterra

Sumario: I. Los hechos. II. El fallo. II. 1. El voto de la Mayoría. II. 2. Los votos de la Minoría III. Análisis. III.1. Crímenes de lesa humanidad. Imprescriptibilidad. III.2. El artículo 118 de la Constitución Nacional y la Costumbre internacional. III.3. ¿Qué solución entonces se aplica a los crímenes perpetrados en la Argentina entre 1976 y 1983?

I. Los hechos.

Enrique Lautaro Arancibia Clavel había sido condenado por el Tribunal Oral Federal N° 6 por los delitos de homicidio y asociación ilícita a la pena de reclusión perpetua y accesorias.

Se lo consideró partícipe necesario del homicidio, agravado por el uso de explosivos y por el concurso de dos o más personas, del matrimonio Prats Cuthbert y como autor de la conducta consistente en pertenecer a una asociación ilícita integrada por diez o más individuos con una organización de tipo militar e integrada por oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas que disponía de armas de guerra y explosivos y recibía apoyo ayuda o dirección de funcionarios públicos, delito previsto en el artículo 210 bis. Incisos a), b), d), f) y h) del Código Penal.

Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA exterior, dependiente del gobierno de facto de Chile), que contaba con al menos diez miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina.

Dentro de la organización, Arancibia Clavel, tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizaba identidades falsas y ocultaba sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

¹ "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-" - CSJN – 24.08.2004

La Cámara Nacional de Casación Penal declaró la prescripción de la acción en orden al delito de asociación ilícita. Los magistrados consideraron que correspondía esta calificación en base a la aplicación del principio de "ley penal más benigna" por cuanto esta figura, incorporada al Código Penal por la ley 23.077, contiene mayores elementos típicos que la que estimaron vigente al momento del hecho.

Afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, *"jamás pudo contribuir a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional"*, en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático.

Contra esa decisión el querellante (la representación del gobierno de Chile) interpuso recurso extraordinario que fue denegado con fundamento en que los agravios del recurrente resultaban insustanciales para ser tratados por el Tribunal debido a que la decisión de la alzada contaba con fundamentos suficientes para descartar la tacha de arbitrariedad.

Rechazó la posición con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, por tratarse de delitos de lesa humanidad, con base en que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita.

Asimismo la alzada afirmó que dicha conducta de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los *"crímenes de lesa humanidad"*.

II. El fallo.

II. 1. El voto de la Mayoría.

La mayoría integrada por los Ministros Boggiano, Hihgton de Nolasco, Maqueda, Petracchi Zaffaroni consideró que corresponde que la imprescriptibilidad de las conductas imputadas a Arancibia Clavel sea tratado por el Alto Tribunal toda vez que la prescripción de la acción penal constituye una cuestión de orden público y la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano.

Los principales argumentos del fallos son los siguientes: **1.** corresponde calificar a la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, pues la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos de Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos (sobre cuyo carácter no caben dudas) con la aquiescencia de funcionarios estatales. (Considerando 11°)

2. Si lo que se discute es la imprescriptibilidad de una asociación ilícita cuyo objeto era la comisión de tales crímenes, el instrumento normativo que debía regir la interpretación era la

"Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad",(...) y que en este sentido no podría sostenerse que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros. (Considerando 12°)

3. Que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos (entre los que se deben contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución), pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el artículo 118 de la Constitución Nacional. (Considerando 16°) En este sentido se ha dicho que tanto los "crímenes contra la humanidad" como los tradicionalmente denominados "crímenes de guerra" son delitos contra el "derecho de gentes" que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar (Considerando 21°)

4. En razón de que la aprobación de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita se aplicaría al caso retroactivamente o si ello lesiona el principio *nulla pena sine lege*. (Considerando 22°).

5. El fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheiminis Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo. Por ello, no puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza. (Considerando 23°)

6. Esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente "*ius cogens*" en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos. (Considerando 28°) y que al momento de los hechos, el Estado

argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad. (Considerando 31°).

De acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional. (Considerando 32°)

II. 2. Los votos de la Minoría

1. Disidencia del Dr. Belluscio.

En su voto el Ministro exalta respecto al principio de imprescriptibilidad que el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584 de 1995, que aprueba la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", así como también con la sanción de la ley 25.778 de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional.

Es claro que de este modo las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la mencionada Convención.

Lo cierto es que el principio de imprescriptibilidad que actualmente ostenta rango constitucional no suscita conflicto alguno que deba resolverse, toda vez que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir. Tal como afirmó desde antiguo el Tribunal, la garantía de defensa en juicio no requiere que se asegure a quien la ejerce la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo. (Considerando 12°).

Una cuestión muy distinta es que este aceptado principio deba aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente. En efecto, toda vez que la aprobación e incorporación con jerarquía constitucional de la Convención mencionada se ha producido con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa, corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita puede ser aplicada retroactivamente o si ello lesiona el consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. (Considerando 13°)

La aplicación de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" resulta contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal, como corolario del principio de legalidad ya formulado. En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha interpretado esta garantía como aquella que prohíbe la aplicación de disposiciones

penales posteriores al hecho que modifiquen in *malam partem* cualquier requisito del que dependa la punibilidad del hecho. Así, ha sostenido que *el principio de legalidad comprende "la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor (leyes ex post facto) que impliquen empeorar las condiciones de los encausados"*.

De lo dicho hasta aquí cabe concluir que conceder eficacia ex post a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afecta indudablemente al requisito de ley previa en el artículo 18 de la Constitución Nacional. (Considerando 14°)

Considera que tampoco se puede admitir que en virtud del *ius cogens* la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad riegiera en la Argentina al tiempo de cometerse los hechos que se pretende incriminar.

Fuera de que la única alusión de la Constitución al derecho de gentes es el art. 118, que constituye solamente una regla de competencia judicial, aunque se considerase que tales hechos constituyeran delitos de lesa humanidad, no resultaría posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del (derecho de gentes) pues al momento de la comisión de los hechos faltaba la norma específica (por supuesto, que vinculara a la República Argentina) que estableciera una determinada sanción, o bien la imprescriptibilidad de las sanciones establecidas en la ley local, ya que la convención que había establecido esa imprescriptibilidad ha sido incorporada con posterioridad al ordenamiento jurídico nacional.

2. Disidencia del Dr. Fayt.

A a su turno el magistrado sostiene que, aun cuando pudiera entenderse que es el propio texto de una convención con jerarquía constitucional el que prevé su aplicación retroactiva, así lo ha inferido, en base a los artículos. I y IV de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", lo cierto es que esa previsión contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional, resultaría inaplicable para el derecho argentino, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Fundamental. En efecto, en el sistema constitucional argentino el artículo 27 determina que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución. (Considerando 15°)

Con respecto a la específica posibilidad de aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad, es del caso reseñar que el 3 de diciembre de 1973, la Asamblea General de la ONU, adoptó la resolución 3074 (XXVIII) sobre "Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de

crímenes de lesa humanidad". Allí se estableció que esos crímenes, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y en caso de ser declaradas culpables, castigadas (A/CN. 4/368, pág. 99). Empero, el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción, pues el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los Estados que adopten una legislación retroactiva. Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación. En síntesis: la República Argentina ha mantenido un comportamiento inalterado de rigurosa sujeción al principio de legalidad como principio de derecho público y garantía básica de toda persona que se encuentre sometida a enjuiciamiento penal. (Considerando 20°)

La "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" es uno de los tratados a los que se refiere el párrafo tercero del artículo 75, inciso 22, cuya jerarquía constitucional ni siquiera ha sido otorgada por el poder constituyente, sino por un poder constituido (ambas cámaras del Congreso con mayoría especial). En efecto, resultaría de un contrasentido intolerable que un tratado de la categoría descripta desconociera principios infranqueables de nuestra Ley Fundamental, reformándola a extramuros de la técnica constitucional establecida en el artículo 30 citado. (Considerando 30).

Los tratados de derechos humanos a los que hacen referencia los párrafos 2° y 3° del art. 75 inc. 22, son jerárquicamente superiores a los demás tratados, los supralegales (art. 75, inc. 22, 1° párrafo, e inc. 24), por ello tienen jerarquía constitucional, pero eso no significa que sean la Constitución misma. En efecto, la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la Primera Parte de la Constitución (como la retroactividad de la ley penal), aquéllos deban primar sobre el derecho interno.

Distinta es la situación que se presenta cuando la norma prevista en el tratado con jerarquía constitucional no deroga y altera el "equilibrio" normativo, sino que puede compatibilizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. La Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo. En segundo término, se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del art. 75, inc. 22° y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro (tercer párrafo del art. 75, inc. 22° (hasta el momento la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad). En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso. En virtud del orden de prelación explicitado, de concluirse que la "Convención sobre la Imprescriptibilidad

de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" prevé su utilización retroactiva, este precepto resultaría claramente inaplicable. En efecto, el artículo 18 de la Constitución Nacional como norma de jerarquía superior impide que pueda aplicarse retroactivamente una derogación al régimen de prescripción de la acción penal. (Considerando 32°)

El caso presenta la singularidad de que la prescripción ya había operado conforme las normas legales que la regían (art. 62 del Código Penal) con anterioridad a la entrada en vigor de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad". Por ello, y toda vez que la prescripción penal es de orden público, lo que quiere decir que se produce de pleno derecho por el solo transcurso del plazo pertinente (Fallos: 186:289), aun cuando hubiera de reconocerse al régimen de prescripción establecido en la Convención "efecto retroactivo, nunca lo podría tener respecto a una acción extinguida antes de que dicha norma...comenzara a regir". (Considerando 41°)

3. Disidencia del Dr. Vázquez.

En razón de la aprobación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778, corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita (como crimen de lesa humanidad) puede ser aplicada al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio *nulla pena sine lege*. (Considerando 16°)

Esta Corte, al definir el principio de legalidad, ha señalado que el principio de legalidad establecido por el artículo 18 de la Constitución Nacional, exige que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, y es competencia exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza para garantizar una protección suficiente por ser el derecho penal la última ratio del orden jurídico. (Considerando 19°).

Que el instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado. El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes ex post facto, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte. (Considerando 22°)

El criterio, de hacer prevalecer las declaraciones, derechos y garantías establecidos en la parte liminar de la Ley Fundamental, se ve reafirmado en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que expresamente prescribe que los tratados con jerarquía constitucional "*no derogant*

*artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”, lo que resulta armónico con el artículo 27 de la Ley Fundamental, en cuanto dispone que los tratados suscritos por el gobierno federal deberán estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en ella. De esa forma, se marca el respeto por la jerarquía normativa, subordinando el derecho de gentes en la aplicación de las normas fundamentales de la Carta Magna, y al ser ello así, el *ius cogens* sólo podrá aplicarse en la medida que no las contradigan. (Considerando 27°)*

Agrega que no caben dudas de que el instituto de la prescripción de la acción penal no puede ser considerado como un principio general del derecho internacional y menos aún del derecho internacional de los derechos humanos, pero si lo es el principio de *nulla pena sine lege* consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. (Considerando 33°)

III. Análisis

III.1. Crímenes de lesa humanidad. Imprescriptibilidad.

1. La primera definición de “crímenes internacionales” se adjudica al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg². En el mismo se reserva su tipificación a delitos graves contra la humanidad cometidos en tiempos de guerra. Se incluyen en el grupo “*asesinatos, exterminio, sometimiento a la esclavitud, deportación y otros casos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos... sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados*”.

En 1968 la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” introduce un concepto más amplio, al abarcar entre estos últimos la “*expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos ala política del apartheid y el delito del genocidio*”, siendo intrascendente que se hayan cometido en tiempo de

² Del 8/10/45, confirmado posteriormente por las Resoluciones 3 (I) del 13/2/46 y 95 (I) del 11/12/46. Asamblea General de Naciones Unidas.

guerra o de paz. En el año 2003, Argentina a través de la sanción de la ley 25.788³, el Congreso de la nación en uso de las facultades conferidas por el artículo 75. inciso 22, le otorgó Jerarquía constitucional

Sin embargo, el concepto más evolucionado de los llamados “crímenes contra la humanidad”, se da del Estatuto de Roma tipificados en el artículo 7.h considerando tales a “*la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundado en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género... u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional...*”, que la República Argentina aprobó en el año 2000 mediante la ley 25.390⁴.

En realidad, no es posible considerar que exista actualmente una única definición, e incluso se puede afirmar que la tipificación de “delitos de lesa humanidad” no se ha caracterizado aún en forma definitiva. En este sentido sea quizá la Corte Penal Internacional quien elaborare un concepto más adecuado, dado que además es un concepto en permanente evolución⁵.

Por el contrario, parece simple encontrar la justificación axiológica de la jurisdicción universal cuando se trata de juzgar esos delitos, porque es precisamente la humanidad entera la víctima cuando se violan los derechos de la persona humana⁶.

Los Convenios de Ginebra de 1949, que regulan el Derecho Internacional Humanitario, establecen claramente la obligación de los Estados de juzgar a los responsables de las violaciones a las reglas humanitarias cualquiera sea su nacionalidad, salvo que decida entregarlos a otro Estado a tales efectos.

La misma obligación surge con claridad de la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes establece esta regla en el artículo 5º, puntos 1, 2 y 3, también con Jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994

Entre las normas internacionales sancionadoras de crímenes contra la humanidad, debe incluirse la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, cuyo artículo 2º define a dicha desaparición forzada como “privación de la libertad de una o más personas..., cometida por agentes del Estado o por personas... que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad..., con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales

³ Publicada en el B.O 3/9/2003

⁴ Sancionada el 30/11/2000

⁵ LOIANNI, Adelina “Leyes del Perdón y del Olvido: Verdad vs. Impunidad”, L.L, 27/8/2004, p.7/9

⁶ En este sentido Véase GARRETÓN MERINO Roberto: “El principio rector es que si es la humanidad la que ha consagrado internacionalmente los derechos humanos, y si esa humanidad ha reconocido como titular de derechos humanos a todos los seres humanos, incluidos los violadores de esos derechos, le corresponde a ella, como lesionada por la violación, la titularidad de la acción punitiva” (“Trascendencia del caso Pinochet para el derecho internacional de los derechos humanos” en “Revista Argentina de Derechos Humanos” año 1, N° 0, Ed. Ad Hoc, p. 36), Cit por. LOIANNI, Adelina, op. cit nota 5.

pertinentes”. La misma fue elevada a la categoría de Tratado con jerarquía constitucional a través de la ley 24.556⁷.

Resulta absolutamente claro que la finalidad de este “abanico” de normas es evitar la impunidad, y obligar a los Estados; esto es imponerles el deber de juzgar siempre a los presuntos autores de delitos contra la humanidad, salvo que se consientan la extradición a otro Estado. Es decir que sólo tienen dos opciones procesar o extraditar.

2. El artículo 18 de la constitución nacional establece que *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”*

Desde 1994, en el caso de los tratados incorporados en el 75, inciso 22, y a partir de 2003 con la incorporación de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, quedan incorporadas a nuestro bloque de constitucionalidad federal normas como el artículo I de la presente Convención que establece *“Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido...”*.

Esto no parece contradictorio toda vez que la solución correcta se da de la interpretación armónica de estas normas.

A mayor abundamiento es necesario tener presente que, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, en el artículo 15, al consagrar el principio de ley anterior en materia penal dedica el apartado segundo a aclarar que ello no se opone al juzgamiento a personas *“por actos u omisiones que al momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”*

Así, actualmente en nuestro país si nos referimos a “delitos comunes”, rige el principio del artículo 18. Si en cambio, estamos ante uno de los delitos tipificados como de “lesa humanidad” rige el artículo 75, inciso 22, (no necesitamos implementar el concepto de costumbre internacional que surge del análisis y desarrollo del artículo 118). Su aplicación en la actualidad y hacia el futuro no genera inconvenientes. Dichos crímenes han sido establecidos por una ley “anterior” al proceso, la norma del artículo 18 y las normas de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, no colisionan, en contrario, se complementan.

III. 2. El artículo 118 de la Constiución Nacional y la Costumbre internacional.

1. Sin embargo, además de estas normas prreferidas “existe” en forma “expresa” en la constitución una norma que contempla el llamado “derecho de gentes” y que es directamente aplicable en nuestro sistema jurídico.

⁷ Sancionada el 13/9/95

En efecto, El artículo 118 de la Constitución nacional tiene como fuente el artículo III, Secc. 2, Cláusula 3° de la VI enmienda de la constitución americana. Se aparta de la misma en relación a que aquella fuente no prevé los delitos “contra el derecho de gentes”. Lo que implica que la constitución argentina desde su nacimiento adscribe en el punto a hace depender la jurisdicción nacional, de la violación del derecho de gentes y no solo de nuestro derecho interno.

Desde la etapa fundacional nuestro país se ha integrado a la comunidad internacional, contribuyendo a la formación del derecho penal internacional y ha reconocido la existencia de un orden supranacional que contiene normas imperativas, inderogables e indisponibles para el conjunto de las naciones “*ius cogens*”.

El constituyente de 1853-60 no desconocían que el derecho de gentes - actuales derechos humanos- constituye una materia en permanente evolución como una medida de progreso y acercamiento entre las naciones y como una vía tendiente a la protección de los derechos fundamentales del hombre⁸.

El derecho de gentes, especialmente a partir del juicio de Nuremberg ha construido un orden normativo sostenido por la comunidad internacional, denominado “derecho penal internacional” que tiende a la tutela de los derechos más esenciales de la persona humana y que se traduce en principios y reglas de derecho asumidos –en su mayoría- como obligatorios por la comunidad internacional.

Las prohibiciones de ciertas conductas consideradas de suma gravedad, a las que se denominan crímenes contra el derecho de gentes o crímenes de derecho internacional, y las consecuencias jurídicas que se derivan de la realización de alguna de aquellas conductas consideradas crímenes contra el derecho de gentes, son normas *ius cogens*⁹. Se trataba de crímenes contra la humanidad, tipificados en normas consuetudinarias de derecho internacional.

Nuestro máximo tribunal, ya en 1995, en relación a la extradición del criminal de guerra Erich Priebke¹⁰, entendió que debe aplicarse el derecho internacional para la calificación de esos hechos, sustrayéndola de la voluntad individual de los Estados.

Así surge de los votos de Boggiano, Fayt y López que “*la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido... sino de los principios del ius cogens del derecho internacional*”(considerando 4°). Nuestro máximo tribunal también afirmó categóricamente, que no hay prescripción para tales delitos, como consecuencia lógica de su carácter aberrante.

⁸ Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Constitución, derecho de gentes y crímenes de lesa humanidad”, Revista del Colegio de Abogados de la Capital Federal, N° 68, agosto de 2003.

⁹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés “Constitución y Derechos Humanos. Las Normas del Olvido en la República Argentina”, Ed. Ediar, 2004, p.131 /132.

¹⁰ CSJN, Fallos, 318-2148, 2/11/95

En el caso de estos crímenes atroces, no es el Estado el que tipifica el delito, sino la comunidad internacional, teniendo en cuenta elementales razones humanitarias. Por lo tanto, los Estados no pueden frustrar un objetivo de paz y justicia que la humanidad entera se ha propuesto. La norma consuetudinaria internacional que castiga estos delitos es una norma imperativa o de *ius cogens*, que integra el orden público internacional y no puede ser dejada de lado por la voluntad del Estado¹¹.

Manili¹² nos recuerda que la costumbre internacional es fuente directa de derechos y obligaciones en el ámbito interno por mandato expreso del artículo 118 del texto constitucional, tal como lo ha reconocido una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema. Esto implica, sin duda una tarea más dificultosa para los jueces, toda vez que deberán verificar la existencia de esa norma consuetudinaria internacional. Esta es la dificultad que siempre –y aún en el ámbito internacional– presentaron ese tipo de normas: su indeterminación; motivo por el cual la tendencia del derecho internacional, sobre todo desde la creación de las Naciones Unidas, es hacia la codificación de las normas consuetudinarias vigentes y generalmente aceptadas.

En ese sentido, los tratados internacionales pueden constituir en muchos casos la prueba de la existencia de una costumbre anterior al tratado. Pero, si el tratado fue ratificado por Argentina con posterioridad al hecho cuya constitucionalidad se juzga, el juez podrá aplicar solamente la costumbre y no el tratado.

Carrió¹³ en oportunidad de comentar el fallo “*Riveros Santiago*”¹⁴ considera que siendo el delito de desaparición forzada de personas un crimen contra la humanidad, el mismo forma parte del denominado “derecho de gentes”, contemplado por el artículo 118.

Justamente esta previsión constitucional hace que la nota de imprescriptibilidad, propia de esta categoría de delitos, quede a salvo del planteo de retroactividad efectuada por la defensa de Riveros. Agrega que, según la propia Cámara: “*No debe olvidarse con relación a la retroactividad del derecho alegada por la defensa, que las normas relativas al derecho de gentes vienen impuestas desde 1853 merced a la específica referencia que contiene el art. 118, ex 102 de la Constitución Nacional, que se orientó a asegurar el compromiso de los tribunales nacionales en la persecución de los crímenes internacionales*”.

Remarca que los argumentos del fallo están orientadas a sostener que el denominado “derecho de gentes” es necesariamente variable, y evoluciona históricamente. De allí que no revista importancia si su contenido, en 1853, concuerda con el actual. Lo trascendente es que “*no existen*

¹¹ Véase MANILI, Pablo, L. “Sobre la inconstitucionalidad de ciertos indultos”, La Ley, 2004- D, p.17.

¹² MANILI, Pablo, L, op. Cit. p. 18.

¹³ CARRIO, Alejandro “Principio de legalidad y crímenes aberrantes: una justificación alternativa a su imprescriptibilidad”, La Ley, 30/7/2004, p. 3 / 4.

¹⁴ “Riveros, Santiago O.” CNFed. Crim.y Correcc, sala I, 7/8/2003

obstáculos derivados del principio de legalidad, en tanto la prevalencia de la acción penal viene impuesta como ley anterior, por toda la normativa internacional que nos rige”.

La síntesis de los argumentos de la Cámara es que el derecho de gentes es preexistente a los hechos juzgados en la causa. Los crímenes de lesa humanidad son parte integrante de ese derecho y las notas de imprescriptibilidad de él derivadas vienen impuestas como costumbre internacional.

III.3. ¿Qué solución entonces se aplica a los crímenes perpetrados en la Argentina entre 1976 y 1983?

1. Es claro entonces que para los casos ocurridos a futuro no hay colisión porque surge la imprescriptibilidad de los delitos aberrantes de la interpretación armónica y sin dificultades del artículo 18 – garantía para delitos comunes-, y la normativa que establece la imprescriptibilidad que surge de los tratados con jerarquía constitucional – para crímenes de lesa humanidad-.

El problema entonces es el derecho aplicable a los crímenes cometidos entre 1976/83 en que aún no estaban elevados a la categoría de normas con jerarquía constitucional los tratados que establecen dicha imprescriptibilidad.

2. La minoría de la Corte en la presente sentencia utiliza entre otros argumentos los siguientes; *“El indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados en esta causa "no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente. Tanto o más interesa a éste la observancia de sus normas que la persecución de quienes han incurrido en hechos de aquel carácter. Muchos siglos de sangre y dolor ha costado a la humanidad el reconocimiento de principios como el nulla pœna sine lege consagrado en el art. 18 de nuestra Constitución para que pueda dejárselo a un lado mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo, y que, si hoy fuese aceptada por el horror que producen hechos como los imputados..., mañana podría ser extendida a cualquier otro que, con una valoración más restringida o más lata, fuese considerado como ofensivo para la humanidad entera, y no para personas determinadas, un grupo de ellas, o la sociedad de un país determinado”* (del voto de Vázquez y Belluscio)

En palabras similares el Ministro Fayt, considera que *lo dicho no significa que esta Corte pase por alto el indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados en esta causa. Sin embargo, sería de un contrasentido inadmisibles que por ese motivo se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso. Precisamente, el total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado son las bases sobre las que se asienta y construye un verdadero Estado de Derecho. Es por ello que los preceptos liberales de la Constitución argentina deben ser defendidos férreamente a fin de conjurar que el enfoque*

inevitablemente difuso del derecho penal internacional conduzca a la destrucción de aquéllos (considerando 45°)

Agrega el Ministro Belluscio que *“fuera de que la única alusión de la Constitución al derecho de gentes es el art. 118, que constituye solamente una regla de competencia judicial...”*

Si bien es cierto que en el mencionado caso *“Priebke”* el argumento que utilizó la entonces mayoría de la Corte es que en el lugar donde se debía juzgar los delitos de lesa humanidad era Italia y, allí no estaban prescriptos los mencionados delitos, y por ello estaba justificada la extradición. También es cierto que en dicho precedente se desarrolla, analiza y acepta la jerarquía que tiene el derecho de gentes y el valor de la costumbre internacional a la luz de la disposición del artículo 118, el que sirvió de base para el análisis del fallo

3. Es aquí donde vale destacar la diferencia que hicieramos anteriormente en relación a que la VI enmienda de la Constitución americana no contempla “el derecho de gentes”, lo que si hace desde su propio nacimiento la constitución argentina. Para que resulte más claro, en Estados Unidos no habría dudas en sentido que fallo Arancibia no podría haberse resuelto como en Argentina. Ellos no tienen ninguna mención en su Carta Magna al “derecho de gentes”; nosotros sí la tenemos contemplada en la norma del artículo 118 (ex 102)

Esta norma es justamente la que sirve como base jurídica para castigar dichos crímenes aberrantes. De allí a entender que ella alcanza para considerar que existe un conflicto con el principio de legalidad del artículo 18 de la constitución y que el mismo se debe compatibilizar de alguna manera se presenta, al menos “ambicioso” o por lo menos de difícil solución.

Comparto en su totalidad la interpretación del principio de legalidad vinculado a los delitos de lesa humanidad, para la solución de estos casos concretos (1976-1983) que hace Alejandro Carrió¹⁵. El autor considera el principio de legalidad se apoya en el acuerdo tácito entre el Estado y los particulares, en el sentido de que la autoridad moral del primero para aplicar penas, se basa en el compromiso de no modificar las reglas de conducta previamente impuestas y –agrego, tiene como fundamento axiológico la protección del mas “débil” frente al Estado- ¿Pero qué sucede en los casos donde los individuos aprovechándose de una estructura estatal, se valen de las prerrogativas del poder para cometer delitos, pergeniados por el propio Estado?. -Sirva de referencia que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas, aprobada por Argentina por ley 24.556, justamente tipifica en el artículo III las “conductas cometidas por agentes o por personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”-

Ese involucramiento implica deshacer el fundamento de la reciprocidad que subyace al principio de legalidad. La coherencia que se exige a todo orden legal, impide que funcionarios de un

¹⁵ CARRIO, Alejandro, op. cit.pág 5

gobierno monten un aparato de represión estatal, y luego reclamen del mismo Estado cuya autoridad subvirtieron, que éste continúe autolimitándose.

El mensaje que esta línea de pensamiento dejaría a quienes se involucren en actos de terrorismo de Estado que el orden internacional rechaza, sería que ante este tipo de conductas, las naciones conservan su poder de represión sin limitaciones temporales.

Entonces teniendo en cuenta que desde el propio Estado se han cometido delitos aberrantes que el derecho internacional viene condenando desde hace varias décadas y teniendo la “puerta abierta” a la costumbre internacional por aplicación directa del artículo 118, el Estado argentino, tiene las armas jurídicas (aunque resulten más claras las que hay desde el 2003 y hacia el futuro) para no dejar impune los crímenes aberrantes cometidos en uno de los más oscuros períodos de nuestra historia, pero también las armas jurídicas para adscribir a la impunidad.

Esta es la decisión que debía tomar la Corte en realidad, si adscribía a una u otra postura, optó, sin duda por la primera de las soluciones.