

**Crímenes de lesa humanidad y garantías constitucionales:
un paso adelante y dos atrás.**

Un análisis crítico de los fallos Arancibia Clavel y Simón

Germán Campi, Alina García, Andrea Vlahusic

I.- Introducción

A partir de la aplicación de la normativa internacional sobre imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en nuestro ordenamiento jurídico, nos proponemos analizar las resoluciones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dos casos paradigmáticos: Arancibia Clavel¹ y Simón².

A los fines de cumplir con nuestro objetivo, formularemos una breve síntesis de las relaciones existentes entre ambos ordenamientos jurídicos, para luego abocarnos a la cuestión de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y la interpretación formulada por nuestro Alto Tribunal a las cuestiones mencionadas.

II.- Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno argentino. La problemática de la Jerarquía de las normativas.

Durante mucho tiempo se debatió acerca de la problemática derivada de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Dos cuestiones centrales fueron el centro de debate: por un lado, la forma a través de la cuál se incorpora el derecho internacional al derecho interno y por otro - una vez establecida la forma de incorporación de la normativa internacional- la jerarquía de las normativas en cuestión.

A los fines de resolver la mencionada problemática se esgrimieron dos teorías doctrinarias:

a) la teoría monista defiende la idea de la existencia de un único ordenamiento jurídico, en el cuál coexisten dos subsistemas jurídicos que se relacionan entre sí mediante una relación jerárquica de normas.

Para esta teoría la cuestión de la incorporación no es un inconveniente toda vez que el ordenamiento jurídico es uno solo lo que conlleva a la integración directa de las normas de derecho internacional en el ordenamiento interno.

La problemática para esta teoría radica en lo referente a la relación jerárquica de las normas y es así como algunos doctrinarios sostienen la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno (Kelsen), otros ha considerado la primacía del derecho interno por sobre el derecho internacional (escuela soviética de derecho internacional) y otros con una postura

¹ Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros – causa n° 259”, 24/08/2004

² Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. - Causa N° 17.768, 14/06/2005

moderada “reconocen la posible coexistencia de ambos ordenamientos de normas incompatibles, pero afirma el criterio unitario final en la responsabilidad del Estado que con sus normas internas contraviene al derecho internacional”³.

b) la teoría dualista (cuyos mayores exponentes fueron Anzilotti y Triepel) defiende la idea de la existencia de dos ordenamientos jurídicos distintos e independientes, motivo por el cuál para poder invocar y aplicar una norma de derecho internacional es necesario un acto del Estado mediante el cuál se transforme (y por ende se incorpore) la norma de derecho internacional en derecho interno.

En el ordenamiento jurídico argentino, es la Constitución Nacional quien determina las normas que integran el ordenamiento jurídico y la relación jerárquica entre ellas.

La Constitución Nacional a través del artículo 31⁴ establece la incorporación directa del derecho internacional convencional – tratados –, es decir, que no se requiere un acto mediante el cuál se transforme la norma de derecho internacional en derecho interno.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional ha entendido en diversos casos que la incorporación del derecho internacional al ordenamiento interno es de forma directa y su aplicación es inmediata⁵, siempre y cuando las normas en cuestión no requieran acto reglamentario alguno. En lo referente a las normas consuetudinarias internacionales⁶ y a los principios generales de derecho internacional⁷, si bien la Constitución Nacional no prevé expresamente su aplicación directa –como en el caso de las normas convencionales–, la Corte Suprema de la Nación en base a las normas de derecho de gentes, al artículo 118 de la Constitución Nacional y al artículo 21 de la ley 48 aplicó en forma directa la normativa consuetudinaria internacional y los principios generales de derecho internacional en el derecho interno⁸. Dicho criterio también es sostenido por nuestros más prestigiosos doctrinarios.

De lo antes mencionado podemos decir que en el ordenamiento jurídico argentino, las fuentes de derecho internacional, sean estas convencionales, consuetudinarias o principios generales de derecho se aplican en forma directa.

Resuelto la primera cuestión nos abocaremos a la relación jerárquica existente entre las normas de derecho internacional y las normas de derecho interno.

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, solamente podíamos afirmar dos tipos de relaciones jerárquicas: por un lado, que el derecho federal (entre las cuales se encuentran las normas internacionales convencionales) se encuentran por encima del derecho provincial (Art. 31 de la Constitución Nacional) y por el otro la supremacía de la Constitución Nacional por sobre

³ Conf. Moncayo, Vinuesa, Gutierrez Posse, Derecho Internacional Público, Tomo I, Buenos Aires, Zavalía, 1997, pág. 54

⁴ Art. 31 CN: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...”

⁵ Caso: S.A. Quebrachales Fusionados c/ Capitán, armadores, dueños del vapor nacional Aguila de 1927 (150:84); Caso: Compañía Mihanovich c/ Armadores del vapor Duquesa de 1932 (165:144); Caso: “S.A. Editorial Noguea de 1962 (252:262); Caso: Martínez, Enrique M. c/ Ramos, José I. s/ despido (284:28), entre otros

⁶ La costumbre es la práctica común y reiterada generalmente aceptada como derecho

⁷ Son los principios generales reconocidos en los ordenamientos internos de los Estados Civilizados.

⁸ Caso: D. Rufino Basavilbaso contra el Ministro Plenipotenciado de Chile de 1877(Fallos: 19:108), Caso: Delfino c/ Ferrando de 1867 (Fallos: 4:64); Caso: Ibarra y Cía c/ Capitán del Vapor Español Ibaí de 1937 (Fallos: 178:174); Caso: Gomez, Avelino c/ Baudrix, Mariano de 1869 (Fallos: 7:282); David, Darío c/ Provincia San Luis de 1875 (Fallos: 17:163); Caso: Tripulantes del Buque Chileno “La Pilcomayo” de 1891 (Fallos: 43:321) entre otros

las normas convencionales internacionales (Art. 27 de la Constitución Nacional y Art. 21 de la ley 48).

Sobre la base del artículo 27 y en algunas oportunidades del artículo 31 de la Constitución Nacional⁹ la CSJN ha avalado la supremacía de la Constitución Nacional en relación a los tratados internacionales¹⁰.

En lo referente a la relación jerárquica entre las normas de derecho internacional y las leyes de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendía, por aplicación del artículo 31¹¹, que se encontraban en un mismo plano jerárquico, motivo por el cuál en caso de conflicto entre ellas debía aplicarse los principios generales de “ley posterior deroga ley anterior” y “ley especial deroga ley general” conforme fuera el caso.

A partir del año 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación modifica su criterio¹² y reconoce supremacía a los tratados por sobre las leyes argumentando, por un lado que la derogación de un tratado mediante una ley del congreso violaría la distribución de competencias impuestas por la Constitución Nacional, implicando un avance inconstitucional del Poder Legislativo por sobre las competencias del Poder Ejecutivo y por otro lado, invocó el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Este criterio fue mantenido en posteriores fallos¹³ de la Corte Suprema hasta el año 1994, fecha en la que se reformó la Constitución Nacional.

La reforma constitucional de 1994, plasmó en el artículo 75 inciso 22, el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de “Ekmekdjian c/ Sofovich”, estableciendo que *“... los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”*

⁹ Caso: Alfonso Chantraín de 1947 (Fallos: 208:24)

¹⁰ Caso: Nardelli, Pietro s/ Extradición (Fallos: 319:2557); Caso: Cabrera Washington c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande (Fallos: 305:2150); Caso: Zaratiegui y otros. c/ Estado Nacional (Fallos: 311:1191)

¹¹ Caso: S.A. Martin & Cía Ltda. c/ Administración General de Puertos s/ repetición de pago (Fallos: 257:99); Caso: Esso S.A. Petrolera Argentina c/ Nación Argentina de 1968 (Fallos: 271:7);

¹² Caso: Ekmekdjian Miguel c/ Sofovich Gerardo de 1992 (Fallos: 315:1492)

¹³ Caso: Fibraca Constructora S.C.A c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande de 1993 (Fallos: 316:1669); Caso: Hagelin, Ragnar de 1993 (Fallos:312:626);

Dicha normativa generó un extenso debate doctrinario en relación a distintas cuestiones, entre ellas: a) establecer si la norma otorga a los instrumentos internacionales mencionados idéntica jerarquía que la Constitución Nacional; b) si los instrumentos enumerados pueden ser sometidos a un control de constitucionalidad; c) si los tratados que adquieran en el futuro jerarquía constitucional estarán sometidos al control de constitucionalidad.

Un sector de la doctrina entiende que los mencionados instrumentos – y los que en el futuro se eleven a la jerarquía constitucional – poseen una jerarquía constitucional limitada¹⁴, o jerarquía cuasi-constitucional¹⁵. Su argumento se sustenta en que: 1) la frase “...no derogan artículo alguno de la primer parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...” implica interpretar que los mencionados instrumentos internacionales se encuentran subordinados a los principios de derecho público contenidos en la Constitución Nacional, por ende dichos instrumentos poseen una jerarquía inferior a los principios de derecho público.

Otro sector de la doctrina¹⁶ entiende que los mencionados instrumentos – y los que en el futuro se eleven a la jerarquía constitucional- poseen la misma jerarquía que la Constitución Nacional. El argumento se sustenta a través de: 1) la interpretación literal de la norma, ya que claramente dice “...tienen jerarquía constitucional...”; 2) la frase “... no derogan artículo alguno...” es una mera aclaración del constituyente toda vez que la ley 24.309 establecía expresamente la prohibición de modificar artículo alguno de la primer parte de la constitución nacional; 3) la frase “... deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...” no implica la accesoriedad de los instrumentos internacionales sino que amplían y complementan el plexo de derechos establecidos en la Constitución Nacional.

La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo referente a la jerarquía de los instrumentos internacionales mencionados en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y particularmente en relación a la frase “...no derogan artículo alguno...” no resuelve la cuestión planteada por la doctrina, ya que se limita a decir que ella “...indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir...”¹⁷

Cabe destacar que tanto en el caso Arancibia Clavel como en Simón, el voto mayoritario de la CSJN directamente omite expedirse al respecto, con excepción del Ministro Boggiano que expresamente reconoce una idéntica jerarquía entre la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional.¹⁸

¹⁴ Badeni, Gregorio, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, pág. 196

¹⁵ Gutierrez Posse Hortensia D.T., *Guía para el conocimiento de los elementos de derecho internacional público*, La Ley, 2003, pág. 77

¹⁶ Manili Pablo Luis, *El Bloque de Constitucionalidad*, La ley, pag. 186;

¹⁷ Caso: Chocobar, *Sixto c/ ANSES* de 1996, voto de los Dres. Nazareno, Moliné O Connor y López, considerando 12 (Fallos: 319:3241) y Caso: Monges Analía de 1996, voto de los Dres. Nazareno, Moliné O Connor, López y Boggiano, considerandos 20 y 21 (Fallos: 319:3148)

¹⁸ Caso Arancibia Clavel, voto del Dr. Boggiano, considerando 13: “Que la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma supremacía... Si los tratados con jerarquía constitucional tuviesen rango inferior a la Constitución debería declararse su inconstitucionalidad en caso de colisión. Pero tal colisión no puede suscitarse... En la Constitución Nacional no hay “normas constitucionales inconstitucionales”...”. En idéntico sentido en el caso Simón, considerando 10: “,, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, con complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente.” y considerando 48: “... no cabe predicar que el mencionado instrumento internacional (se refiere a la Convención sobre Imprescriptibilidad) está subordinado a la Constitución, pues se

De lo expuesto nos surge el primer interrogante acerca de la cuál sería la interpretación final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a la relación jerárquica entre la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, toda vez que no surge una postura clara de los ministros que integran la mayoría, no así de los votos minoritarios – en Arancibia Clavel¹⁹ y en Simón²⁰ - que expresamente reconocen jerarquía superior a la Constitución Nacional.

III. La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad²¹ establece en su Artículo I : “*Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: (...) b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 (...)*”

Por su parte, la definición a la cual reenvía el artículo citado es la siguiente: “*asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes de la guerra o durante ella, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando sean cometidos al perpetrar un delito sujeto a la jurisdicción del Tribunal o en relación con tal delito, e independientemente de que el acto implique o no una violación del derecho interno del país donde se haya cometido*”

identifica con ella. El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención ya citada, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución.”

¹⁹Voto del Dr. Vázquez, considerando 27, “...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...”. Voto del Dr. Fayt, considerando 24: “Que tampoco la reforma constitucional de 1994...logran conmovier este estado de cosas, en tanto la vigencia de los arts. 27 y 30 mantiene el orden de prelación entre la Constitución y los tratados internacionales, que de conformidad con el primer artículo citado es la que debe primar en caso de conflicto. En efecto, los constituyentes establecieron que ciertos instrumentos internacionales de emblemático valor – dos declaraciones y siete tratados de derechos humanos – enunciados taxativamente gozan de jerarquía constitucional...tales instrumentos prevalecerán sobre las leyes ordinarias y los demás tratados a condición de respetar la prevalencia de los principios de derecho público constitucionales consagrados en la primera parte de ese ordenamiento. De allí que su jerarquización (de segundo rango) exija una ineludible comprobación de su armonía con aquellos derechos y garantías que esta Corte (en tanto custodio e intérprete final de la Constitución) tiene el deber de salvaguardar. En efecto es el Poder Judicial a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, realizar ese juicio de comprobación”. Y considerando 32: “...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 ... 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”.

²⁰ Voto del Dr. Fayt, considerando 53 (idéntico criterio que en Arancibia Clavel) y considerando 61 “... 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), aquellos 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”

²¹ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968; en vigor conforme al artículo VIII, a partir del 11 de noviembre de 1970. Ratificada por la República Argentina en 1995 y con jerarquía constitucional a partir del 2003.

A partir de lo establecido en la Convención en relación a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, **cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido**, surgen en cuanto a su aplicación, algunos interrogantes: ¿vulnera el principio de legalidad?, ¿afecta garantías constitucionales?, ¿es aplicable la norma internacional a los actos cometidos antes de su entrada en vigor para nuestro Estado?, ¿es aplicable a los actos realizados con posterioridad a su entrada en vigor?

a) Principio de legalidad:

El principio “*nullum crimen nulla pena sine lege*” se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico²² y en el ordenamiento jurídico internacional²³.

En el ámbito interno no existía discusión alguna en cuanto a las exigencias que imponía el principio de legalidad, a saber: ley previa – a los fines de impedir la aplicación retroactiva del tipo y de la pena -; ley escrita – a los fines de excluir la costumbre como elemento constitutivo del tipo y de la pena -; ley estricta – a los fines de impedir el uso de la analogía en el tipo y en la pena -; y ley cierta – a los fines de impedir leyes difusas o indeterminadas para determinar lo que realmente está prohibido y la consecuencia penal que se imputa -.

De lo antes mencionado, podemos advertir que la Convención sobre Imprescriptibilidad no satisfacía el requisito ley escrita, ley estricta y ley cierta, en tanto remite al Estatuto del Tribunal de Nüremberg, para tipificar los crímenes de lesa humanidad, siendo que este estableció un tipo penal excesivamente genérico y a su vez no dispuso expresamente ninguna sanción.

Sin embargo a partir de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁴, se subsana las falencias antes mencionadas, ya que se establece en forma precisa la tipificación de los crímenes de lesa humanidad²⁵ y la correspondiente condena²⁶. En consecuencia, podemos afirmar que el principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional no se encontraría vulnerado por la normativa internacional, máxime por cuanto esta consagra –como veremos mas adelante– el principio de legalidad.

Asimismo, en base a nuestro ordenamiento jurídico debemos analizar si la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad establecidos por la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad y por el Estatuto de Roma²⁷ afecta el instituto de la prescripción de la acción penal.

En nuestro ordenamiento jurídico el instituto de la prescripción de la acción penal se encuentra previsto únicamente en los artículos 59 inc. 3 y 62²⁸ del Código Penal de la Nación.

²² Art. 18 de la Constitución Nacional “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”

²³ Art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Art. 11,2 Declaración Universal de Derechos Humanos “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”; Art. 9 Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 15.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 7,1 de la Convención Europea de Derechos Humanos

²⁴ Ratificado por Argentina en 08/02/2001 y entro en vigor el 01/07/2002 conforme lo establecido en el artículo 126 del Estatuto.

²⁵ Art. 7

²⁶ Art. 9 “En los casos previstos en el artículo 7° del Estatuto de Roma la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua”.

²⁷ Art. 11: “La acción y la pena de los delitos previstos en los artículos 8°, 9° y 10 de la presente ley y aquellos que en el futuro sean de competencia de la Corte Penal Internacional, son imprescriptibles.

²⁸ Art. 59 inc 3 : “La acción penal se extinguirá: ... 3 ° Por la prescripción ...”

Siendo que la normativa penal es jerárquicamente inferior a la normativa internacional antes señalada, y teniendo en cuenta que Nuestra Carta Magna no consagra el instituto de la prescripción de la acción penal, podemos concluir que para los casos de delitos de lesa humanidad debe aplicarse lo establecido por el derecho internacional público, sin que ello implique vulneración a nuestros principios de orden público.

b) La aplicación retroactiva

Con relación al segundo interrogante que nos formulamos, referido a la posibilidad de aplicar la normativa internacional sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad a los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha normativa para nuestro país, existe un amplio debate doctrinario al respecto.

Gran parte de la doctrina, como Bidart Campos²⁹ y Gil Domínguez³⁰, entre tantos otros, sostienen que se aplica la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad toda vez que dicha disposición se encontraba plasmada en una norma consuetudinaria internacional vigente al momento de la comisión de los hechos, por ende no estaríamos hablando de una aplicación retroactiva de la normativa convencional internacional sino de la aplicación de normas consuetudinarias internacionales.

Aún en el caso de que compartiéramos la existencia de una norma consuetudinaria internacional sobre imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad, se nos abren dos problemas particulares en lo pertinente a su aplicación a un caso en concreto sin que ello implique vulnerar el principio de legalidad, ya que la norma consuetudinaria en cuestión no ofrece un concepto de crimen de lesa humanidad, ni asigna una pena a los mismos. En virtud de que dichas falencias fueron suplidas por normas convencionales internacionales, serían estas las normas que deberán ser aplicadas y no la norma consuetudinaria internacional.

Argumentar la existencia de una norma consuetudinaria internacional en lo referido a la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad nos resulta poco probable atento a que no advertimos la existencia de los elementos constitutivos de ésta³¹.

Podemos señalar a título de ejemplo, que durante el transcurso de los primeros 10 años desde la firma de la Convención, apenas 17 Estados la habían ratificado, lo cual demuestra que no era una práctica común y reiterada de los Estados reconocer como imprescriptibles los crímenes de lesa humanidad y que por ende no se advierte la concurrencia de la mayoría de los Estados de la comunidad internacional en el proceso de formación de la norma consuetudinaria.

Art. 62: “La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación: 1°. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua; 2°. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años; 3°. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 4°. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 5°. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa”

²⁹ “Nuestro art. 118 hace remisión al derecho de gentes en materia penal, lo que significa que una ley extranjera sobre prescripción penal que se ha dictado después de cometido el delito (...) no se opone a ese mismo derecho de gentes al que da recepción el citado art. 118.” BIDART CAMPOS, German “*Manual de la Constitución Reformada*”. Ediar. Buenos Aires, 2000. Pág. 297.

³⁰ “Si la Constitución argentina establece que se pueden juzgar en nuestro país delitos cometidos contra el derecho de gentes perpetrados en el extranjero se pueden juzgar los delitos contra el derecho de gentes cometidos en nuestro país.” GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. “Constitución y Derechos Humanos”. Ediar. Buenos Aires, 2004. Pág. 43.

³¹ “El elemento material es la práctica común y reiterada y el elemento psicológico es la aceptación de esa práctica como derecho; es decir, la conciencia o convicción de los Estados sobre su obligatoriedad”, conf. Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posee, derecho internacional público, T° 1, Zavalía, año 1997, pág. 83

Advertimos también que los principales sistemas jurídicos poseen en sus ordenamientos jurídicos internos normativas referidas a la prescripción de la acción penal, y por ende no podemos afirmar que sus actos unilaterales (expresados mediante leyes, sentencias, decretos, etc.) hayan sido concordantes con la idea de una norma consuetudinaria sobre imprescriptibilidad.

Otro sector de la doctrina, entiende que es posible aplicar retroactivamente las normas contenidas en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Dicha postura es notoriamente apartada a derecho, puesto que las normas convencionales internacionales solamente son aplicables a partir del momento en que entran en vigor para el Estado del cual se trate.

Independientemente de ello es importante recordar que el principio de irretroactividad se encuentra plasmado en varios instrumentos internacionales³²

IV. La interpretación de la Corte Suprema sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad: los fallos Arancibia Clavel y Simón.

La discusión en relación al alcance del principio de legalidad a luz de la normativa internacional, se suscita claramente a partir de dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Arancibia Clavel y Simón.

A continuación nos proponemos formular un breve análisis crítico de los fundamentos de fondo esgrimidos por nuestro Alto Tribunal en ambos casos, valorando si el principio de legalidad ha sido vulnerado o no.

Enrique Lautaro Arancibia Clavel durante marzo de 1974 y noviembre de 1978 había formado parte de la Dirección de Inteligencia Nacional, dependiente del gobierno de facto de Chile, siendo que su actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet que se encontraban exiliados en nuestro país.

La Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, declaró la prescripción de la acción penal en orden al delito de asociación ilícita por cuanto desde la fecha en que el imputado dejó de cometer el delito (la de su detención: 24/11/1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15/05/1989) habían transcurrido más de diez años. No hace lugar a la imprescriptibilidad de los hechos que le fueron imputados a Arancibia Clavel toda vez que no se adaptaban al tipo penal existente al momento de la comisión de los mismos. Contra esa resolución la defensa interpuso recurso extraordinario que, denegado dio origen a la queja sobre la que falla la Corte Suprema en Agosto de 2004.

A Julio Héctor Simón (alias el "Turco Julián" y en aquel entonces suboficial de la Policía Federal Argentina) se le imputa haber secuestrado en la tarde del 27 de noviembre de 1978 a José Liborio Poblete Rosa en la Plaza Miserere de esta ciudad y, en horas de la noche, a la esposa de éste, Gertrudis Marta Hlaczik, y a la hija de ambos, Claudia Victoria Poblete. Todos ellos fueron llevados al centro clandestino de detención conocido como "El Olimpo", donde el matrimonio fue torturado por distintas personas entre las que se encontraba Simón. Allí permanecieron unos dos meses, hasta que fueron sacados del lugar, sin tenerse, hasta ahora, noticias de su paradero.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad confirmó el auto de primera instancia que decreta el procesamiento con prisión

³² Art. 4 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados

preventiva de Julio Héctor Simón y amplía el embargo sobre sus bienes, por crímenes contra la humanidad consistentes en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, las que, a su vez, concurren materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí. Contra esa resolución la defensa interpuso recurso extraordinario que, denegado dio origen a la queja sobre la que falla la Corte Suprema en Junio de 2005.

a) Caracterización del tipo penal “crimen de lesa humanidad”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió en el fallo Arancibia Clavel que dentro de los crímenes de lesa humanidad se incluye el de formar parte de una asociación ilícita por lo tanto correspondía calificar la conducta del imputado como un delito de lesa humanidad y por ende aplicar la imprescriptibilidad de dichos delitos.

Los fundamentos del voto mayoritario³³ de la Corte para llegar a la conclusión de que los hechos que se le imputaban eran delitos de lesa humanidad se basaron en normas convencionales internacionales - Estatuto de Roma (artículo 7, artículo 25, inciso 3 apartados a, b, c y d, artículo 7, inciso 1 ap. h); La Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (artículos 2 y 3 inciso. b); 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 - y normas consuetudinarias internacionales.

En este sentido, argumentan los Dres. Highton de Nolasco y Zaffaroni que: *“del plexo normativo internacional transcripto se desprende que dentro de la clasificación de los crímenes contra la humanidad, también se incluye el formar parte de una organización destinada a cometerlos, con conocimiento de ello”* (Considerando 14). *“...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 debemos 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 art. 118 de la Constitución Nacional”* (Cons. 16) *“... en consecuencia el formar parte de un grupo dedicado a perpetrar estos hechos, independientemente del rol funcional que se ocupe, también es un crimen contra la humanidad”*. (Cons. 17)

Un razonamiento similar fue utilizado en el fallo Simón para definir el tipo penal. Así vemos el voto del Dr. Boggiano (Cons. 38): *“... los hechos investigados en la causa encuadran en el art. 2 de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la ley 24.556 y con jerarquía constitucional otorgada por la ley 24.820, art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 75, inc. 22) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que comprende en la definición “otros actos inhumanos”, según la remisión al art. 6 c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.”*

Sin necesidad de profundizar demasiado podemos advertir rápidamente que de todos los instrumentos mencionados por la Corte Suprema de la Nación ninguno se encontraba en vigor para nuestro Estado (ya que no habían sido ratificados) al momento de la comisión de los hechos imputados en ambas causas, con lo cuál no existía el tipo penal de crímenes de lesa humanidad,

³³ Considerandos 11 a 17 del voto de Highton de Nolasco y Zaffaroni. Destacamos que ninguno de los votos de la minoría (Fayt y Belluscio) analiza el carácter de delito de lesa humanidad de los hechos imputados.

por ende es cuestionable que la CSJN invoque normas que no eran tales al momento de la comisión de los hechos para tipificar un hecho como delito de lesa humanidad.

Es de destacar que como fuente principal para establecer el tipo penal se utiliza el Estatuto de Roma, el que expresamente reconoce los principios de *Nullum crimen sine lege*, *Nulla poena sine lege* e Irretroactividad *ratione personae*³⁴, lo que claramente configura un contrasentido.

En suma: “Los tratados son normas jurídicas internacionales que se aplican en el ámbito interno en forma directa, sin dejar de ser normas internacionales. Por lo tanto sólo pueden ser aplicados en el ámbito interno cuando han sido ratificados por el Poder Ejecutivo y cuando están en vigor según el derecho internacional...”³⁵. Los tratados mencionados fueron ratificados con posterioridad a la comisión del delito por ende no existía una norma jurídica que tipificara el delito de Arancibia Clavel y de Simón como crímenes de lesa humanidad.

Resulta difícil pensar en una norma consuetudinaria internacional que tipifique delitos de lesa humanidad, toda vez que dentro del principio de legalidad se exige que la ley sea *scripta* es decir, no consuetudinaria. Este criterio se advierte claramente en distintos fallos u opiniones consultivas emitidas por órganos internacionales encargados de expedirse sobre violaciones graves a los derechos humanos, dado que no pierden de vista en sus pronunciamientos el principio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.³⁶

En este sentido, podemos encontrar una lúcida interpretación del Dr. Fayt en el caso Simón (Cons. 36 y 37): “no puede predicarse que la Convención³⁷ haya contemplado un tipo penal ajustado al principio de legalidad entendido por inveterada jurisprudencia de esta Corte como aquel que exige para su configuración la doble determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar... a lo anterior debe sumarse que la aplicación de la Convención a los hechos de la causa, tampoco cumple con el requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad, en tanto aquella no se hallaba vigente en el momento de comisión de los hechos”.

b) La cuestión de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad

Con relación a la aplicación de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad el voto mayoritario de la CSJN en Arancibia Clavel se divide en dos tipos de argumentación:

³⁴ **Artículo 22.** *Nullum crimen sine lege*

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.

2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

Artículo 23. *Nulla poena sine lege*

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

Artículo 24. Irretroactividad *ratione personae*

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

³⁵ Pablo Luis Manili, *La Ley*, T. 2004 – D – pág. 15

³⁶ Voto del Dr. Fayt en Arancibia, Considerando 39: “...el Comité contra la Tortura señaló que “ a los efectos de la Convención... tortura sólo puede significar la (...) practicada posteriormente a la entrada en vigor de la Convención. Por consiguiente (...) la Convención no abarca los actos de tortura cometidos (en el caso) en 1976, diez años antes de la entrada en vigor de la Convención...”

³⁷ Se refiere a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

1) la mayoría integrada por Highton de Nolasco, Maqueda, Petracchi, Zaffaroni y Vázquez: argumentan que se aplica la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad sobre la base de una norma consuetudinaria de derecho internacional que establecía la imprescriptibilidad de estos (Considerando 28 del voto de los Dres. Zaffaroni y Highton de Nolasco): *“Que esta Convención³⁸ 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”*

2) el Dr. Boggiano aplica la imprescriptibilidad haciendo una utilización retroactiva de la Convención de Naciones Unidas sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad: *“Resulta de aplicación el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto de la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad...”* (Cons. 33) *“... la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad establece específicamente su aplicación retroactiva...”* (Cons. 37)

En el fallo Simón observamos una similar interpretación en los votos que conformaron la mayoría (aclaramos que cada Ministro expuso su voto en este caso por lo que no es sencillo delimitar el criterio de la mayoría). Particularmente los Dres. Boggiano y Argibay plantearon la aplicación retroactiva de la Convención de Naciones Unidas sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, mientras que en líneas generales los demás integrantes de la mayoría plantearon la existencia de una norma consuetudinaria de ius cogens. Transcribimos a continuación algunos de los pasajes centrales de los votos más representativos de la mayoría:

Voto del Dr. Boggiano

Cons. 40: *“... los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino”.*

Cons. 43: *“Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el ius gentium y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de ius cogens, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad”*

Cons. 44: *“... la inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho.”*

Cons. 45: *“...resulta de aplicación el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto de la Convención de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. En consecuencia, la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no puede encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo.*

³⁸ Se refiere a la Convención de Naciones Unidas sobre Imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y Lesa Humanidad

Además, la imperatividad de tales normas las torna aplicables aun retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional”

Cons. 49: “... no es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118 respecto a la aplicación de las normas del ius cogens relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio supone, aunque obviamente, no establece los principios del derecho de gentes.”

Voto de la Dra. Argibay

Cons. 17: “Tampoco puede omitirse la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo (El objetivo inmediato fue el de remover el obstáculo que suponían las leyes nacionales sobre prescripción para el juzgamiento de crímenes cometidos durante el régimen nazi que gobernó Alemania entre 1933 y 1945)...el artículo I de la Convención... se refiere a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido"... el Estado argentino no podría excusarse de aplicar retroactivamente la Convención de 1968: esa es la obligación que asumieron los Estados Partes conforme lo que surge tanto del texto de la Convención cuanto del espíritu con que fue aprobada.” .

Voto del Dr. Maqueda

Cons. 41: “en estos casos en que queda comprometida la dignidad humana de las personas ...corresponde atender a una interpretación dinámica de dicha cláusula constitucional para responder - en el estado de avance cultural actual- a los requerimientos de un debido castigo para aquellos que cometen crímenes contra el delito de gentes ... la Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de ese derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente con el consiguiente deber de su aplicación correspondiente por los tribunales respecto a los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción.”

Cons. 45: “... la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía - al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa- un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente - dentro de este proceso evolutivo- como ius cogens.”

Cons. 56: “... la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados nacionales sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional... lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos.”

Cons. 57: “Es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados un orden normativo - formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional- que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo

que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes.”

En lo relativo a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad como norma consuetudinaria internacional es de preocupar el voto mayoritario en cuanto a la verificación de la norma invocada y al cabal cumplimiento de los requisitos del principio de legalidad surgidos del artículo 18 de la Constitución Nacional.

La verificación de la existencia de una norma consuetudinaria sobre imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad, efectuada por la CSJN, por un lado, se basa en recomendaciones (Nº415 de 1965) o resoluciones (Nº 3) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que mucho no ofrecen puesto que es sabido que las mismas no son vinculantes para los Estados ³⁹ y por otro lado, no efectúa una exhaustiva constatación a los fines de comprobar la existencia de una norma consuetudinaria.

Aún aceptando la existencia de una norma consuetudinaria internacional que establece la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, lo cierto es que la misma cumpliría únicamente con el requisito de *lex praevia*, pero no así con los requisitos de, *ley certa, stricta y scripta*.

En esta cuestión manifestamos nuestro acuerdo con el análisis realizado por el Dr. Fayt en el fallo Arancibia: *“En efecto, la aplicación de la costumbre internacional contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser certa (exhaustiva y no general), stricta (no analógica) y, concretamente en relación al sub lite, scripta (no consuetudinaria). Sintetizando: las fuentes difusas (como característica definitoria de la costumbre internacional) también son claramente incompatibles con el principio de legalidad.”* (Cons. 42). *“...los obstáculos hasta aquí examinados tampoco pueden sortearse con la aplicación directa del derecho penal internacional en virtud de una pretendida preeminencia del Derecho de Gentes que encontraría su fundamento en el art. 118 de la Constitución Nacional, derecho que no necesariamente revelaría idéntica sujeción al principio de legalidad. (...) Como se advierte, esta cláusula constitucional regula una modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los delicta iuris gentium. En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que, a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior) resulta inaplicable. (...) no cabe concluir que por esta vía el derecho de gentes tiene preeminencia sobre el derecho interno del Estado argentino. Por otra parte, no debe confundirse el valor indiscutible del derecho de gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno. En definitiva, la mención en la Constitución del derecho de gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo (más allá de su indiscutible valor) se le confiere jerarquía constitucional ni (menos aún) preeminencia sobre la Ley Fundamental.- Parece a todas luces exagerado inferir en base al texto del art. 118 que sea posible la persecución penal en base a las reglas propias del derecho penal internacional. De allí no se deriva en modo alguno que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el derecho internacional, en tanto no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la*

³⁹ Consigli, José y Kabbas Diego, El Derecho, 180: 1398 : “Las Resoluciones de la Asamblea General no son vinculantes ni tampoco sus Declaraciones, que son una especie dentro del género de las Resoluciones, y se caracterizan porque definen principios o señalan normas de conducta cuya observancia por parte de todos los sujetos internacionales se considera deseable o modélica...”

persecución de crímenes iuris gentium. Por lo tanto (como se afirmó) la norma citada no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad” (Cons. 43)

En similar sentido se explaya el Dr. Belluscio en el mismo fallo: “...*tampoco se puede admitir que en virtud del ius cogens la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad rigiera 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.*” (Cons. 16)

Refuerza nuestra postura la misma normativa internacional, pudiendo mencionar a título ejemplificativo el Estatuto de Roma⁴⁰ el que solamente le otorga competencia a la Corte Internacional Penal para entender respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto, aparte de los artículos antes mencionados.

El principio de legalidad, en toda su dimensión, ha sido mantenido por nuestro Estado en reiteradas oportunidades, como lo vemos referido por el Dr. Fayt en el fallo Arancibia (cons. 20): “...*la posición que el gobierno argentino asumió al efectuar la reserva al segundo párrafo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*⁴¹ *(aplicación de principios internacionales en caso de crímenes iuris gentium). Cabe recordar que el Estado argentino manifestó, para este caso, que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto debía estar sujeta al principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional... al respecto ver también las manifestaciones del representante de la delegación argentina Dr. Ruda en el 15 período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales, 3º comisión, sesiones 1007 y 1009, del 31 de octubre de 1960 y 2 de noviembre de 1960 respectivamente” “...un texto análogo al del apartado segundo, fue excluido del proyecto del o que después fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos...” “... 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 serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y en caso de ser declaradas culpables, castigadas... 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 Estado que adopten una legislación retroactiva... Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación...”*

Es por ello que no encontramos posible sostener el principio de imprescriptibilidad en los casos Arancibia Clavel y Simón sobre la base de una norma consuetudinaria, toda vez que esta

⁴⁰ Estatuto de Roma, artículo 11

⁴¹ Artículo 15 segundo párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nada de lo dispuesto e este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”.

no solo viola el principio de legalidad – en la dimensión que fuera interpretado por la CSJN - aplicable a la fecha de los hechos cometidos, sino que tratándose de una norma de inferior jerarquía no puede ser aplicada en detrimento de una norma jerárquicamente superior, como es la Constitución Nacional.

Podemos advertir que en muchos casos es el mismo derecho internacional convencional⁴² –en base a una norma de carácter fundamental- quien establece un límite a la supuesta “norma consuetudinaria” de imprescriptibilidad, lo que implicaría dudar del alcance de dicha normativa, dado que en caso de conflicto entre dos normas de derecho internacional público que gozan de idéntica jerarquía⁴³ (tratado y costumbre) se resuelve en base a los principios generales de derecho (ley posterior deroga ley anterior, ley especial deroga ley general) con lo cuál prevalecería el límite impuesto por la norma convencional.

En cuanto al argumento de los Dres. Boggiano y Argibay (aplicación retroactiva de la Convención), demostramos nuestro desacuerdo sobre la base de que la misma no era norma vigente para la Argentina al momento de los hechos, por ende no puede valerse de una norma convencional que no existía - para nuestro país - para fundar su fallo.

Asimismo, tanto en las opiniones como en las decisiones de los órganos internacionales encargados de aplicar las normas internacionales de derechos humanos se advierte una clara aplicación del principio de irretroactividad: “... *la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, entro en vigor el 26 de junio de 1987. A este respecto el Comité (se refiere al Comité contra la Tortura) observa que la Convención tiene efecto sólo desde esa fecha y no puede ser aplicada retroactivamente... no podían racione temporis, haber violado una convención que no había entrado en vigor...*” “*En las decisiones vinculadas con la cuestión de prescripción se observa una clara preocupación de la Corte Interamericana por evitar pronunciarse sobre cuestiones sobre las que no tenía competencia racione temporis... de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto, como es sabido, las consecuencias jurídicas sólo pueden derivarse de hechos violatorios de tal Convención.*” (considerandos 39 y 40 del Dr. Fayt en el fallo Arancibia).

Aún cuando aceptemos la idea de la existencia de una norma consuetudinaria internacional que establezca la retroactividad del principio de imprescriptibilidad, debemos advertir que al momento de los hechos y también en la actualidad, las normas consuetudinarias internacionales se encuentran por debajo de la Constitución Nacional y por ende éstas no pueden contrariarla.

En ese orden de ideas una norma consuetudinaria internacional que establezca la aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad atenta contra el principio de legalidad – y por ende irretroactividad- establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Es notable que el voto minoritario de la CSJN haya dado relevancia - en varios de sus considerandos- al argumento de la supremacía constitucional por sobre los instrumentos de derecho internacional enunciados por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, lo cierto es que dichos argumentos no eran necesarios atento a que al momento de los hechos tal jerarquía

⁴² Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, ratificada por Argentina en 1995: Artículo VII: “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, **cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.**

⁴³ Moncayo, Vinuesa y Gutierrez Posse, Derecho Internacional Público, Zavalía, 1990, T. 1, pags. 80-81

no se encontraba en vigor. Es por ello que la CSJN debió aplicar - en cuanto a jerarquía se trata – el criterio que se encontraba vigente al momento de los hechos y no el establecido en la constitución nacional a partir de la reforma de 1994. Es decir, consideramos que no corresponde formular un argumento en base a una jerarquía constitucional que no existía al momento de los hechos.

En suma: es a partir de 1995 que el principio de imprescriptibilidad establecido en la Convención de Naciones Unidas sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad es norma en nuestro derecho interno y desde 2003 posee jerarquía constitucional. Ello no implica colisión alguna con nuestra Carta Magna, ya que esta no posee norma alguna 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...”*⁴⁴.

Dicho principio solamente podrá ser aplicado para aquellos casos en que la acción penal no se encuentre prescripta al momento de entrada en vigor de la Convención para nuestro Estado.

V.- Conclusiones

Tenemos la convicción moral de que los crímenes aberrantes por los que se acusa a los imputados en ambas causas que estudiamos no deben quedar impunes, pero esto no puede ser óbice para violentar una de las garantías más preciadas del derecho moderno: el principio de legalidad. Desde el punto de vista jurídico el voto mayoritario de la CSJN nos resulta preocupante, toda vez que siendo el último intérprete de la Constitución Nacional debió fundar sus sentencias de acuerdo a la normativa legal vigente y no en base a planteos por demás forzados y violatorios de la garantía constitucional de legalidad.

Si bien no acordamos con el planteo del Dr. Fayt en cuanto a la jerarquía de la parte dogmática de la Constitución Nacional por sobre los tratados del artículo 75 inc. 22, nos identificamos cuando razona en su voto del fallo Simón (cons. 95): *“...pese al indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados en esta causa, 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”*. En el similar sentido, el Dr. Belluscio en Arancibia Clavel (Cons. 16): *“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.”*

⁴⁴ Voto del Dr. Fayt, considerando 12 en Arancibia Clavel

Es de destacar que en el caso Arancibia Clavel, la prescripción operó por la mera inactividad del órgano estatal responsable de llevar adelante la acción penal, sin que hubiera existido impedimento alguno para ello. En cuanto al caso Simón, existió un impedimento legal para llevar adelante la persecución penal del imputado en su momento: las llamadas leyes de obediencia debida y punto final, cuya inconstitucionalidad consideramos debidamente dictada por la Corte Suprema, no así por el Congreso Nacional, dado que carece de competencia para ello. Lamentablemente, no tenemos posibilidades materiales de extendernos respecto a esta cuestión, aunque no podíamos dejar de mencionarla.

A efectos de impedir que los crímenes imputados a Simón queden impunes (tortura y desaparición forzada del matrimonio Poblete) observamos que el análisis realizado por el procurador, Dr. Becerra, en el primero de los dos dictámenes que tiene el fallo⁴⁵ es el más adecuado, dado que deja a salvo el respeto por el principio de legalidad. Siendo el mismo digno de destacar lo transcribimos textualmente: *“A. Desde el punto de vista del Derecho interno debemos analizar la condición de delito permanente de la privación ilegal de la libertad y el dies a quo de la prescripción. Esto nos permite establecer, por un lado, que aun cuando se dejaran de lado, por vía de hipótesis, las normas del Derecho internacional, la solución del caso no variaría en estos aspectos, y por el otro, que ambos ordenamientos, amén de compartir su validez constitucional, se adecuan intrínsecamente. Si partimos de la circunstancia, al parecer indiscutible, de que aún no se ha establecido el paradero del matrimonio, debemos presumir que aún se mantiene su privación ilegal de la libertad, y por lo tanto que este delito, y de ahí su caracterización de permanente, se continúa ejecutando. Y como resultado de todo este razonamiento, obtenemos que no resulta posible considerar la prescripción de la acción penal mientras no se conozca verosímelmente la fecha en que el delito habría cesado de cometerse (artículo 63 del Código Penal) por lo que también en este aspecto la cuestión resulta abstracta.”*

En suma, si bien estamos de acuerdo con el resultado de la condena de los imputados, hubiera sido más razonable y ajustado a derecho en el caso Simón aplicar la noción de delito continuado, y en el caso Arancibia Clavel simplemente confirmar la sentencia de Cámara, que si bien declara la prescripción de la asociación ilícita, mantiene la condena de reclusión perpetua por el delito de homicidio agravado.

⁴⁵ Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. - Causa N° 17.768, Dictamen del Procurador General de la Nación, Nicolás E. Becerra, 29 de Agosto de 2002