

El caso "Arancibia Clavel". Principio de legalidad e imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. ¿Una nueva exégesis del art. 18 CN.?

Morlachetti, Alejandro

---

## SUMARIO:

I. Introducción.- II. Antecedentes del caso.- III. Análisis de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: a) ¿Se puede revocar de oficio la sentencia por la cual el juez declaró que estaba prescripta la acción sin vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado?; b) ¿Puede el delito de asociación ilícita constituirse en un delito de lesa humanidad?; c) El principio de legalidad (art. 18 CN.) y los tratados y normas consuetudinarias que establecen la imprescriptibilidad de la acción penal por crímenes de lesa humanidad: 1. El Derecho Internacional y el Derecho interno: A) Los tratados internacionales antes de la reforma de 1994; B) Tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional; 2. Crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad; 3. El principio de legalidad y la prescripción de la acción penal (imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad): A) "Priebke" ; B) Ratificación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; 4. Retroactividad de la imprescriptibilidad versus principio de legalidad: A) Ius cogens; B) El art. 118 CN. y la recepción del derecho de gentes; C) Argumentos de la Corte.- IV. Conclusión

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar el fallo de la Corte Suprema de la Nación en el caso "Arancibia Clavel" .

Este caso presenta una serie de cuestiones de importancia y, en particular, la discusión acerca de la posibilidad de la aplicación retroactiva de una norma (tratado internacional) que establece la imprescriptibilidad de la acción penal por crímenes de lesa humanidad ante el principio de legalidad establecido en el art. 18 CN. (LA 1995-A-26).

En el fallo se analizan la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución, los tratados incorporados de acuerdo con el mecanismo del art. 75 inc. 22 y la parte 1ª de la CN. y cuál es el margen de apreciación de la Corte ante un principio de ius cogens.

La decisión de la Corte dándole cierta primacía a la normativa internacional por sobre el principio de legalidad, de larga tradición en nuestra jurisprudencia, marca un nuevo rumbo que requiere ser analizado a la luz de los precedentes y de la evolución del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

## II. ANTECEDENTES DEL CASO

En primera instancia el Tribunal Oral Federal n. 6 dio por probado que Arancibia Clavel formaba parte de un grupo destinado a perseguir, reprimir y eliminar en forma sistemática a opositores políticos de la dictadura imperante en Chile, facilitando y apoyando la comisión de delitos del grupo que operaba dentro del territorio argentino y que abarcó la comisión de homicidios, desapariciones forzadas y tormentos, entre otros hechos graves.

En base a ello, Arancibia Clavel fue condenado por el delito de asociación ilícita a la pena de reclusión perpetua en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos, y por el concurso de dos o más personas, del matrimonio Prats Cuthbert.

Contra esta sentencia la defensa interpuso recurso ante la sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación Penal.

La Cámara juzgó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel no era subsumible en el art. 210 bis CPen. (ni en la versión de la ley 21338 [ALJA 1976-B-851], o en la de la ley 23077 [LA 1984-B-815]), en el primer caso porque ya no se encontraba vigente y en el segundo porque no se daban los supuestos de la agravante.

Juzgó que podía considerarse aplicable el tipo básico previsto por el art. 210 CPen., pero resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24/11/1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15/5/1989) transcurrieron más de diez años (arts. 59 inc. 3, 62 inc. 2, 63, 67 párr. 4º y 210 CPen.).

Contra dicha decisión la querrela, en representación del gobierno de Chile, interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja ante la Corte Suprema, que

decidió entender en el mismo a pesar de que el procurador había dictaminado rechazarlo (1) .

### III. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Corte arribó a la decisión de que la acción penal no se había extinguido respecto de Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el Derecho Internacional consuetudinario y por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (leyes 24584 [LA 1995-C-3159] y 25778 [LA 2003-C-2818]). Voto por la mayoría: Eugenio R. Zaffaroni, Elena I. Highton De Nolasco. Según su voto: Enrique S. Petracchi, Antonio Boggiano, Juan C. Maqueda. Voto por la minoría: Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt y Adolfo R. Vázquez.

Más allá de la decisión final de la Corte, es importante analizar las diferentes cuestiones que el caso "Arancibia" plantea y los argumentos esgrimidos por la mayoría y la minoría respecto de los siguientes puntos:

- si se puede declarar la imprescriptibilidad de oficio, o, mejor dicho, revocar de oficio la sentencia por la cual el juez declaró que estaba prescripta sin vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado;
- si el delito de asociación ilícita, independientemente de su adecuación típica al Código Penal argentino, constituye un delito de lesa humanidad;
- si conceder eficacia ex post a normas que establezcan la imprescriptibilidad de la acción penal por crímenes de lesa humanidad afecta el requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 CN.

a) ¿Se puede revocar de oficio la sentencia por la cual el juez declaró que estaba prescripta la acción sin vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado?

La posición de la minoría argumenta que no es revisable la decisión que declara la extinción de la acción penal por prescripción, atento a que al no sostener la querrela el agravio relativo a la imprescriptibilidad de la acción con fundamento en la calidad de crimen de lesa humanidad que podría asignarse al delito imputado, si la Corte arribara a una conclusión distinta de la que adoptó la Cámara se vulneraría el derecho de defensa en juicio, en tanto el imputado no habría tenido en esta instancia la posibilidad de cuestionar la calificación de crimen de lesa humanidad y la consiguiente imprescriptibilidad de la acción penal (voto de los Dres. Fayt y Belluscio).

Además, si bien se acepta que la prescripción en materia penal es de orden público y debe ser declarada de oficio por el tribunal correspondiente, se sostiene que el orden público siempre ha sido invocado por los jueces con el fin de declarar de oficio la extinción de la acción penal, y no para resolver su interrupción o suspensión (2) .

Sin embargo, es atendible y razonable la argumentación del voto mayoritario, que sostiene que aunque el agravio no haya sido mantenido explícitamente en esta instancia, corresponde que sea tratado por la Corte, atento a que en este caso la prescripción de la acción penal dejaría sin sanción un crimen de lesa humanidad y la omisión de su consideración podría comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano.

En el mismo sentido se expresa el Dr. Boggiano, al asignarle importancia a la gravedad institucional que implica la extinción de un proceso penal cuyo objeto versa sobre la investigación de un delito de lesa humanidad, contrario al Derecho Internacional. Las formalidades procesales deben ceder ante la responsabilidad de velar por la responsabilidad internacional de la Nación (consid. 6).

Es de destacar que el Dr. Vázquez, a pesar de disentir con la decisión final, se expresa en este punto en el mismo sentido que la mayoría.

b) ¿Puede el delito de asociación ilícita constituirse en un delito de lesa humanidad?

La Cámara, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda sino tan sólo la imputación por el art. 210 CPen., afirmó "que de ningún modo se ha demostrado que la asociación ilícita pueda considerarse dentro de los crímenes de lesa humanidad".

En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y "habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...".

Es cierto que en nuestro derecho con la figura de asociación ilícita se busca reprimir la pertenencia a la asociación independientemente de los crímenes que puedan cometer sus propios integrantes (3) .

Pero el planteo propuesto por los votos que integran la mayoría sostiene que ante la existencia de normativa internacional que prohíbe determinados crímenes internacionales, "el pertenecer a una asociación que cometa tales crímenes estaría equiparado a cometer el delito reprimido por los tratados de derechos humanos" (consid. 17 del voto de los Dres. Zaffaroni y Highton) (4) .

Así se desprendería de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (art. III inc. b) (5) , del Estatuto de Roma (arts. 7 y 25 ) (6) , de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 4 inc. 1) (7) y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. 2 ) (8) .

En especial, y atento al caso que nos ocupa, es importante resaltar lo dispuesto por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (9) , que en su art. II establece que "...si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el art. I las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración" (10) .

Del análisis de la normativa internacional se puede entonces desprender que existe en la comunidad internacional la intención de castigar tanto la ejecución del acto como los actos preparatorios o la complicidad en la perpetración de aquéllos, y por lo tanto dentro de la clasificación de los crímenes contra la humanidad también se incluiría el formar parte de una organización destinada a cometerlos con conocimiento de ello (11) .

Si bien es posible construir el argumento para sostener que si los homicidios, la tortura y la desaparición forzada de personas son delitos contra la humanidad, entonces el formar parte de una asociación destinada también lo es (12), esta interpretación es un punto débil del fallo ante la realidad de nuestra normativa penal, en la cual la pertenencia a la asociación se presenta como una imputación ajena a la comisión misma del ilícito (13).

c) El principio de legalidad (art. 18 CN.) y los tratados y normas consuetudinarias que establecen la imprescriptibilidad de la acción penal por crímenes de lesa humanidad

## 1.- El Derecho Internacional y el Derecho interno

### A) Los tratados internacionales antes de la reforma de 1994

Durante largo tiempo la Corte Suprema consideró en un pie de igualdad a las leyes y los tratados internacionales, sosteniendo en "Martín y Cía. v. Gobierno Nacional" (1963) (14) y en "Esso S.A. v. Gobierno Nacional" (1968) (15) que no había fundamento normativo alguno para acordar prioridad al tratado frente a la ley y que una norma posterior derogaba una anterior.

Además, la Corte en varios fallos sostuvo que la falta de reglamentación legal impedía que el tratado tuviera aplicación en el ámbito interno, siendo necesaria la promulgación de una ley o de un decreto para darles operatividad a los derechos contenidos en el instrumento internacional (16).

Esta doctrina, que dejaba abierta la posibilidad de responsabilidad internacional, fue recién revisada en 1992 con el caso "Ekmekdjian v. Sofovich" (17), en el que se reconoció la primacía del Derecho Internacional convencional sobre el Derecho interno.

Para ello se afirmó que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados confiere primacía al Derecho Internacional convencional sobre el Derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino y esta Convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes ("Martín" y "Esso"), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual "no existe fundamento normativo para acordar prioridad" al tratado frente a la ley.

Tal fundamento normativo radica en el art. 27 Convención de Viena, según el cual "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (consid. 18 del voto de la mayoría) (18) .

Esta doctrina fue ratificada en casos posteriores como "Fibraca" (19) , "Hagelin" (20) , "Cafés la Virginia" y, a la vez que reiteraba lo dicho en el caso "Ekmekdjian" en cuanto la supremacía del tratado por sobre el derecho interno, asimismo afirmaba la regla de la compatibilidad de los tratados con la Constitución, diciendo que una vez asegurados los principios del Derecho Público Constitucional, el Estado debe asignar primacía a los tratados internacionales ante un eventual conflicto con cualquier norma interna (21) (22) .

#### B) Tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional

En la reforma constitucional de 1994 se adopta una posición similar a los precedentes antes señalados, en cuanto se prescribe que los tratados tiene una jerarquía superior a las leyes, pero también se va más allá al otorgarle jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 [antiguo art. 67]) a una serie de tratados y declaraciones de derechos humanos. Incluso abriendo una vía para la ampliación de la Constitución por el camino de los tratados (23) .

A su vez, en los casos "Gioldi" y "Bramajo" se afirmó que la frase "...en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22 párr. 2º), significa tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional, y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (24) .

Con la incorporación del art. 75 inc. 22 se abre el interrogante de la relación entre los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y la propia Constitución.

Para ello es importante prestar atención al párrafo del propio art. 75 inc. 22 que dispone que los tratados que allí se enumeran "no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidas".

Este párrafo se correspondería con la complementariedad que exigiría el art. 27 CN. (25) .

Esta complementariedad se ha señalado en el caso "Chocobar" y significa que las referencias de los tratados que integran la Constitución son idóneas para interpretar los artículos constitucionales, en tanto ésta y los tratados deben ser analizados como un conjunto armónico dentro del cual cada una de sus disposiciones se interpretan de acuerdo con el contenido de las demás (26) .

En diferentes ocasiones la Corte Suprema ha entendido, aunque en una posición discutida, que los tratados mencionados a la Constitución Nacional están en concordancia con los principios de Derecho Público establecidos en ella, en tanto los constituyentes ya habrían efectuado el juicio de comprobación en virtud del cual cotejaron los tratados del art. 75 inc. 22 y los artículos constitucionales, verificando que no se producía derogación alguna de estos últimos (27) .

Así, se ha afirmado que "...la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente... que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir" (28) .

De esta manera, cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado está realizando un juicio constituyente por autorización de la Constitución, dándole la misma jerarquía que ésta y sin derogar norma alguna de la Constitución, sino complementándola.

Ante esto, el Dr. Fayt ha venido sosteniendo que es necesario hacer una comprobación con los principios de Derecho Público Constitucional y que ésta le corresponde al Poder Judicial, como custodio final de la Constitución, y que la jerarquización de segundo rango de los tratados exige una ineludible comprobación de su armonía con los derechos y garantías de la primera parte de la Constitución.

Ya en el caso "Arancibia" agrega en un sentido más preocupante que existen diferentes categorías de tratados, y que en el caso de tratados como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad son de categoría inferior, al haber sido aprobada por ambas Cámaras del Congreso con mayoría especial de acuerdo con el mecanismo dispuesto por el art. 75 inc 22 CN. (29) .

De esta manera, sostiene que los tratados incorporados en la Constitución son normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional (30) .



Ahora, sostener que entre los tratados de derechos humanos incorporados en la Constitución existen diferentes categorías no parece compadecerse ni con el texto del art. 75 inc. 22 de la propia Constitución ni con el compromiso asumido por la Argentina ante la comunidad internacional y el Derecho Internacional, cuya doctrina fundamental es el principio de buena fe, como así también la imposibilidad de alegar el derecho interno para incumplir una obligación internacional, plasmado en la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969 (arts. 26 y 27 ) (31) .

## 2.- Crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad

La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha puesto de manifiesto el interés de la comunidad de las Naciones porque los crímenes de guerra y contra la humanidad sean debidamente juzgados y sancionados (32) .

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de 1968 en el art. 1 establece que: "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 Nuremberg, del 8/8/1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I), del 13/2/1946, y 95 (I), del 11/12/1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debido a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos".

De acuerdo con el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, al cual remite la citada Convención, se ratifica el principio de la responsabilidad individual o personal de los acusados y se definen los actos que se consideraban crímenes sujetos a la jurisdicción del tribunal; entre ellos, según el art. 6 (inc. c) se establece que debe entenderse por crímenes de lesa humanidad los "asesinatos, exterminaciones, sometimiento a esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del tribunal sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Los jefes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer alguno de los antedichos delitos son responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan".

Según el art. 7.1 inc. h Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se considera como crimen de lesa humanidad la "Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género definido en el párr. 3º, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte...".

Finalmente, y como muestra de la existencia de una costumbre internacional sobre el punto, el Estatuto de Roma de 1998 establece expresamente en su art. 29 que "...los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán".

La ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país incorporada a nuestra legislación positiva mediante la ley 24556 (LA 1995-C-3100), y que adquirió rango constitucional a través del dictado de la ley 24820 (LA 1997-B-1424), al enunciar sus principios y objetivos ha venido a reafirmar que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad.

3.- El principio de legalidad y la prescripción de la acción penal (imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad)

En términos generales, el principio de legalidad alcanza también a la prescripción de la acción penal.

Los plazos de prescripción de la acción penal deben de estar determinados con carácter previo, y no cabría como regla general el prorrogarlos retroactivamente.

Por lo tanto, la prescripción de la acción penal no debería ser afectada por una ley ex post facto en perjuicio del imputado.

Así lo ha expresado claramente la Corte Suprema en el sentido de rechazar la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados (33) .

El punto en discusión es si esta regla debe ceder o no ante actos que constituyan crímenes contra la humanidad.

A) "Priebke"

Como antecedente de esta discusión, en "Priebke" (34) la Corte concedió la extradición al afirmar que los principios referidos a los delitos contra el derecho de gentes formaban parte del derecho interno argentino. Sobre la base de la aplicación en nuestro sistema jurídico nacional de tales principios, los hechos imputados a Priebke fueron considerados delitos contra el derecho de gentes y, como tales, imprescriptibles.

La discusión se centraba en que para que proceda la admisibilidad de la extradición se deben cumplir ciertos requisitos, entre ellos la doble incriminación y que la acción penal no se encuentre prescripta (35).

Los votos por la minoría (Dres. Belluscio, Levene [h] y Petracchi) destacaron que si bien sobre la base del Derecho Internacional convencional y el derecho de gentes las conductas de Priebke constituirían crímenes de guerra y contra la humanidad, esas normas no establecen una pena, y apelar a la normativa o a la costumbre internacional para configurar una pena sería una transgresión del art. 18 *nulla poena sine lege* (36).

Por ello cuando acuden a la figura del homicidio para cumplir con el requisito de doble incriminación requerido para la extradición, entonces concluyen que esa acción está prescripta.

Pero la mayoría de la Corte consideró que los principios del derecho de gentes ingresaban a nuestro ordenamiento jurídico interno a través del art. 118 CN. y realizó una interpretación de dichos principios conforme a la evolución que registraron en las últimas décadas. De este modo, consideró incluidos a los crímenes contra la humanidad, al genocidio o a los crímenes de guerra, calificó a los hechos que se le imputaban a Priebke de acuerdo con dichas categorías del Derecho Internacional Penal y entendió que sobre la base de tal calificación los hechos eran imprescriptibles (37).

Por ello en el caso "Arancibia" los votos que integran la mayoría destacan que la doctrina de la Corte señalada en el precedente "Mirás" fue modificada respecto de la normativa internacional en el precedente "Priebke" (38) (39) .

#### B) Ratificación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad establece específicamente su aplicación retroactiva al expresar que tales crímenes "...son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido" (art. I) (40) .

A ello se agrega el texto del art. IV, de conformidad con el cual los Estados parte "se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los arts. I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida".

Atento a que la Convención sobre Imprescriptibilidad fue aprobada por ley 24584 , del 23/11/1995, y con jerarquía constitucional otorgada por la ley 25778 , del 2/9/2003, entonces el conflicto quedaría saldado para el futuro por las claras disposiciones de esta Convención.

Así lo manifiesta y reconoce el Dr. Belluscio (minoría) cuando afirma que "...respecto del principio de imprescriptibilidad en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24584 del 29/11/1995, por la que aprobó 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 25778 del 3/9/2003, que la incorporó con jerarquía constitucional" (consid. 12); y "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 CPen.) han quedado desplazadas por la mencionada Convención".

Pero como 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 se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos del caso que

estamos analizando, entonces la discusión es en torno de si la regla que establece la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad puede aplicarse retroactivamente o si ello lesiona el principio *nulla poena sine lege*.

#### 4.- Retroactividad de la imprescriptibilidad versus principio de legalidad

Establecido que el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad ha venido para establecerse sin discusión en el derecho argentino, con la ratificación de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad...", y en especial con jerarquía constitucional desde 2003, entonces la discusión se centra en la posibilidad de su aplicación retroactiva.

Esto es, el análisis de si conceder eficacia *ex post* a normas que establezcan la imprescriptibilidad de la acción penal por crímenes de lesa humanidad afecta el requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 CN.

En relación con este punto la discusión en el seno de la Corte Suprema se plantea en términos de si puede afirmarse o no que la Convención sobre Imprescriptibilidad viene a instaurar un nuevo principio (imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad), o si simplemente representa la afirmación de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional provenientes del derecho consuetudinario con categoría de *ius cogens* (41).

##### A) *Ius cogens*

Cuando hablamos de derecho consuetudinario nos referimos a una práctica consistente de los Estados con un sentido de obligación (*opinio iuris*) (42). Las normas consuetudinarias denominadas como *ius cogens* tienen como característica principal el ser obligatorias para los países más allá de su consentimiento (43).

Cuando se habla de *ius cogens* se hace referencia a principios y normas jurídicas de carácter imperativo para los Estados, que rigen aun contra su voluntad, y de los que éstos no pueden sustraerse (44).

Esta concepción se plasmó en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, concluida el 23/5/1969 (Ratificada por la República Argentina el 3/10/1972 mediante el

decreto ley 19865) y que se encuentra definida y establecida en el art. 53 , que afirma que "...es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter" (45) .

Entonces, una norma de ius cogens es una norma de Derecho Internacional que resulta obligatoria independientemente del consentimiento expreso de las Naciones y cuya violación implica, por su carácter, el incurrir en responsabilidad internacional.

Asimismo, se ha previsto el recurso a la Corte Internacional de Justicia en los casos que tratan sobre esa materia (art. 66 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) (46) .

La práctica o las normas internas de un país en contra de un principio ius cogens no significan una evidencia en contra de esas normas consuetudinarias sino que, por el contrario, son consideradas una violación al Derecho Internacional.

B) El art. 118 CN. y la recepción del derecho de gentes

La propia Constitución Nacional establece el juzgamiento por los tribunales nacionales de los delitos contra el derecho de gentes (art. 118 ). Se establece la persecución de los crímenes que afectan a toda la comunidad internacional (delitos contra el derecho de gentes), aun cuando ellos se cometan fuera de los límites de nuestra Nación. Cuando el delito contra el derecho de gentes se haya perpetrado fuera del territorio argentino el juicio se debe realizar en el lugar que determine el Congreso mediante una ley especial (47) .

Podemos reconocer como antecedente de esta norma el art. III sección 2ª párr. 3º Const. EE.UU. (48) y la Ley de Organización de los Tribunales Federales, o Judiciary Act, de 1789 (49) , que reglamentó esa norma constitucional y que ha dado base al caso "Filartiga" (50) .

Se ha sostenido que el art. 118 es operativo y que son aplicables al respecto las normas sobre jurisdicción y competencia de los tribunales federales, siendo las leyes especiales que designan este precepto constitucional las que han organizado la justicia penal federal y las normas de procedimiento (51).

La aplicación del derecho de gentes también es receptada por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establece una excepción al requisito de ley previa cuando se trata de delitos repudiados por la comunidad internacional (52) (53).

En el caso de la Argentina se puede argumentar en contra de la aplicación de este principio la reserva realizada en la ley ratificatoria del Pacto 23313, que determina que la aplicación de dicha cláusula queda sujeta al principio de legalidad que surge del art. 18 CN. (54).

Sin embargo, esta reserva debería ceder ante la aseveración de la preeminencia del Derecho de Gentes por sobre el Derecho interno, de acuerdo con el art. 118 CN.

Así, la reserva legislativa de la ley 23313 no resulta suficiente para quitarle al art. 15.2 del Pacto su condición de ius cogens. Recordemos que en virtud del art. 53 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, estas normas son imperativas y no admiten acuerdos en contrario y sólo pueden ser modificadas por normas posteriores del mismo carácter.

De todas maneras, este tema debería haber sido tratado por los votos que integran la mayoría y definir una posición ante esa reserva que formuló en su momento la Argentina (55).

Por lo tanto, la consagración positiva del derecho de gentes que hace el art. 118 CN. permitiría considerar que se trata de la recepción del derecho de gentes en el derecho constitucional argentino, lo cual implicaría la aplicación de los principios de Derecho Internacional con jerarquía de ius cogens (imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad) por los tribunales argentinos, más allá de la eventual existencia y ratificación de un tratado que lo consagre (56).

De esta manera, las normas del derecho de gentes son vinculantes para nuestro país y forman parte de su ordenamiento jurídico interno.

Así lo ha afirmado la Corte en el caso "Priebke" , ya mencionado: "Que como corolario de lo expuesto cabe considerar a los hechos cometidos como delitos sancionados por el Derecho Internacional general y en la medida en que la aplicación del derecho de gentes se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico argentino (art. 118 CN.)" (voto de los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor, consid. 38, y voto del Dr. Bossert, consid. 50 y 51) (57) .

### C) Argumentos de la Corte

Queda claro que no está en discusión el concepto de normas imperativas, ni la vigencia del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad para el futuro luego de la ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad.

La discusión se centra en la posibilidad de su aplicación retroactiva en desmedro de una garantía reconocida por la primera parte de la Constitución, o, en su caso, de la recepción directa de una norma *ius cogens* en la Constitución (58) .

Según Zaffaroni y Highton "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" (59) .

Más aún, "que en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de Derecho Internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal" (60) .

En el caso del voto del Dr. Boggiano sus fundamentos se suman al argumento recién expuesto, en cuanto sostiene que en el caso no se presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el Derecho Internacional: antes, el consuetudinario; ahora también el convencional, codificador del consuetudinario (consid. 29).



También destaca que la propia Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad establece específicamente su aplicación retroactiva al expresar que tales crímenes "...son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido" (art. I). Y que 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 (61) .

El Dr. Maqueda también argumenta que el sostener la imprescriptibilidad no implica desconocer el principio *nullum crimen sine lege*, por cuanto la conducta materia de juzgamiento al momento de los hechos no sólo estaba prevista en el Derecho Internacional, incorporada mediante el art. 118 CN., sino que también constituía un delito para el Código Penal argentino (62) .

En el caso del voto del Dr. Petracchi es interesante destacar que, como él mismo lo afirma, revierte la posición que había sostenido en el caso "Priebke" (63) .

Justifica su cambio de posición a la luz de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, postura que ya no puede ser mantenida frente al Derecho Internacional a partir del caso "Velásquez Rodríguez" (64) .

No puedo dejar de señalar que es preocupante la falta de argumentación del cambio de posición del Dr. Petracchi, más allá de que no coincida con su voto en el caso "Priebke" .

La Corte, como la autoridad máxima de uno de los poderes del Estado, debe asegurar coherencia en sus fallos, lo cual contribuye a la seriedad y estabilidad de un estado de derecho. De esta manera, cuando un juez de la Corte revierte su voto y abandona la postura sostenida en un fallo anterior debe fundamentar debidamente ese cambio.

Acudir exclusivamente al término "evolución del Derecho Internacional" claramente no justifica un cambio de posición en el voto, en especial si tenemos en cuenta que el caso citado "Velásquez Rodríguez" es del año 1988, y por lo tanto anterior y ya vigente cuando argumentó su voto en "Priebke" (1995).

#### IV. CONCLUSIÓN

El Derecho Internacional impone a los Estados el deber de garantizar los derechos humanos investigando, enjuiciando y sancionando a los autores de las violaciones. Éste es un mandato que va dirigido al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo y al Poder Judicial.

La competencia de cada Estado para no penalizar o castigar determinados hechos puede ir sólo hasta donde no se contraría el deber internacional de penalización, atento a que la persecución penal y la aplicación de sanciones penales a los responsables de crímenes contra el derecho de gentes son interés de toda la humanidad (65) .

Así, sobre el Estado recae un deber jurídico de imponer las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación (66) .

Si bien el propio texto de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad , con jerarquía constitucional, prevé su aplicación retroactiva sobre la base de los arts. I y IV, los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel ya eran imprescriptibles para el Derecho Internacional al momento de cometerse, con lo cual no se daría una aplicación retroactiva de la convención, sino que ésta ya era la regla por la costumbre internacional vigente.

La idea de un orden imperativo superior a los mismos Estados que impide de un modo obligatorio la comisión de crímenes contra la humanidad y que considera que no es posible pasar por alto la punición de tales delitos aberrantes formaba parte del sistema universal de protección de derechos humanos al momento en que se cometieron los hechos investigados en la presente causa.

Por lo tanto, no se trataría de la aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, sino que en virtud del *ius cogens* y la recepción al derecho de gentes del art. 118 los delitos de lesa humanidad nunca habrían sido prescriptibles en el Derecho Internacional ni en el derecho argentino (67) .

El reconocimiento de imprescriptibilidad por parte de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no hace más que reiterar el contenido de una norma consuetudinaria con jerarquía de *ius cogens* derivada de la naturaleza aberrante de esos crímenes, que de esta forma se diferencian de los delitos comunes (68) .

Esto no implica desconocer la importancia ni la plena vigencia del principio de irretroactividad de la ley penal, que ha sido invariable jurisprudencia de la Corte Suprema, sino que, en carácter excepcional, ante delitos de lesa humanidad se debe profundizar el camino iniciado en el caso "Priebke" en cuanto "no haya prescripción para los delitos de esa laya".

Se puede ver el ius cogens como una forma moderna de ley natural. La idea de normas perentorias es una reacción a los abusos del nazismo, es un rechazo a la proposición positivista de que sólo los actos del Estado a través del consentimiento de los tratados son capaces de generar leyes obligatorias (69) .

El concepto de ius cogens se aleja del concepto positivista del derecho para ingresar en la idea de que hay leyes necesarias que todos lo Estados deben cumplir en aras de observar principios éticos para un mundo mejor (70) .

La proposición de relegar el principio de imprescriptibilidad y condicionarlo a una interpretación cerrada del principio de legalidad del art. 18 CN. somete a un principio fundamental testigo de la evolución de los derechos humanos, a una interpretación jurisprudencial doméstica incompatible con el fin y el bien común buscados.

Sería más lógico pensar en una exégesis del art. 18 CN. que se adecue y complemente más plenamente con la trascendencia del derecho de gentes reconocida por el art. 118 Carta Magna.

Debemos ser cuidadosos con el postulado del positivismo jurídico clásico en cuanto a la separación entre derecho y moral. Es decir, el sometimiento de la ley no sólo a principios formales (legalidad formal), sino también a vínculos sustanciales impuestos por los derechos fundamentales.

La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino que también implica el análisis crítico de su significado, la reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios fundamentales.

Significa, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, tomar en serio el Derecho Internacional y por tanto aceptar que sus principios son vinculantes y que su diseño normativo ofrece una perspectiva alternativa frente a lo que de hecho ocurre; hacerlos valer como claves de interpretación, como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente; proyectar, en fin, las formas institucionales, las garantías jurídicas y las estrategias políticas necesarias para su realización (71).

#### NOTAS:

(1) Los querellantes cuestionan por arbitraria la sentencia de la Cámara de Casación por entender que carecía de jurisdicción para revisar la inteligencia que el tribunal oral realizó del art. 210 bis CPen. Cuestionaron, asimismo, la interpretación que realizó de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna. Sostuvieron que de haberse aplicado aquella figura la acción no estaría prescripta.

(2) "Que, por otra parte, este tribunal no podría suplir la falencia mencionada declarando de oficio la imprescriptibilidad de la acción penal. En efecto, el `orden público' vinculado a la cuestión de la prescripción ha sido siempre invocado por los jueces con el fin de declarar de oficio la extinción de la acción penal y no para resolver su interrupción o suspensión. Y no podría ser de otro modo, a poco que se repare en el sentido de la fórmula del orden público en materia de prescripción" (voto de los Dres. Belluscio y Fayt, consid. 10).

(3) El delito de asociación ilícita es independiente de la comisión o no de delitos: basta con que se compruebe el acuerdo de voluntades entre sus integrantes. La acción típica será el "tomar parte" en la asociación; cuando alguno de los miembros de la asociación comete un delito, éste concurre materialmente con el de asociación ilícita.

(4) La Corte sostuvo que los hechos imputados sí debían ser considerados delitos de lesa humanidad porque "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", grupo destinado a perseguir, reprimir y exterminar sistemáticamente a opositores políticos del régimen dictatorial instaurado en la República de Chile, a partir de septiembre de 1973 (DINA. Exterior), que operaba dentro del territorio nacional, y abarcó la comisión de homicidios, desapariciones forzadas, tormentos, falsificación de documentos, disposición de armas y explosivos. "Que de lo precedentemente expuesto se desprende que se halla tipificado como delito del ius gentium el formar parte de una organización destinada a cometer delitos de lesa humanidad, entre los que también cabe incluir al terrorismo" (voto del Dr. Boggiano, consid. 25).

(5) Art. III: "Serán castigados los actos siguientes: a) El genocidio; b) La asociación para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio". Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio , Asamblea General en su resolución 260 A (III), del 9/12/1948, entrada en vigor: 12/1/1951, de conformidad con el art. XIII.

(6) De acuerdo con el Estatuto de Roma, art. 7 , queda alcanzada toda forma posible de intervención en esta clase de hechos. Así, no sólo quedan incluidas las formas "tradicionales" de participación (art. 25 inc. 3 aps. a, b y c), sino que expresamente se menciona el contribuir "de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común" (art. 25 inc. 3 ap. d), cuando dicha contribución es efectuada "con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte" (ap. d supuesto i). Art. 25 inc. 3: "De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen".

(7) Art. 4.1: "Todo Estado parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura". Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, AG. res. 39/46, anexo, 39 UN. GAOR. Supp. (n. 51), p. 197, ONU. doc. A/39/51 (1984), entrada en vigor: 26/6/1987.

(8) Art. II: "Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de 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 libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes". Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas , 33 ILM. 1429 (1994), entrada en vigor el 28/3/1996.

(9) Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad , adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), del 26/11/1968, entrada en vigor: 11/11/1970.

(10) Petracchi sostiene que "...aun cuando tal construcción sólo presente coincidencias parciales con la figura de la asociación ilícita prevista en nuestra legislación (art. 210 CPen.), ambas comparten el carácter de `delitos de preparación', susceptibles de ser alcanzados por la consecuencia de la imprescriptibilidad. Así, la redacción de la Convención (Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad ) es lo suficientemente amplia como para que quede abarcada por ella la conducta de quien presta su colaboración en forma permanente a una agrupación destinada a perseguir opositores políticos por los medios que utilizaba la DINA., asumiendo como función, al menos, el facilitar y apoyar los delitos del grupo por medio de la consolidación de una `red de informantes' y `contactos' con funcionarios policiales y militares destinados a obtener datos sobre los posibles perseguidos y, en su caso, a garantizar la impunidad de los autores materiales de crímenes de lesa humanidad" (consid. 16).

(11) "Que cabe atender a los tratados incorporados por el art. 75 inc. 22 CN. con jerarquía constitucional para verificar si se encuentra contemplado en ellos el concepto de asociación para cometer crímenes de lesa humanidad. Estas normativas ponen de resalto que existe en la comunidad internacional la intención de castigar tanto la ejecución del acto como los actos preparatorios o la complicidad en la perpetración de aquéllos con el objetivo de evitar esencialmente la repetición de tales delitos y para disuadir a los eventuales delincuentes de seguir ese curso de acción. Resulta, pues, claro que el orden público internacional, el sistema de protección internacional de los derechos humanos, los tratados reconocidos con rango constitucional por el art. 75 inc. 22 Carta Magna, el art. 210 CPen. y la ley 24584 han contemplado que no resulta posible disociar la actividad de aquellos que se agrupan para cometer delitos de lesa humanidad con aquellos que los llevan a cabo como autores" (voto del Dr. Maqueda, consids. 55 y 56).

(12) "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" (voto de los Dres. Zaffaroni y Highton, consid. 13).

(13) Además, la propia figura de asociación ilícita como delito de peligro abstracto es cuestionable, en tanto que es al menos discutible por cierta incompatibilidad con los principios de legalidad, atento a su amplitud y lesividad por la punición de actos preparatorios.

(14) Fallos 257:99 (JA 1964-II-638), LL 113-458.

(15) Fallos 271:7 (LA 1968-V-140), LL 131-771.

(16) "Sánchez Abelenda, Raúl v. Ediciones La Urraca S.A. y otro" ; "Ekmekdjian v. Neustadt, Bernardo y otro" (E-60XXII, 1/12/1988).

(17) Corte Sup., 1992, Fallos 315:1492 , JA 1992-III-199 .

(18) "Ekmekdjian v. Sofovich" : "Un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86 inc. 14 CN.), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67 inc. 19 CN.) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86 inc. 14 CN.)" (consid. 17 del voto de la mayoría). "Que la necesaria aplicación del art. 27 Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27 . Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente" (consid. 19). "Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado

contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso" (consid. 20).

(19) "Que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -aprobada por ley 19865 , ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5/12/1972 (ALJA 1973-A-563) y en vigor desde el 27/1/1980- es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que en su art. 27 dispone: 'Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado'. La necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado argentino -una vez asegurados los principios de Derecho Público constitucionales- asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria. Esta conclusión resulta la más acorde a las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias y elimina la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos" ("Fibrica Constructora v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/recurso de hecho", F.433 XXIII, 1993, consid. 3 [JA 1993-IV-471 ]).

(20) "Que lo sostenido por esta Corte en el sentido de que debe darse primacía al tratado internacional frente a la ley interna (conf. causas E.64 XXIII, 'Ekmekdjian, Miguel Á. v. Sofovich, Gerardo y otros' , del 7/7/1992 y F.433 XXIII, 'Fibrica Constructora S. C. A. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande' , del 7/7/1993) requiere, obviamente, la existencia de un real conflicto entre ambas normas. En el presente caso, en cambio, no puede decirse que la aplicación de las normas de la ley 23982 (LA 1991-A-100), implique un apartamiento de las disposiciones de la Convención Americana. Por lo tanto, lo afirmado por esta Corte en las causas citadas, en el sentido de que el art. 27 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados -aprobada por ley 19865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5/12/1972 y en vigor desde el 27/1/1980- impone a los órganos del Estado argentino -una vez resguardados los principios de Derecho Público constitucionales- asegurar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria, no obsta a la aplicación del sistema de consolidación en el presente caso" ("Hagelin, Ragnar v. Poder Ejecutivo Nacional" , H.19 XXV, 1993, consid. 7).

(21) "Que la necesaria aplicación del art. 27 Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino dar prioridad a un tratado internacional ante un eventual conflicto con una norma interna contraria que equivalga a su incumplimiento (F.433 XXIII, 'Fibrica Constructora S.C.A. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande' , sent. del 7/7/1993; H.19 XXV, 'Hagelin, Ragnar v. Poder Ejecutivo Nacional s/juicio de conocimiento' , sent. del 22/12/1993). Sin perjuicio, claro está, de la supremacía constitucional, asegurada, en general, por su tipología rígida (art. 30 CN.) y respecto de los tratados por el art. 27 CN. que dispone que... principios cuyo resguardo también se hallaría asegurado por la propia Convención de Viena, en cuanto establece en su art. 46 la nulidad de un tratado celebrado



por un país en violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de su derecho interno" (conf. Barberis, Julio, "La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución argentina", 1985/1986, Prudentia Iuris, XVII - XVIII, p. 192 y ss.; ibíd., Verdross-Simma, "Derecho Internacional Público", p. 856). También el art. 53 de la Convención tutela de un modo mediato dichos principios al establecer la nulidad de todo tratado que se oponga a una norma imperativa de Derecho Internacional general (ius cogens), aclarando que "...se entiende por tal aquella que es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario. Ello es así, en razón de la sustancial coincidencia entre los valores y derechos protegidos por las normas de ius cogens y por nuestra Carta Magna. Un ejemplo de ello, con referencia al derecho constitucional a la jurisdicción, puede verse en Fallos 305:2150 , caso `Cabrera, Washington J. E. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/despido' , del 5/12/1983, voto concurrente de los Dres. Gabrielli y Guastavino, compartido, en este aspecto, por el voto mayoritario"; "Café La Virginia S.A. s/apelación" (C.572 XXIII, 1994) (voto del Dr. Boggiano, consid. 25).

(22) La Corte había sostenido esta postura anteriormente en el caso "Cabrera, Washington v. Comisión Técnica de Salto Grande" (Fallos 305:2150 ).

(23) Caldani, Miguel, "Los acuerdos internacionales en la reforma de la Constitución Nacional", LL 1995-I-818.

(24) "Que la ya recordada `jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considera. 5) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, `en las condiciones de su vigencia' (art. 75 inc. 22 párr. 2º), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (conf. arts. 75 CN., 62 y 64 Convención Americana [LA 1994-B-1615] y art. 2 ley 23054 [LA 1984-A-11])" (considera. 11). "Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del gobierno federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional". "Girolodi" , Fallos 318:514 (considera. 12) [JA 1995-III-571 ].

(25) "El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de Derecho Público establecidos en esta Constitución".

(26) "Tales referencias -que vinculan los beneficios sociales a las concretas posibilidades de cada Estado- resultan idóneas para interpretar el alcance de la movilidad aludida en el art. 14 bis CN. toda vez que ésta debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás. De allí se desprende que la atención a los recursos `disponibles' del sistema pueda constituir una directriz adecuada a los fines de determinar el contenido económico de la movilidad jubilatoria, en el momento de juzgar sobre el reajuste de las prestaciones o de su satisfacción. Que el art. 75 inc. 22 CN., mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece, en su última parte, que aquéllos `no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos'. Ello 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". "Chocobar", Fallos 319:3241 (consids. 11, 12 y 13 del voto de los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor).

(27) Del voto del Dr. Boggiano en "Arancibia": "Así se ha afirmado que `la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente... que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir'. Que en el caso `Monges' esta Corte estableció que: `...el art. 75 inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados... establece, en su última parte, que aquéllos no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos'. Ello 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. Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir. Que, de tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución... aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente" (consid. 9). "En rigor, cuando el Congreso

confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma según el cual al elevar al tratado a la misma jerarquía que la Constitución estatuye que éste no sólo es arreglado a los principios de Derecho Público de la Constitución sino que no deroga norma alguna de la Constitución sino que la complementa. Tal juicio constituyente del Congreso Nacional no puede ser revisado por esta Corte para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución. En último análisis tal juicio constituyente del Congreso no implica ni puede introducir reforma alguna de la Constitución pues el tratado no deroga norma alguna de la Constitución y sólo complementa los derechos y garantías en ella declarados. Si tal armonía y concordancia debe constatarse, es obvio, con mayor razón que el tratado también se ajusta al art. 27 CN. No se trata, por ende, de una estricta reforma constitucional, porque el tratado al que se le confiere jerarquía constitucional no modifica, altera o deroga la Constitución sino que la complementa y confirma con normas que si bien pueden desarrollar o hacer explícitos los derechos y garantías constitucionales guardan siempre el espíritu de tales derechos. Por analogía, el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia pues constituyen la Constitución misma. Y es la Constitución la que confiere poderes al Congreso para elevar el tratado a la jerarquía constitucional. Y no puede afirmarse que tal facultad (art. 75 inc. 22) quebranta la rigidez del art. 30 porque jamás podría razonablemente afirmarse que el art. 75 inc. 22 CN. lesiona el art. 30. Porque no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras. Obviamente, cabe distinguir los distintos ámbitos de aplicación según las materias de las normas constitucionales. Esta Corte no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la misma Constitución" (consid. 10).

(28) Conf. causas "Monges", Fallos 319:3148 (voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano y López [JA 1998-I-350]); "Chocobar", Fallos 319:3241 (voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor y López [JA 1997-II-557]); "Petric", Fallos 321:885 (voto de los Dres. Moliné O'Connor y Boggiano [JA 1998-IV-316]); "Rozenblum", Fallos 321:2314 (disidencia del Dr. Boggiano); "Cancela", Fallos 321:2637 (voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez [JA 1999-II-168]); "S., V.", Fallos 324:975 (voto de los Dres. Moliné O'Connor y López y de los Dres. Boggiano y Vázquez); "Menem", Fallos 324:2895 (voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor y López); "Alianza `Frente para la Unidad'", Fallos 324:3143 (voto del Dr. Boggiano); "Guazzoni", Fallos 324:4433 (voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor y López); "Mignone", Fallos 325:524; entre muchas otras (caso "Arancibia", voto del Dr. Fayt, consid. 28, y voto del Dr. Boggiano, caso "Espósito, Miguel Á. s/incidente de prescripción de la acción penal", 23/12/2004, E.224 XXXIX, consid. 20).

(29) "Que, por lo demás, lo afirmado en los precedentes de la Corte ut supra reseñados, resulta inaplicable al sub lite, toda vez que 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 párr. 3º del art. 75 inc. 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 art. 30 citado" (consid. 30 del voto del Dr. Fayt).

(30) "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, sobre la base de los arts. I y IV `Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad' un amplio sector doctrinario, aunque no sin detractores..., lo cierto es que esa previsión contraria al art. 18 CN., resultaría inaplicable para el derecho argentino, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 CN. En efecto, en el sistema constitucional argentino el art. 27 determina que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de Derecho Público establecidos en esta Constitución" (consid. 15 del voto del Dr. Fayt).

(31) Una cuestión distinta es argumentar que existen diferencias de categoría entre los tratados que integran el art. 75 inc. 22 (constitucionalidad originaria o derivada por aprobación del Congreso) y aquellos tratados que no tienen jerarquía constitucional. Incluso, Boggiano hace esa diferencia en el consid. 13 de su voto en "Arancibia": "Que la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma supremacía. Es diáfano que ello es así, pues no cabe la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma de un tratado con jerarquía constitucional; en cambio, se debe declarar la inconstitucionalidad, en su caso, de un tratado que no ostente aquella jerarquía como ocurrió, antes de la reforma de 1994, en el caso `Washington J. E. Cabrera' (Fallos 305:2150)".

(32) La Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad , aprobados por resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de la ONU., del 26/11/1968 (ley 24584 ); los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, aprobados por resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de la ONU., del 3/12/1973; la Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, firmada el 25/1/1974 en el Consejo de Europa; el proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996; y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ley 25390 ).

(33) En el caso "Mirás" (Fallos 287:76 [JA 20-1973-210]) se señaló expresamente que tal principio alcanza también a la prescripción.

(34) En este caso (Fallos 318:2148 [JA 1996-I-328 ]) el gobierno italiano requirió la extradición de Erich Priebke para su juzgamiento por su participación en la muerte de 335 personas en la llamada "matanza de la Fosas Adreatinas", de marzo de 1944.

(35) El tribunal a quo sostuvo que la extradición no era viable porque de acuerdo con la ley argentina la acción penal estaba prescripta (homicidio).

(36) Según la mayoría, "el hecho de que el legislador nacional no haya implementado `sanciones penales adecuadas' para este tipo de delitos, no empece a la vigencia de los restantes compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición toda vez que este tipo de trámites no tienen por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido sino sólo establecer, como ya se ha dicho, si su derecho de permanecer en el país debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada" (voto de los Dres. Nazareno y Moliné O'connor, consid. 44; voto del Dr. Bossert, consid. 56).

(37) "Que como corolario de lo expuesto cabe considerar a los hechos cometidos según la modalidad descrita en este pronunciamiento, como delitos sancionados por el Derecho Internacional general y en la medida en que la aplicación del derecho de gentes se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico argentino (art. 118 CN.) corresponde tener por acreditado -al solo efecto de la `doble subsunción' o `doble incriminación' exigida por el art. 2 Tratado de Extradición aprobado por ley 23719- el carácter delictual de los hechos que motivan el pedido de extradición (consid. 38). Que, en las condiciones descriptas, los crímenes de guerra cuya perpetración se imputa a Priebke, configuran delitos contra la humanidad integrados con elementos de genocidio. Esta calificación explica que el país requirente haya procedido a solicitar la extradición, sin perjuicio del juzgamiento definitivo incluso sobre la naturaleza del delito por los tribunales del lugar donde se ha cometido (arts. 75 inc. 22 y 118 CN. y arts. II, III, V, VI y VII Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio) . Que en el examen de la conclusión antecedente no puede ahora soslayarse que las dos Cámaras del Congreso de la Nación han sancionado la ley que aprueba la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad , y aunque dicha ley no ha sido aún promulgada ni se ha efectuado el depósito del instrumento de ratificación respectivo -recaudos necesarios para su entrada en vigencia- los órganos relevantes del Estado argentino tanto para la conducción de las relaciones exteriores como para la aceptación de los tratados (arts. 99 inc. 11 y 75 inc. 22 CN.), han expresado su voluntad en sentido coincidente con los principios del ius cogens" (voto de los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor, consids. 75 y 77).

(38) "Arancibia" (voto de los Dres. Zaffaroni y Highton, consid. 25; voto del Dr. Petracchi, consid. 21; voto del Dr. Boggiano, consid. 32).

(39) En su voto en "Arancibia" el Dr. Vázquez manifiesta su disidencia en cuanto a que la doctrina de "Priebke" pueda aplicarse en este caso. "Que en tal sentido, si bien la Corte, en oportunidad de resolver en caso 'Priebke' (Fallos 318:2148 ) precedente en el que el suscripto no intervino, sostuvo que las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el Código Penal no resultaban aplicables respecto de hechos calificables por tratados internacionales como 'genocidio' y 'crímenes de guerra', lo hizo en el marco de un proceso de extradición, dejando en claro expresamente que las normas sobre dicha materia no son reglamentarias del art. 18 CN., sino de su art. 14 , en tanto no es la finalidad de estos procedimientos (extradición) la determinación de la culpabilidad del sujeto requerido, sino que importaba excepciones a la libertad de entrar, permanecer y salir del país, garantías respecto de las cuales ningún extranjero tiene un derecho irrevocablemente adquirido" (considerando 34).

(40) Se advierte en su preámbulo "...que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes" y, en consecuencia, se reconoce que es necesario y oportuno "afirmar" el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal.

(41) "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" (disidencia del Dr. Belluscio, considerando 16).

(42) La costumbre internacional está prevista en el art. 38.1.b Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como "la evidencia de una práctica generalmente aceptada como ley".

(43) El concepto de *ius cogens* es una concepción legal que proviene de la escuela naturalista para aquellos que estaban disconformes con el concepto positivista de que el Estado es la única fuente de Derecho Internacional. Janis, Mark W., "An introduction to International Law", Little Brown and Company, p. 65. Hago notar la diferencia entre el derecho de gentes y el Derecho Internacional; este último, un orden legal existente o positivo. El derecho de gentes, en cambio, es una familia de conceptos políticos con principios de derecho, justicia y bien común. "Conjunto de principios de justicia aplicables a todos los pueblos en todas las latitudes que establecen la última frontera del derecho doméstico admisible en sociedades integrantes de buena fe de una justa sociedad de los pueblos". Rawls, John, "El derecho de gentes", en "De los derechos humanos", colección "Estructuras y procesos", 1998, Ed. Trotta, Madrid, ps. 47/74.

(44) En cuanto a la idea de considerar los derechos humanos fundamentales como *ius cogens*, estas normas, las que incluyen "principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana", son preocupaciones de todos los Estados, "son obligaciones *erga omnes*". "The Barcelona Traction, Light & Power Co. `Bélgica v. España", 1970, ICJ. 3, 32.

(45) Asimismo, el art. 64 dispone que si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general (*ius cogens*), todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

(46) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, concluida el 23/5/1969, art. 66 inc. a: "Cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del art. 53 (tratados que están en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general, *ius cogens*) o del art. 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje".

(47) Art. 118 CN. (1994): "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

(48) "Todos los delitos, salvo en los casos de acusación por la Cámara de Diputados serán juzgados por jurados y el juicio correspondiente se celebrará en el Estado donde los presuntos delitos fueron cometidos; sin embargo, si no fueren cometidos dentro de un Estado determinado, el juicio se celebrará en el o los lugares que el Congreso designe conforme a la ley" (art. III sección 2ª párr. 3º Const. EE.UU.).

(49) En el caso "Siderman" el Dr. Fletcher afirmó que "...mientras el derecho consuetudinario deriva del consentimiento de los Estados, las normas fundamentales y universales que constituyen *ius cogens* trascienden ese consentimiento, como es ejemplificado por las teorías que subyacen el juzgamiento del tribunal de Nuremberg después de la Segunda Guerra Mundial" ("Siderman de Blake v. Republic of Argentina", 965 F 2nd. 699, 717 [9th. circuit. 1992]).

(50) "Filartiga" es un leading case en la jurisprudencia norteamericana sobre jurisdicción extraterritorial de los tribunales de ese país que se produjo en 1980 al demandarse a un oficial de la policía secreta paraguaya (Peña Irala) por parte de los familiares de Filártiga, quien habría sido torturado y asesinado por Peña Irala. En el caso citado los tribunales norteamericanos aceptaron su jurisdicción extraterritorial basándose en el parág. 1350 de la Alien Tort Statute de 1789, que otorga jurisdicción a las Cortes de distrito cuando se intenta una acción civil por parte de un extranjero por un hecho lesivo, cometido en violación a "la ley de las Naciones o a un tratado de los Estados Unidos". El tribunal expresó que "...en esta era moderna el trato de los Estados a sus propios ciudadanos es un problema de preocupación internacional"; asimismo, manifestó que el "...fundamento constitucional de la ley de ilícitos contra extranjeros es el derecho de las Naciones que ha sido siempre parte del common law federal". En 1987 la Corte de Distrito Norte de Carolina coincidió con lo sostenido por el tribunal del caso "Filártiga", al tratar la demanda de dos ciudadanos argentinos contra Suárez Mason ("Forti v. Suárez Mason") en cuanto a la aplicación del Alien Tort Act y consideró a la tortura, a la detención arbitraria prolongada, a las ejecuciones sumarias, a la desaparición forzada de personas y a los tratos crueles, inhumanos o degradantes como violatorios de la ley de las Naciones ("Forti v. Suárez Mason", n. C-87-2058-DLJ, United States District Court of the Northern District of California, 694 F. Supp. 707; 1988 US. Dist. Lexis 9480; decisión del 6/7/1988).

(51) "Los arts. 31 y 118 CN. establecen la directa integración del Derecho Internacional en nuestro ordenamiento... el segundo menciona otra de las fuentes; el derecho de gentes o Derecho Internacional consuetudinario". Ver Gutiérrez Posse, Hortensia D. T., "Jerarquía normativa y derecho de la integración", LL 1999-E-596.



(52) El art. 15.1 establece que "...nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional", pero estableciendo la excepción del inc. 2, que dispone que "...nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos y omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional".

(53) "Que la vigencia de ese orden internacional imperativo con anterioridad a la comisión de los delitos investigados en la causa pone en evidencia que resulta plenamente aplicable al caso lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en su art. 15.2 que el principio de irretroactividad no se opone al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios del derecho reconocidos por la comunidad internacional" (voto del Dr. Maqueda, consid. 71).

(54) "Que ello, a su vez, se condice con la posición que el gobierno argentino asumió al efectuar la reserva al párr. 2º del art. 15 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aplicación de principios internacionales en caso de crímenes *iuris gentium*). Cabe recordar que el Estado argentino manifestó, para este caso, que la aplicación del ap. 2 del art. 15 del Pacto debía estar sujeta al principio de legalidad establecido en el art. 18 CN. (reserva del Estado argentino al ratificar el Pacto el 8/8/1986; art. 4 ley 23313 [LA 1986-A-3])" (voto del Dr. Fayt, consid. 20).

(55) Este tema fue prácticamente ignorado en los votos que componen la mayoría, excepto por una mención del Dr. Maqueda (ver nota 33), pero sí fue destacada en los votos en disidencia en el sentido de que eso demostraría que la Argentina no se adhirió incondicionalmente a los principios del derecho de gentes, entre los cuales podría incluirse la imprescriptibilidad retroactiva de la acción penal destinada a perseguir los delitos de lesa humanidad; la adhesión se formuló de manera condicionada, y la condición fue que la aplicación de aquellos principios o normas no pudiera realizarse de modo retroactivo, violándose la garantía consagrada en el art. 18 CN., sino a partir del momento en que nuestras normas internas les dieran vigencia, y hacia el futuro (voto del Dr. Vázquez, consid. 34; voto del Dr. Belluscio, consid. 15; y voto del Dr. Fayt, consid. 20).

(56) El primer precedente que registra nuestra jurisprudencia en el que se sostuvo que el art. 118 CN. (art. 102 al momento de ese fallo) implica el reconocimiento de la plena vigencia en nuestro orden interno de las normas referidas a crímenes contra el derecho de gentes es el conocido voto que el Dr. Leopoldo Schiffrin realizó como miembro de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata al resolver el pedido de extradición de Franz J.

L. Schwammberger formulado por la República Federal de Alemania (fallo del 30/8/1989, publicado en ED 135-326).

(57) "Que este criterio encuentra fundamento en que el constituyente, al fijar la jurisdicción internacional penal de la República Argentina para el juzgamiento de los delitos *iuris gentium*, aun cuando fuesen cometidos fuera de los límites de la Nación (conf. P.541 XXIV, `Peyrú, Diego A. s/pedido de extradición', consid. 6 del voto de los Dres. Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Levene, López, Bossert y Boggiano, resuelta el 23/2/1995) sólo habilitó al legislador para que en este último supuesto determinase `por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio' (art. 118 Ley Fundamental). Que a diferencia de otros sistemas constitucionales como el de los Estados Unidos de América en el que el constituyente le atribuyó al Congreso la facultad de `definir y castigar' las `ofensas contra la ley de las Naciones' (art. I sección 8), su par argentino al no conceder similar prerrogativa al Congreso Nacional para esa formulación receptó directamente los postulados del Derecho Internacional sobre el tema en las condiciones de su vigencia y, por tal motivo, resulta obligatoria la aplicación del derecho de gentes en la jurisdicción nacional de conformidad con lo dispuesto por el art. 21 ley 48 (ALJA 1853-1958-1-14) ya citado" (voto del Dr. Bossert, consid. 50 y 51).

(58) "Que 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 aun admitiendo aunque resulte dudoso que se trate de un delito de lesa humanidad puede ser aplicada al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio *nullum crimen sine poena legali* consagrado en el art. 18 CN. Que cabe adelantar que la aplicación al sub examine 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..." (voto de los Dres. Belluscio y Fayt, consid. 13 y 14).

(59) Voto de los Dres. Zaffaroni y Highton de Nolasco, consid. 28.

(60) Voto de los Dres. Zaffaroni y Highton de Nolasco, consid. 29, citando Fallos 318:2148, voto de los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor.

(61) "Que, por lo demás, no es posible afirmar que el art. 18 CN. que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118

respecto de 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" (caso "Arancibia", voto del Dr. Boggiano, consid. 40).

(62) "Que, por lo expresado, la negativa del a quo a considerar el delito de asociación ilícita para cometer crímenes de lesa humanidad resulta inadmisibile a la luz de principios del *ius cogens* que imponen su represión por los órganos estatales y que permiten tipificar a ese delito como autónomo en el actual estado de avance de la ciencia jurídica. Asimismo, los fundamentos expresados revelan que ante la comprobación de una conducta de tales características se impone que este tribunal intervenga para asegurar el deber de punición que corresponde al Estado argentino en virtud de lo dispuesto por el art. 118 CN. y de los principios que emanan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, por consiguiente, impiden la aplicación de las normas ordinarias de prescripción respecto de un delito de lesa humanidad tal como lo dispone la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, aprobada por la ley 24584 e incorporada con rango constitucional mediante la ley 25778 " (voto del Dr. Maqueda, consid. 77).

(63) "Que en mi disidencia en ese caso consideré que la criminalidad *lato sensu* que deriva de las calificaciones de 'delitos de lesa humanidad' -en general- del derecho de gentes no resulta suficiente para producir efectos como los que se pretendía, en la medida en que no exista una previsión de pena en sentido estricto, independiente de la subsunción en los tipos penales del derecho interno. Tal como lo expresé, no es posible combinar ambas categorías e incorporar la imprescriptibilidad prevista en el Derecho Internacional a los tipos generales del Código Penal. Desde otro punto de vista, y si bien en ese momento la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad aún no se encontraba debidamente incorporada al orden jurídico interno, también rechazé su posible aplicación retroactiva con efecto derogatorio del art. 62 CPen." (voto del Dr. Petracchi, consid. 22).

(64) "A partir de dicho fallo ['Velásquez Rodríguez', sent. del 29/7/1988] quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. caso 'Barrios Altos', sent. del 14/3/2001, consid. 41, serie C, n. 75; caso 'Trujillo Oroza v. Bolivia, reparaciones', sent.

del 27/2/2002, consid. 106, serie C n. 92; caso 'Benavides Cevallos, cumplimiento de sentencia', resolución del 9/9/2003, consids. 6 y 7)" (voto del Dr. Petracchi, consid. 23).

(65) La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Bulacio v. Argentina" (2003), párr. 114°, señaló que "...son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos" (párr. 116°, con cita de los casos "Trujillo Oroza" y "Barrios Altos"). Destacó que "...de acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos" (párr. 117°). Por último señaló que "...de conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación" (párr. 118°) (18/9/2003).

(66) Así, al interpretar el alcance del art. 1.1 la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que "...la segunda obligación de los Estados parte es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción... Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención..." ("Velásquez Rodríguez", sent. del 29/7/1988).

(67) "No se advierte, por otra parte, afectación alguna a la supremacía constitucional, a la luz de su propia normatividad que acoge expresamente el derecho de gentes, y en consecuencia todas sus implicancias, entre las que se halla la asunción del *ius cogens* como un derecho imperativo vinculante con efecto *erga omnes*, que sólo puede ser modificado por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter, y al que no le es oponible el derecho interno de los Estados, ni siquiera de naturaleza constitucional" (conf. Zuppi, A. L., "El derecho imperativo [*ius cogens*] en el nuevo orden internacional", ED 147-863, con cita de los arts. 27 y 53 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y de fallos de la Corte Permanente de Justicia en el mismo sentido. Zuppi, A. L., "La prohibición *ex post facto* y los crímenes contra la humanidad", ED 131-765).

(68) "Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como

la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...)" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Barrios Altos", sent. de 14/3/2001).

(69) Jiménez de Arechaga, "El Derecho Internacional contemporáneo", 1980.

(70) Arancibia Clavel fue condenado por el Tribunal Oral Federal n. 6 a la pena de reclusión perpetua y accesorias como partícipe necesario del homicidio, agravado por el uso de explosivos y por el concurso de dos o más personas, del matrimonio Prats Cuthbert. En lo que respecta al homicidio del matrimonio la Corte rechazó el recurso extraordinario deducido por la defensa argumentando que la sentencia condenatoria era nula al no haberse enunciado correctamente los hechos imputados, limitándose a menciones vagas sobre la actividad que supuestamente habría realizado Arancibia Clavel en su condición de partícipe del doble homicidio (Dres. Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti) (8/3/2005). Sin embargo, por la minoría los Dres. Petracchi, Belluscio y Fayt sostuvieron que la condena dictada respecto de Enrique L. Arancibia Clavel por su participación necesaria en el homicidio de Prats Cuthbert no ha dado cumplimiento a los requisitos constitucionales, lo cual determina su invalidez parcial, ordenándose un nuevo pronunciamiento. Esa posición está fundamentada en que la conducta de Arancibia se encuentra descrita en forma clara, en tanto significa "tomar parte en forma permanente en una asociación integrada por más de tres personas destinada a cometer delitos, y resulta subsumible en el art. 210 CPen." (voto de los Dres. Belluscio y Fayt, consid. 9). "Que en este punto se debe recordar que la imputación de la participación en una asociación ilícita es 'autónoma' de la de los delitos que constituyen su objeto, en tanto, tal como se ha entendido desde antiguo, para la punibilidad de dicha conducta es suficiente con 'asociarse': no se trata del 'convenio para ejecutar uno o más delitos, sino de la asociación de individuos para cometer delitos en general, hecho que el Código castiga por la sola circunstancia de ser los sujetos miembros de la tal asociación'" (voto del Dr. Petracchi, consid. 13; voto de los Dres. Belluscio y Fayt, consid. 12). Pero que no es así en cuanto al homicidio. "En efecto, con relación al doble homicidio, el tribunal oral se limitó a inferir la participación necesaria del imputado en el atentado sólo a partir de la función que aquél cumplía dentro de la asociación ilícita" (voto de los Dres. Belluscio y Fayt, consid. 10). Esta situación merece una reflexión respecto de la posición sostenida por los Dres. Fayt y Belluscio acerca de la imposibilidad de condenar a Arancibia Clavel por el delito de asociación ilícita atento a encontrarse prescripto, y en este caso respecto del homicidio por la indefinición de la naturaleza y circunstancias de la intervención que se atribuye a Arancibia Clavel en los homicidios, atento a que sólo está probada su participación en una asociación ilícita. Y "que la identificación de la actividad de un miembro de una asociación ilícita no basta por sí misma para atribuirle, automáticamente, la participación (sea necesaria o secundaria) en los delitos concretos cometidos por otros miembros de la agrupación" (voto de los Dres. Belluscio y Fayt, consid. 12). Según esta posición, cabría la posibilidad de que Arancibia Clavel no hubiera recibido condena alguna. Ante esto quisiera

reflexionar, junto a Gustavo Radbruch, acerca de que "...el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto derecho injusto, tenga que ceder ante la injusticia".

(71) Ferrajoli, Luigi, "Derechos y garantías. La ley del más débil", 1999, Ed. Trotta, Madrid, p. 68.

27/4/2005AR\_DA002