

**REFLEXIONES JURÍDICAS EN TORNO
DE LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA
EN EL CASO ARANCIBIA CLAVEL**

*Disertación de los Académicos
Horacio A. García Belsunce, Carlos A. Floria y
Miguel M. Padilla, en sesión privada de la Academia
Nacional de Ciencias Morales y Políticas,
el 29 de setiembre de 2004*

REFLEXIONES JURÍDICAS EN TORNO DE LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO ARANCIBIA CLAVEL

Por el Académico DR. HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE

Sumario

I.- El caso planteado y su decisión judicial. II.- La ley como fuente única del derecho penal. III.- La costumbre no puede crear delitos ni penas. IV.- La irretroactividad de la ley penal. V.- El derecho de gentes y los delitos internacionales. VI.- Los tratados con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional. VII.- La adecuación de los tratados con los principios de derecho público. VIII.- La revocación de la prescripción. IX.- Colofón.

I. El caso planteado y su decisión judicial

El objeto de las reflexiones que haremos en los capítulos siguientes, es la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 24 de agosto de 2004, en la causa seguida contra Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por homicidio calificado y asociación ilícita.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal condenó al procesado como autor del delito de asociación ilícita agravada con pena de reclusión perpetua. Interpuesto el recurso ante la Cámara Nacional de Casación Penal, ésta casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación

ilícita agravada y considerando que la conducta del imputado debía encuadrarse en la figura del delito de asociación ilícita simple, lo sobreseyó por considerar extinguida la acción penal por prescripción respecto del mencionado delito, por cuanto desde la fecha en que el procesado dejó de cometer el delito (la de su detención) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria, transcurrió el plazo máximo de prescripción que señala el Código Penal.

Contra este última decisión, la querrela –en representación del gobierno de Chile– interpuso el recurso extraordinario que motivó la sentencia objeto de nuestro comentario.

Ante la Cámara de Casación la querrela ya había planteado la configuración de la autoría de un crimen de lesa humanidad y, por ende, la imprescriptibilidad de la acción penal, pues en el caso debía regir la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, a la que se adhirió la Argentina por ley 24.584 del 1.11.95 y que, posteriormente, adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778, sancionada el 20.08.03.

Sobre la base de los hechos y el derecho pretendidamente aplicable, la Corte Suprema se avocó, atento a que la comisión de los hechos de la causa ocurrieron antes de la vigencia de la Convención mencionada, a examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito mencionado se aplicaría al *sub lite* retroactivamente o si ello lesiona el principio *nulla poena sine lege* (Considerando 22 del voto de la mayoría).

El Alto Tribunal consideró “que ésta 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 la irretroactividad de la ley penal, sino que se afirma un principio instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de la comisión de los hechos” (Considerando 28 del voto de la mayoría). En esta línea argumental, dice el fallo que “la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la

Convención” (Considerando 29 del voto de la mayoría), agregando que la existencia del *ius cogens*, en la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada” (Considerando 30 del voto de la mayoría).

A partir del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velázquez Rodríguez” (1988), “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” (Considerando 36 del voto de la mayoría), concluyendo en que “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 mencionada” (Considerando 38 del voto de la mayoría).

II. La ley como fuente única del derecho penal

Nuestro régimen constitucional asigna al Congreso la facultad de dictar el Código Penal (artículo 75, inc 12), sin perjuicio de la facultades represivas provinciales conforme al poder no delegado por los gobiernos locales a la Nación (artículo 121 CN) y que se refiere a las incriminaciones contravencionales.

Como fuentes del derecho en general se señalan la ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia; pero con referencia al derecho penal la única fuente la constituye la ley, en virtud del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* contenido en el artículo 18 de la CN que dice: “Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley anterior al hecho del proceso*”. Este es el llamado principio de reserva.

El principio de legalidad tiene su raíz en el sistema representativo de gobierno, basado en la soberanía popular y en la separación o división de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, que hacen a la esencia del sistema republicano de gobierno. Es una consecuencia, además, del principio sentado por el artículo 19 CN cuando expresa que “Ningún habitante de

la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”.

La regla constitucional es que las obligaciones de carácter penal y las penas correlativas sólo existen para los habitantes y para el gobierno, en virtud de las sanciones legislativas y, como resultado, el poder ejecutivo no puede crearlas ni el poder judicial aplicarlas si falta una ley que las haya establecido antes de la ejecución del hecho justiciable (Fallos, t. 178, 355 y posteriores). El principio rige tanto para los delitos del derecho penal común como para las contravenciones y los delitos previstos por leyes especiales (artículo 4° CP, tributarios, administrativos, bancarios, cambiarios, etc.)

Señala Grispiñi (*Corso di Diritto Penale secondo il nuovo Codice*, t. I, p. 370) aparte del principio *nullum crimen sine lege*, es “el principio de la división de los poderes, sobre el cual fundamentalmente se basan todos los estados modernos, para establecer que la facultad de emanar normas jurídicas penales es reservada al Poder Legislativo, mientras que al Poder Ejecutivo se le reconoce la misma facultad sólo subordinadamente a las normas puestas por el primero, ello es, existe una jerarquía entre la ley y el reglamento, en la cual se reconoce prevalencia a la primera. De aquí deriva la consecuencia que los reglamentos nunca pueden contener disposiciones *contra legem*”

El temor al arbitrio hizo pensar en otros tiempos, que entre las facultades de los jueces no estaba la de interpretar la ley penal (Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, c. 4). De lo que antecede surge implícito, que el principio de legalidad se cumple sólo a través de la *ley formal y material*; o sea, la norma jurídica sancionada por el Congreso de la Nación siguiendo el trámite ordinario de sanción de las leyes. Queda, en consecuencia, excluido el concepto de ley *lato sensu*, que se extiende a los decretos, ordenanzas y disposiciones administrativas.

La ley penal debe ser una regla *stricta y general*, condición necesaria para que los habitantes del Estado puedan tener delante de los ojos especies de delitos exactamente determinados y penas delimitadas con igual exactitud y evitar que la individualización personal de la regla represiva choque con la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, que

prohíbe establecer excepciones o privilegios que excluyen a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 95).

Consecuencia del principio de reserva penal es que la punibilidad de los hechos que la ley no castiga queda reservada, como esfera de inmunidad, frente al poder represivo del Estado. La zona de reserva debe estar claramente trazada, lo que se logra mediante la enumeración taxativa por la ley, de los hechos punibles y de las penas pertinentes, de manera que aquéllos y éstas representen un *numerus clausus* en recíproca e inalterable correspondencia.

Como consecuencia del principio de legalidad resultan otras reglas propias del derecho penal liberal, como la prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía, la irretroactividad de la ley penal y la aplicación de la ley penal más benigna.

Núñez dice que “El derecho penal estructurado sobre el principio de reserva se opone vivamente al derecho penal estructurado sobre el principio rector de una `justicia penal sustancial`, inspirada en la lucha efectiva contra los llamados enemigos de la sociedad o del Estado. Esta idea, revivida en el aspecto político por los estados totalitarios, que ven en el derecho penal un medio utilizable libremente, sin obstáculos legales, por la sociedad, para luchar contra el delito, modifica radicalmente la posición de las partes que están en juego en la realización de la facultad punitiva. En tanto que el *principio de reserva*, al oponerle al poder punitivo la base de un catálogo legal de delitos y penas absolutamente circunscrito, hace prevalecer la libertad sobre las necesidades de la autoridad” (ob. cit., t. I, p. 105).

III. La costumbre no puede crear delitos ni penas

Partiendo de la distinción entre el derecho internacional convencional, cuya fuente son los tratados, y el derecho internacional consuetudinario, que tiene por fuente a la costumbre, la Corte Suprema por el voto de la mayoría de cinco de sus integrantes, resuelve imputar al procesado la comisión de un crimen de lesa humanidad, conforme a la “Convención sobre

la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, por hechos cometidos entre 1976 y 1978.

No cabe duda que el delito de lesa humanidad integra nuestro derecho penal interno como consecuencia de la aprobación legal de la citada Convención y la jerarquía constitucional que se le ha dado pero, como surge de los considerandos del voto de la mayoría mencionados en el capítulo I que antecede, la Corte Suprema considera, para así sancionar al procesado, que el delito de lesa humanidad “se reafirma en el principio instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos...toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la Convención de 1968 era *ius cogens*...la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la Convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la Convención al derecho interno” (Considerandos 28 y 29 del voto de la mayoría).

Según su voto el juez Boggiano, integrante de la mayoría, dice: “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” (Considerando 29 de su voto). En la misma línea argumental el voto del Doctor Maqueda, que integra la mayoría, manifiesta que “corresponde verificar si la conducta constituye un crimen contra la humanidad de acuerdo a las reglas consuetudinarias de derecho internacional o el derecho internacional convencional o en virtud de los principios de derechos reconocidos por la comunidad de las naciones...” (Considerando 42 de su voto).

Contrariamente, en su voto en disidencia el juez Belluscio cita como antecedente la decisión de la Corte de Apelaciones de Paris dictada con motivo de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argelia entre 1955 y 1957, cuando consideró que “los hechos denunciados sólo podrían ser perseguidos si revistieran una calificación penal de derecho

interno o de derecho internacional y que el artículo 212-1 del Código Penal (Francés), que define los crímenes contra la humanidad, había sido introducido en la legislación interna el 1º de marzo de 1994” y agrega “que para sostener la acción no es posible invocar una costumbre internacional que si en su caso puede guiar la interpretación de una convención, no puede suplir su ausencia para crear *ab initio* una incriminación”. Concluye el juez disidente citando la decisión de la sala criminal de la Corte de Casación francesa, en el caso antes citado, cuando resolvió “que, en fin, la costumbre internacional no podría suplir la ausencia de texto que incrimine, bajo la calificación de crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados por la parte civil (sentencia del 17 de junio de 2003)” (Considerando 17 de su voto).

El Código Civil en su artículo 17 dice: *Los usos y costumbres no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos o a situaciones no regladas legalmente*. Según Borda para que exista costumbre deben reunirse dos elementos: a) el material, que consiste en una serie de actos repetidos de manera constante y uniforme y b) el psicológico, que consiste en la convicción común de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica (*Tratado de derecho civil argentino*, 5º ed, t. I, p. 70).

Soler, admitiendo que la costumbre es una fuente mediata del derecho dice que ello podrá ser exacto para otras ramas del derecho, pero no puede afirmarse en derecho penal, pues “acordar mayor valor que el señalado a la costumbre, como fuente de derecho, parece vulnerar principios fundamentales y llevar imprecisión al derecho penal” (Soler, *Derecho penal argentino*, 9ª reimpresión, 1983, t. I, p. 123). En el mismo sentido, sostiene Núñez que “el derecho consuetudinario no podría ser fuente legítima del poder represivo por no ser escrito o por no emanar de un órgano legislativo”, y agrega que distinto al problema del derecho consuetudinario como fuente de infracciones y de penas, es la cuestión de si la costumbre puede tomarse en consideración en el campo del derecho penal como integratoria, supletoria o derogatoria de normas y así, afirma, que rige como regla general el artículo 17 del Código Civil, que

les depara sólo un valor subordinado a las referencias del derecho legal aplicable a ellas (ob. cit., p. 96).

De manera análoga se expresa Soler cuando dice que si bien queda totalmente descartada la costumbre como fuente *contra legem* y la costumbre *supletoria*, esta última en virtud de los principios que rigen a la interpretación de la ley penal, no puede decirse lo mismo en cuanto a la costumbre *integrativa*, pues pudiendo ser ésta admitida como fuente en el derecho civil, comercial y administrativo, si una norma penal en blanco se refiere a ese género de disposiciones, la costumbre en tal caso vendría a ser fuente mediata de segundo grado con relación al derecho penal (ob. cit, t. I, p. 123).

Por otra parte, el concepto de delito está reñido con que la costumbre pueda ser fuente de la incriminación. *Delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal* (Soler, ob. cit., t. I, p. 208). La antijuridicidad consiste en la relación de contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico general, contenido no sólo en el C.P. sino en otras normas jurídicas que fuera de él tipifican ilícitos penales. “*La adecuación a una figura penal es un requisito de la definición del delito para todo sistema jurídico en el que rija, como ocurre en el nuestro, el principio nullum crimen sine lege...Una acción alcanza carácter delictivo pasando a través de una figura determinada*” (Soler, ob. cit., t. I, p. 209)

De lo que antecede, surge ineludiblemente que el derecho internacional consuetudinario, que equivale a decir la costumbre, no tipifica una acción antijurídica y, por ello, no puede crear delitos.

Una interpretación contraria, como la que resulta del voto de la mayoría de la Corte Suprema, conduce a violar no sólo el principio de legalidad sino también el de la tipicidad de la acción antijurídica y, así mismo, el de que esa acción resulte adecuada a una figura penal.

IV. La irretroactividad de la ley penal

Como hemos dicho en capítulos anteriores, el artículo 18 de la Constitución Nacional consagra el principio de la irretroactividad de la ley penal al decir que nadie “puede ser

penado sin juicio previo fundado en *ley anterior al hecho del proceso*". La irretroactividad de la ley penal es una consecuencia del principio de reserva de ley al que nos hemos referido en el capítulo II y no es sino un derivado del dogma reconocido como fundamento de toda la construcción jurídico-penal: *nullum crimen nullum poena sine lege*. La aplicación de la ley posterior significaría alterar las condiciones o exigencias de la ley de la época en que tuvo lugar la conducta, calificada después como delictiva.

Soler distingue claramente el caso en que la ley contiene nueva incriminación, que no puede aplicarse a hechos anteriores, porque ello implicaría la violación del principio de reserva ya citado, del supuesto en que la nueva ley quita carácter delictivo a un hecho anteriormente reprimido, en el que cobra plena aplicación, por no ser necesario a la defensa social mantener bajo pena esa determinada clase de actos, lo que constituye el principio de *no ultractividad*. La nueva ley que establece condiciones más severas no es retroactiva en virtud del principio mencionado y, en cambio, la nueva ley que es menos gravosa se aplica de pleno derecho desde la época de su promulgación, lo que constituye el llamado principio de la *aplicación de la ley penal más benigna* consagrado por el artículo 2º del C.P. (ob. cit., t. I. p. 188)

Aún para quienes la irretroactividad no es una garantía constitucional, sostienen, sin embargo, el principio basado en una razón de estricta justicia. Así por ejemplo, Carrara, para el cual el delito es siempre el resultado de una relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley, dice que "No puede existir contradicción entre lo que se hace y una ley que aún no es". (citado por Soler en ob. cit., t. I, p. 189)

La garantía constitucional del artículo 18 resulta reforzada por los tratados con jerarquía constitucional mencionados en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional como consecuencia de la reforma de 1994. Entre ellos mencionamos la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948, artículo XXVI); *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948, artículo 11, 2); *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1984, artículo 9); *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

(1966, artículo 15.1). La adhesión de nuestro país a este último Pacto merece una especial aclaración, en razón de que su artículo 15.2 dice que “Nada de lo dispuesto en éste artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”, pues la ley 23.313, que aprobó el Pacto, formuló la siguiente reserva: “El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado 2º del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional”, lo que equivale a que el gobierno argentino ha dado prevalencia al principio de la irretroactividad por sobre la aplicación retroactiva de los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Consideramos innecesario remitirnos a otras citas doctrinarias y mucho menos a la innumerable jurisprudencia de la Corte Suprema y de otros tribunales nacionales y provinciales que han reafirmado el principio de la irretroactividad de la ley penal.

Sin embargo, el fallo cuyo comentario nos ocupa admite la retroactividad de una ley posterior a los hechos incriminados, aunque hábilmente sin decirlo así, pues el voto de la mayoría expresa en el considerando 29, que ya hemos citado, que “no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria del derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens*”.

Aludiendo expresamente al tema la de irretroactividad dice en su voto el juez Boggiano: “Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer éste último...” (Considerando 30 de su voto).

En su voto en disidencia el juez Fayt recuerda que en la Asamblea General de la ONU, de fecha 3 de diciembre de 1973, cuando se adoptó la resolución 3.074 sobre principios de cooperación internacional en materia de crímenes de guerra o de lesa humanidad y se estableció que esos crímenes, “cualquiera

que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objetos de una investigación y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y en caso de ser declaradas culpables, castigadas”, el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción considerando que “el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los estados que adopten una legislación retroactiva...”.

El tratado de Roma de 1998 que creó la Corte Penal Internacional, aprobado por ley 25390 (30.11.00) y en vigencia a partir del 1° de julio de 2002, dispone en su artículo 11 que “1. *La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.* 2. Si un Estado se hace parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado...”. Agrega el artículo 24 que “*Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor*”.

V. El derecho de gentes y los delitos internacionales

El juez Maqueda, integrante de la mayoría, sostiene que “...corresponde concluir que la Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de ese derecho de gentes...a la fecha de la institución de los principios constitucionales de nuestro país el legislador lo consideraba como preexistente y necesario para el desarrollo de la función judicial” (Considerando 22 de su voto). Desconocemos la invocada supremacía del derecho de gentes como reconocida por la Constitución Nacional, ya que ésta establece el orden de prelación de las normas jurídicas cuando dice en su artículo 31: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...”. Ninguna otra norma del texto constitucional alude al derecho de gentes, con excepción del artículo 118 que lo menciona al establecer reglas de competencia en los juicios criminales ordinarios, disponiendo que “cuando éste (el delito) 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”. Con acierto, el juez disidente Dr. Belluscio dice que “...la única alusión de la Constitución al derecho de gentes es al artículo 118, que constituye solamente una regla de competencia judicial...” (Considerando 16 de su voto).

Alberdi, a quien cita el juez Maqueda, dijo que “el derecho de gentes no será otra cosa que el desorden y la iniquidad constituidos en organización permanente del género humano, en tanto que se repose en otras bases que las del derecho interno de cada estado” (*El crimen de la guerra*, Cap. II, nº 9, Obras Selectas, t. XVI, p. 48).

Asimismo, el juez Maqueda recuerda la distinción que hace la Corte norteamericana entre “un derecho de gentes convencional, que obliga a las naciones que hayan dado su asentimiento y el derecho de gentes consuetudinario construido sobre el consenso tácito y que es sólo obligatorio para aquellas naciones que lo hayan adoptado” (Considerando 28 de su voto).

Un tema controvertido por la doctrina en el derecho penal y en el derecho internacional, es el de la existencia y por ende, de su contenido, del llamado *derecho penal internacional*. La mayor parte de los penalistas alemanes como von Liszt, Binding, Frank, Beling, Mezger, Welzel, Maurach y otros, niegan la existencia del derecho penal internacional, sosteniendo que el contenido que tradicionalmente se le asigna no es de naturaleza internacional, sino de carácter estrictamente interno, es decir, nacional, pues se trata de normas que cada uno de los estados sanciona unilateralmente con el propósito de establecer el ámbito espacial de su propio derecho en materia punitiva (Fierro, *La ley penal y el derecho internacional*, 2ª ed., 1997, p. 55). En otras latitudes han llegado a la misma conclusión Manzini, Juan del Rosal, Cerezo Mir, Rodríguez Devesa y Juan Bustos Ramírez.

Antonio Quintano Ripollés coincide con esa crítica y, además, objeta no ya la naturaleza internacional, sino también la penal de todo el complejo de esas regulaciones que, en su criterio, corresponden a una temática eminentemente procesal, concerniente a los conflictos jurisdiccionales. Von Rohland,

define a ésta supuesta disciplina como “el conjunto de principios de derecho por los cuales el Estado, como miembro de la comunidad internacional, determina el valor territorial de sus normas y las leyes penales respecto a las personas y a los bienes jurídicos”, lo que significa considerar que se trata de reglas de derecho concernientes a la aplicación al extranjero del derecho penal nacional o interno. Con mayor claridad el jurista francés Donnedieu de Vabres, considera que se trata de la disciplina “que determina la competencia de jurisdicciones penales del Estado frente a las jurisdicciones extranjeras, la aplicación de sus leyes criminales en orden a los lugares y a las personas que ellas rigen y a la autoridad sobre su territorio de las sentencias represivas extranjeras”. (citados por Fierro, ob. cit., p. 56).

Subsiste la controversia de si el derecho internacional penal resulta un desprendimiento del derecho internacional público, o si se trata de una disciplina derivada del derecho penal común, pues como dice Fierro, conforme sea el punto de vista que se adopte, éste tendrá innegable repercusión sobre diversas cuestiones y entre ellas, la de la determinación de las fuentes; resulta un problema marcadamente arduo conciliar normas internacionales de elaboración consuetudinaria y convencional con las exigencias de certeza y absoluta seguridad que han llevado al derecho penal moderno a la consagración prácticamente universal del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* y que, con su lógico complemento del concepto de tipicidad, ha reducido el problema de las fuentes en materia punitiva a la exclusividad de la ley escrita (ob. cit., p. 68).

Dejando de lado la problemática del derecho penal internacional, que creemos no comprende al caso judicial que nos ocupa, queremos cerrar este punto con la opinión que nos da Fierro (ob. cit., p. 76) citando la de nuestro ex-profesor Eusebio Gómez, que afirmaba: “que no es posible admitir como propia la expresión de delitos internacionales para aludir a aquellos que se reprimen por aplicación inveterada de usos internacionales o por haber sido previstos en las diversas convenciones celebradas por las naciones, ya que, si tales usos y tratados reclaman, para su observancia, el reconocimiento y aprobación por parte del derecho interno de los diferentes estados, es ese derecho interno

el que, en definitiva, ha sido transgredido con la comisión del acto punible en cuestión”.

Para cerrar el tema nada es más concreto que la opinión de Bidart Campos cuando dice “Que los delitos contra el derecho de gentes, tanto cometidos en territorio argentino como fuera de él, necesitan contar con incriminación propia en la ley penal interna o en un tratado internacional que esté incorporado al derecho argentino y que contenga el tipo penal. No bastaría, pues, la sola alusión incriminatoria en el derecho internacional universalmente aceptado, o el reproche del Estado por los principios generales del derecho reconocido por la comunidad internacional” (*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 1995, t. III, p. 482).

Continúa diciendo el eminente constitucionalista citado que “A la luz del principio constitucional de legalidad penal interpretamos que para juzgar y sancionar a una persona en jurisdicción argentina por una conducta que el derecho internacional –o su principio- consideraba delictuosa, era menester una de estas dos cosas: a) que además de aquella genérica norma internacional penal existiera antes del hecho una ley interna que lo incriminara y sancionara, ó b) que a falta de esa ley existiera un tratado internacional incorporado al derecho argentino que tuviera claramente una norma incriminatoria y sancionatoria” (ob. cit., t. III, p. 629).

VI. Los tratados con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional

La reforma de la Constitución en 1994 incorporó al actual artículo 75, inc. 22, tratados internacionales cuya relación jerárquica con la Constitución Nacional ha suscitado y seguirá suscitando grandes dudas.

Comienza por decir que *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*. Nos detenemos aquí porque hay que recordar que la *Convención de Viena sobre derecho de los tratados* (aprobada por la ley 19.865 del 3.10.72, y que entró en vigencia el 27.01.80), ha aceptado el principio de *primacía del derecho internacional* sobre el derecho interno, conforme a su artículo 27.

Yendo más allá de la *primacía* a que nos referimos en el párrafo anterior, el artículo 75, inc. 22 incorpora a la Constitución diez tratados internacionales a los que les asigna *jerarquía constitucional*.

En varias oportunidades, y especialmente en ocasión de nuestra conferencia en “Homenaje a la Constitución de 1853 en su sesquicentenario” dijimos hablando de la *supremacía de la Constitución* que como consecuencia de las modificaciones introducidas por los incs. 22 y 24 del artículo 75, “la escala jerárquica prevista en el artículo 31 se ha modificado y es la siguiente: 1) la Constitución Nacional; 2) los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional; 3) los tratados de integración y los demás tratados internacionales que son superiores a las leyes, pero no tiene jerarquía constitucional; 4) las leyes del Congreso de la Nación; 5) las leyes provinciales”. Advertimos que si se acepta esta escala jerárquica que resulta de la reforma constitucional, ¿se ha modificado o no el artículo 31?. Agregamos que si la respuesta fuera afirmativa, la reforma introducida sería nula de nulidad absoluta, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 6º y 7º de la ley 24.309 que convocó a la Convención Reformadora y que disponían que ella no podía introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución (Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, nº 41, 2003, p. 17).

La asignación de jerarquía constitucional, a más de definir una prioridad sobre las leyes, quiere decir que los tratados *se sitúan al mismo nivel de la Constitución, que comparten su supremacía y que encabezan con ella nuestro ordenamiento jurídico* (Bidart Campos, ob. cit., t. III, p. 276). Agrega dicho autor que: “No afirmamos que estos instrumentos estén ‘incorporados’ o integrados a la Constitución formal, ni que formen parte de ella, pero si enfatizamos que revisten su mismo rango, ubicándose en el llamado *bloque de constitucionalidad*, fuera de la Constitución documental”.

La asignación de igual jerarquía y rango se reafirma en los otros conceptos del inc. 22 que reza: “*No derogan* artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben

entenderse *complementarios* de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

El que tales tratados sean “complementarios” no significa que tengan un mero carácter secundario o accesorio, pues “complementario” quiere decir algo que se integra a otro algo ya existente, o sea, que completa lo anterior. Es así que Bidart Campos dice que “Los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional confieren completitud al sistema de derecho de la Constitución para que por una doble fuente: la interna y la internacional, nuestro sistema de derechos resulte abastecido” (ob. cit., t. III, p. 277).

En términos categóricos el constitucionalista Badeni sostiene que “los tratados internacionales sobre derechos humanos, a pesar de tener ‘jerarquía constitucional’, están subordinados a una Constitución que no pueden modificar”, porque ello se lo impiden los artículos 27 y 30 de la Ley Fundamental (*Instituciones de derecho constitucional*, 1997, t. I, p. 199).

A esta altura debemos recordar que la *Convención de Viena sobre derecho de los tratados*, que dispone la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno (artículo 27), debe armonizarse con la nueva norma constitucional del artículo 75, inc. 22 que venimos comentando. Como consecuencia de la citada Convención de Viena una ley nacional no puede modificar ni derogar un tratado, que es parte del derecho interno luego de su aprobación por el Congreso de la Nación, cosa que era habitual en tiempos anteriores a la aprobación de dicha Convención. Pero, la primacía que asegura el mencionado artículo 27 al derecho internacional sobre el derecho interno, *no puede entenderse como que el derecho internacional esté por encima de la Constitución*, cuyas normas podría derogar o modificar. *La supremacía de la Constitución* es inalterable.

Así lo ha entendido la Corte Suprema en el caso “Cabrera c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande (Fallos 305, 2150), en la que el Procurador General de la Nación afirmó que “Los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a

reformularla y porque el artículo 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución”. Más adelante nos referiremos al artículo 27 que menciona la opinión pretrascrita.

El fallo que nos ocupa enfoca el tema de la relación o jerarquía entre los tratados del artículo 75, inc. 22 con la Constitución. El juez Boggiano dice en su voto que integra la mayoría que “...la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente...no pueden (los tratados) ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente...los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías...las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente...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” (Considerandos 9 y 10 de su voto). Estos conceptos, muy parecidos a los que hemos citado de la obra de Bidart Campos, significan que coloca a la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional como un bloque de constitucionalidad (al decir de Bidart Campos) o con la misma jerarquía normativa (Boggiano), pero así no se resuelve el problema que nos venimos planteando. Agregamos, además, que nos resulta utópico el concepto de Boggiano al decir que entre la Constitución y los tratados no puede haber colisión pues, precisamente, en el caso “Arancibia Clavel” se da la colisión entre la Convención sobre imprescriptibilidad y la irretroactividad del artículo 18 de la Constitución Nacional y de otros tratados incorporados a ella.

Con sentido jurídico y realista el juez Fayt dice en su voto en disidencia que: “la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la primera parte de la Constitución (como la retroactividad de la ley penal), aquéllos deban primar sobre el derecho interno...*la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo* (lo destacado es nuestro). En segundo

termino, se ubican los tratados sobre los derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del artículo 75, inc. 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esa categoría en el futuro –tercer párrafo del artículo 75, inc. 22-...En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso (Considerando 32 de su voto).

Concluimos esta cuestión adhiriendo a la opinión del juez Fayt, de la que resulta para el caso que nos ocupa que *la Convención sobre imprescriptibilidad no puede derogar ni modificar la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley penal*, porque ningún tratado con jerarquía constitucional puede modificar la primera parte de la Constitución, porque los tratados son complementarios y no modificatorios de los derechos y garantías de esa primera parte y porque la jerarquía constitucional de los tratados no implica que estén por encima de la Constitución Nacional.

VII. La adecuación de los tratados con los principios de derecho público

Dice el artículo 27 de la Constitución Nacional que: “El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

A esta altura de nuestra exposición sería redundante citar la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre el alcance e interpretación del pretrascripto artículo 27. Consideramos que nada es más claro y categórico que la opinión del juez Fayt en su disidencia en esta causa. Sobre el particular dice: “El artículo citado (se refiere al artículo 27) consagra la supremacía de la Constitución –más precisamente, de los principios constitucionales- frente a los tratados internacionales, y de él proviene la ‘cláusula constitucional’ o ‘formula argentina’ expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luís María Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se debe excluir de los tratados en materia de

arbitraje las cuestiones que afectan las constituciones de cada país” (Considerando 15 de su voto).

El mencionado Juez recuerda la opinión de Joaquín V. González cuando dijo: “En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el artículo 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respecto a la integridad moral y política de las naciones contratantes” (*Obras completas*, vol. IX, p. 52).

Concluye el juez Fayt que: “Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese `margen de apreciación´ autónomo de cada Estado (con cita de la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC- 4/84 del 19 de enero 1974)... se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales. De esta manera la introducción de principios de derecho internacional encuentran su límite en la aceptación de sus derechos fundamentales. Es decir, se trata de adaptar las exigencias del derecho internacional –con el espacio de autonomías que se reservan los estados individuales- sin restringir las garantías básicas de las personas que, en el caso del derecho penal, no son otras que las que se encuentran sometidas a enjuiciamiento...Es indudable entonces, que sobre la base del artículo 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio ´margen nacional de apreciación´ delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus artículos 14, 16, 17, 18 y 20” (Considerando 18 de su voto).

Y concluye el citado Juez: “Que, en definitiva, la vigencia del artículo 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público establecido en esta Constitución (artículo 18), quizás uno de los más valiosos. Es este ´margen nacional de apreciación` el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso

tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando estos se juzgan en el país” (Considerando 19 de su voto).

VIII. La revocación de la prescripción

Como hemos dicho en el capítulo I, la Cámara de Casación resolvió que la acción penal por el delito de lesa humanidad imputado a Arancibia Clavel se encontraba prescripta. Y en consecuencia, se planteó la cuestión en la instancia extraordinaria de si era viable o no revocar de oficio la prescripción declarada en la instancia anterior.

El voto de la mayoría recuerda que en el caso Mirás (Fallos 887-76) “se señaló expresamente que tal principio (el de la irretroactividad) alcanza también a la prescripción de la acción penal...el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la petición punitiva” (Considerando 19 del voto de la mayoría).

Apartándose del precedente citado en el párrafo anterior, el voto de la mayoría revoca la prescripción considerando que “la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención” (Considerando 29 del voto de la mayoría). Agregando que “la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituyen una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional” (Considerando 36 del voto de la mayoría). Y concluye en que “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 Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad’” (Considerando 38 del voto de la mayoría).

La revocación de oficio por el Tribunal Superior de la prescripción de la acción penal resuelta en instancia inferior, vulnera el derecho de defensa en juicio, en tanto el imputado no habría tenido en esta instancia superior la posibilidad de

cuestionar la imprescriptibilidad de la acción penal. El juez Belluscio en su disidencia sostiene que “este Tribunal no podría suplir la falencia mencionada (se refiere a que la querrela no mantuvo en el recurso extraordinario el agravio relativo a la imprescriptibilidad de la acción) declarando de oficio la imprescriptibilidad...las consideraciones de orden público siempre han llevado a los tribunales ordinarios a la declaración de la prescripción y no a su revocación...esta Corte jamás ha declarado de oficio que no se encontraba prescripta la acción penal cuando los tribunales de la causa la habían considerado extinguida...el juez de la causa sí declaró la prescripción de la acción penal, no puede ser revocada oficiosamente sin vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado...el principio de imprescriptibilidad que actualmente ostenta rango constitucional no suscita conflicto alguno que deba resolverse, toda vez que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir...una cuestión muy distinta es que éste aceptado principio deba aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente (Considerandos 10, 12 y 13 de su voto).

En el mismo sentido es harto ilustrativa la opinión del juez Fayt en su disidencia cuando dice que “este Tribunal no podría suplir la falencia mencionada (se refiere a que la querrela no mantuvo en esta instancia el agravio relativo a la imprescriptibilidad) 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...esta Corte jamás ha declarado de oficio que no se encontraba prescripta la acción penal cuando los tribunales de la causa la habían considerado extinguida...la regulación de la prescripción es una cuestión que pertenece a los presupuestos de la penalidad, por lo que de acuerdo con lo que dispone el principio de legalidad no puede modificarse retroactivamente en perjuicio del reo...conceder eficacia *ex post* a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afecta indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad

establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional”
(Considerandos 10 y 14 de su voto).

X. Colofón

Si durante décadas la doctrina y la jurisprudencia han dicho que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el *guardián de la Constitución*, éste fallo demuestra lo contrario.

MEMORIA, JUSTICIA Y RECONCILIACIÓN (BREVES REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL FALLO CSJN IN RE ARANCIBIA CLAVEL)

Por el Académico DR. CARLOS A. FLORIA

El tema que nos reúne es propicio para internarnos en una de las cuestiones difíciles que enfrentan las sociedades y sus jueces cuando se trata de argumentar sobre la relación entre la justicia y la paz, entre la memoria y el olvido, entre la historia, la memoria, el olvido, la reconciliación, el perdón...

Los más altos tribunales de justicia, las Cortes Supremas y sus equivalentes en sistemas políticos democráticos, son llamadas con frecuencia creciente a resolver discusiones vinculadas con aquellos valores y aquellas demandas de las personas y las sociedades en todos los tiempos.

Dos citas y una anécdota que contienen lecciones de la experiencia individual y colectiva pueden presidir las reflexiones que siguen:

El peor crimen fue emprendido por algunos, querido por muchos y tolerado por todos. Tácito

El drama de Irlanda es que los irlandeses no olvidaron jamás, y que los británicos no recordaron jamás. Gladstone

La anécdota tiene por protagonistas a Raymond Aron y su discípulo - hoy a la cabeza del Departamento de Relaciones Internacionales de Harvard- Stanley Hoffmann, en encuentro que me tocó compartir. La he mencionado en alguna oportunidad, pero en la presente me parece del todo apropiada y pertinente. Sucedió en el escritorio de Aron en la revista *L'Express*, donde escribía regularmente una columna. Fui a

saludarle, como procuraba hacer cada vez que debía viajar a Paris, siguiendo una privilegiada relación que la generosidad de Aron alimentaba con una suerte de guía de lecturas. Irrumpió Hoffmann, por así decir, agitando un artículo que había escrito sobre *collaboration et collaborationnisme*, que más tarde publicaría en sus ensayos franceses. Décadas después de la liberación de Francia, la marea de escritos y obras tratando Vichy y la Resistencia no había disminuido. Sin embargo, sostenía Hoffmann, no existía un examen francés satisfactorio sobre el más delicado de los problemas que planteaba la derrota y la división de Francia: la colaboración con el ocupante alemán. En esos días la comunidad nacional parecía haber superado las pruebas terribles acumuladas durante la posguerra, por lo que -- pensaba Hoffmann-- historiadores y sociólogos, intelectuales en general, debían sentirse menos incómodos, menos embarazosos para abordar un pasado tan pesado...Aron advirtió que había una razón poderosa en el origen de la timidez, por no decir falta de libertad o coraje intelectual, que actuaba: "*la naturaleza del tema, de la materia, de la cuestión, es de una complicación infernal, es...endemoniada*".

Existía (existe) otra razón que Hoffmann pensaba hacia que esa materia, esa cuestión, no tuviera un examen de tal modo consensuado que fuera enteramente satisfactorio, hasta el punto que tal vez eso no se lograría jamás, del todo. Por paradójico que pudiera parecer, la materia, la cuestión, tenía (¿tiene?) tendencia, cuanto más se lo examina, a "zafarse". De pronto, la cuestión no interesaría más como un punto de vista de las relaciones franco-alemanas en la Europa de Hitler, sino desde la perspectiva de *las relaciones franco-francesas*, por así decir.

Esa lección de Aron, compartida por Hoffmann, creo que es muy aplicable a la temática que estamos tratando. Y así permanecerá, en tensión, no sólo por motivos *judiciales*, sino por motivos *éticos* y *por razones políticas*. Todo lo cual resulta no fácil de desentrañar, y de separar.

El caso "Arancibia Clavel" pone en movimiento, a nuestro juicio, los "genios endemoniados de la ciudad". Como en un caso reciente de jurisprudencia norteamericana, importa interpretar "qué dijo realmente la Corte", título que encabeza un análisis importante del profesor de jurisprudencia Ronald

Dworking en relación con el fallo de la justicia norteamericana en cuanto rechazó de plano la "indignante pretensión" del gobierno de Bush en cuanto a que el Presidente está facultado para encarcelar a quien éste acuse de conexiones terroristas, sin acceso a abogados ni al mundo exterior y sin posibilidad alguna de revisión sustancial por los tribunales u otros órganos judiciales (casos Hamdi et alv.Rumsfeld, Secretary of Defense et al. y otros. Conf. The New York Review of Books, julio 2004).

Y esto no sólo por los contenidos y efectos inmediatos de esos fallos, sino porque a largo plazo *las decisiones de la Corte podrían tener un impacto más profundo, en cuanto los argumentos de los jueces proveen la base legal para una conclusión mucho más poderosa que la pronunciada...*

Algo así nos parece que sucede con este fallo polémico, con una mayoría de seis votos contra tres disidentes, pero a su vez en la que aquella mayoría se desglosa entre cinco que no apelan al argumento de la retroactividad sino a diferentes argumentos, pues los jueces Zaffaroni, Highton y Boggiano no estarían aplicando "retroactivamente" la Convención de 1994 sino el derecho de gentes, el *ius cogens* que obliga al Estado pues esos crímenes -a los que comparan con los del nazismo- no prescriben según el consenso y los *sentimientos* de la comunidad internacional. Se dice en la sentencia que para tales crímenes no hay refugio ni en el tiempo ni en el espacio (conclusión diferente, por ejemplo, a la de un Paul Ricoeur en su notable *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Seuil, Paris, 2001) como crímenes que nunca se perdonan, derecho de gentes que se habría consolidado después de la segunda guerra mundial, aunque las argumentaciones que se emplean tienen cierta imprecisión. En cambio el juez Petracchi, que cambia su opinión anterior volcada en el caso Priebke, afirma que corresponde aplicar *retroactivamente la Convención sobre imprescriptibilidad* de los crímenes contra la humanidad pues el Estado argentino debe seguir la interpretación de la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la cuestión.

El argumento de los disidentes Belluscio y Fayt es que los tratados de derechos humanos son fuentes de rango inferior a la Constitución, y por lo tanto no deben ignorar las garantías del

art. 18 de la Constitución Nacional sobre la *irretroactividad de la ley penal*. El juez Belluscio cita, entre otros antecedentes, un fallo de la Corte de Casación francesa en cuanto ésta rechazó la aplicación retroactiva de la Convención de 1994 añadiendo que la definición de los delitos de "lesa humanidad" la considera difusa.

En un importante ensayo titulado *Le crime et la mémoire* el notable y respetado analista político francoalemán Alfred Grosser (Flammarion, Paris, 1989) se hizo cargo de la complejidad de esas cuestiones. Él, quien no es nada complaciente con los crímenes y tragedias del entero siglo XX, soviéticos, aliados, japoneses, alemanes e incluso franceses, por lo que el libro tuvo circulación limitada (!), y esto --nos lo expresó el autor--en el París de los años '90, por el tratamiento de los casos de Vichy y Argelia, y aún de la Vendée, cuando la gran Revolución... Y al mismo tiempo se interroga si no debía distinguirse entre los "crímenes hitlerianos y los crímenes de derecho común" para no apoyarse en bases jurídicas frágiles, como la retrospección y la retroactividad. (Confr. pp.112 y sigts).

Por mi parte, querría examinar con detenimiento y libertad intelectual la totalidad del extenso fallo al que recién horas atrás pude acceder.

Enterado del fallo, Jean-Yves Calvez --quien ha publicado con Natalio Botana *El horizonte del nuevo siglo. Reflexiones sobre la justicia y la paz en el mundo* (Sudamericana, 2004), de provechosa lectura-- me envía una impresión provisoria, según la cual es "cierto que la retroactividad de la ley penal aun en el caso de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es un problema (porque) afloró esto en el caso de los juicios de Nüremberg y habría que revisar qué pasó con esta objeción. Habvría que considerar la fecha desde la que se puede admitir que la dicha imprescriptibilidad es ley más o menos internacional (antes de ser en particular ley argentina)..." Máxime cuando en el diálogo citado Calvez aporta una distinción muy importante (pp.136 y sigts) entre los casos en que hubo *guerra civil con dos legitimidades enfrentadas (caso de España)* y en los que el conflicto tuvo otras características,

como el caso argentino, cuyo examen merece en buena medida la advertencia de Aron en la anécdota aleccionadora citada. Pero también lo que implica el "crimen del soberano contra lo político" (conf. Antoine Garapon "From Nuremberg to TPI: The birth of universal justice?") y los trabajos de Pierre Hassner citados en *Entre Kant et Kosovo. Presses de Sciences Po, (Paris, 2003)* donde por un lado el importante autor francohúngaro, como Hoffmann discípulo del maestro Aron, se inquieta por el riesgo de "sustitución del derecho a la política" y por el otro señala que la victoria sobre "la negación de la humanidad no es completa si ella no es seguida por un aprendizaje del *arte de vivir juntos*", tal vez el primer objeto a la vez del derecho y de la política.

EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EL CASO ARANCIBIA CLAVEL

Por el Académico DR. MIGUEL M. PADILLA

*Continuamos esta disertación iniciada por las eruditas palabras de los Dres. y Horacio García Belsunce Carlos G. Floria las que, a mi juicio, han agotado exitosa y definitivamente un debate en torno a principios irrefutable que nunca debió iniciarse en torno a principios irrefutables - y al hacerlo, nos hemos de referir a los siguientes tres puntos o aspectos: ante todo, al significado de los términos *lesa humanidad*, tan dispendiosamente empleados en este fallo; luego, al alcance de las expresas disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma elaborado durante la Conferencia Diplomática celebrada en dicha ciudad en 1998 y, por último, a las preocupantes consecuencias que la sentencia del Alto Tribunal puede acarrear para miles de personas.*

La expresión “delitos de lesa humanidad” recién apareció con posterioridad a la finalización del conflicto mundial de 1939-1945, en un acuerdo firmado el 8 de agosto de 1945 entre las cuatro grandes potencias vencedoras disponiendo la creación del Tribunal Militar de Nuremberg para juzgar a los principales dirigentes del nacionalsocialismo (*Agreement for the Prosecution and Punishment of the major War Criminals of the European Axis*), el que llevaba como Anexo el Estatuto de Nuremberg, cuyo artículo 6 - al enunciar una clasificación tripartita de crímenes internacionales, a saber: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad - solamente incluía entre estos últimos “*el asesinato, la deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra*

cualquier población civil, antes o durante la guerra, por motivos políticos, raciales o religiosos, para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal en relación con ese crimen, implique o no una violación del derecho interno del país donde se haya cometido”.

En términos sencillos, los crímenes contra la humanidad implican un ataque de gran dimensión o sistemáticamente dirigido contra una población civil.

De acuerdo a este texto, *pues*, existen sólidas razones para que el concepto de delito de "lesa humanidad" carezca por completo de aplicación en el caso resuelto por la Corte Suprema, que lo ha utilizado dejando de lado el elemental principio de que, en todas las ciencias, los debates en torno a cualquiera de sus temas deben ajustarse rigurosamente al correcto sentido de los términos empleados.

Ha de tenerse en cuenta para ello que el Estatuto de Nuremberg fue acordado en un contexto que si bien permitiría comprender y aceptar sus disposiciones, no tiene absolutamente nada que ver con el trágico episodio acontecido en 1973 - el asesinato del general Prats y su esposa en un atentado terrorista dirigido o ejecutado por Arancibia Clavel maguer los denodados esfuerzos realizados en los votos de la mayoría para que lo establecido en dicho instrumento encontrara aquí aplicación.

En aquellos tiempos, hace casi sesenta años, el continente europeo había atravesado durante varios años momentos terribles, dramas inimaginables, y era muy comprensible, por ello, que fuera creada aquella clasificación tripartita de crímenes de guerra, que reflejaba la innegable realidad de comportamientos sobre todo a las potencias del EJE pero asimismo, en mucha menor medida, a las naciones vencedoras.

Tales antecedentes, sobra decirlo, eran totalmente distintos a los que ocurrieron en varios países de Latinoamérica y en particular en nuestro país desde los años '70 y aún antes, expresados en enfrentamientos entre las Fuerzas Armadas y organizaciones terroristas.

Reviste interés acotar que según autorizadas opiniones *"... ingresan como responsables penales internacionales por crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra, los integrantes de los movimientos guerrilleros que luchan contra el*

gobierno y los que luchan entre sí y no solamente los integrantes de las Fuerzas Armadas” (el subrayado es mío).

En segundo lugar, la precisa definición de “crímenes de lesa humanidad” excluye que encuentren lugar en la misma atentados terroristas tanto individuales como afectando a pequeños grupos de personas. Me pregunto, por ello, cuál era la “*población civil*” víctima de los actos descritos en el art. 6 del “*Estatuto de Roma*”.

Sin embargo, el voto mayoritario en este pronunciamiento, aún sin recurrir a la “*Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad*” – aprobada por la ley 24.584 de 1995 y con la jerarquía constitucional prevista en el inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional otorgada por la ley 25.578, del año 2003, y pese a que los escollos recién opuestos son insalvables, los soslayó, ignoró y dejó de lado, pues esas cinco opiniones se aferraron a la insostenible tesis de la imprescriptibilidad del delito cometido por Arancibia Clavel, coincidiendo en que se trataba de un crimen de lesa humanidad (dicha persona fue detenida el 24 de noviembre de 1978 y llamada a prestar indagatoria el 15 de mayo de 1989).

Como acabo de señalar, ninguno de los votantes se animó a invocar el mentado acuerdo internacional pero en todos sus votos hay expresa mención de que la calificación de delito de lesa humanidad correspondía al hecho de que Arancibia Clavel había integrado una asociación ilícita, por formar parte de un grupo destinado a perseguir, reprimir y exterminar sistemáticamente a opositores del gobierno del general Pinochet.

El ministro Zaffaroni y la ministra Highton de Nolasco – quienes redactaron la opinión de la mayoría (fs.6489 a fs.6498) – sostuvieron:

“Que la apreciación de la Cámara de Casación relativa a que la conducta de Arancibia Clavel de tomar parte en la asociación ilícita que integraba ‘de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los ‘crímenes de lesa humanidad’ no puede compartirse”, (fs.6490 y 6498 vta.: el

destacado es mío), citando luego en apoyo de su tesis varios incisos del inc. 3° del art. 25 del “Estatuto de Roma”, a saber:

“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 este 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 del crimen sea cómplice, encubridor o colabore de algún modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión. . .”.

Pero olvidan - ¿de intento o por descuido? – que *todas* las disposiciones de este cuerpo legal únicamente son aplicables, y así lo dice con meridiana claridad su art. 5, a los ilícitos que taxativamente allí se enuncian: *genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión.*

¿Es por ventura comprensible que los miembros del más Alto Tribunal de nuestro país incurran en lo que no hesito en calificar de “herejía jurídica”, al citar descuidadamente disposiciones netamente ajenas al caso?

Sería tedioso repetir lo que en el mismo sentido contienen las opiniones “según su voto”, correspondientes a los ministros Petracchi, Boggiano y Maqueda, en las que algo fatigosamente hacen alarde de su llamativa versación (la sentencia se extiende a lo largo de más de doscientas más de doscientas fojas): sin embargo, y al solo efecto de acreditar la superflua reiteración de conceptos, recuerdo lo dicho por el ministro Petracchi:

“Que de lo precedentemente expuesto se desprende que se halla tipificado como delito de ius gentium el formar parte de una organización destinada a cometer delitos de lesa humanidad el formar parte de una organización destinada a cometer delitos de lesa humanidad, entre los que también cabe incluir al terrorismo. . .Cabe recordar que para esta Corte tal conflicto” (entre el principio invocado del ‘ius gentium’ y el derecho nacional) “es sólo aparente pues las normas del ius gentium que castigan el

delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial” . afirmación esta última sin respaldar por quien la hizo¹.

Por su parte, inesperadamente el ministro Boggiano - en el considerando 31 de su voto - trae a colación la autoridad de la doctrina judicial francesa, en cuanto juzga que ningún principio de derecho tiene una autoridad superior a la ley francesa, ni permite declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, ni prescindir de los principios de legalidad y de no retroactividad de la ley penal más severa cuando se trata de crímenes contra la humanidad (caso “Barbie”, 20 de diciembre de 1985).

Al respecto, se siente obligado a aclarar:

¹ A riesgo de extender nuestra disertación más allá del término convenido, no resisto al impulso de citar una autorizada opinión negatoria de la autoridad del derecho consuetudinario: “En realidad, es bastante discutible, no obstante existir unidad en todo caso en el ámbito de los derechos humanos , que las torturas, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas se encuentran prohibidas por el derecho internacional consuetudinario” (Kai Ambos, “Impunidad y Derecho Penal Internacional”, pág. 243, 1ra. ed. colombiana, Medellín, 1997, obra auspiciada por la Fundación Konrad y por la Comisión Andina de Juristas.

Y agrego otra más: “En otros textos declarativos y convencionales, por el contrario,” – se refiere a la “Convención sobre Represión y Castigo del Crimen del Apartheid” -) “ las formulaciones sobre la jurisdicción universal son más débiles y ambiguas, como lo demostró todo el debate en Roma sobre la creación del Tribunal Penal Internacional, en el que quedó la sensación de que muchos Estados no están dispuestos a avanzar en una efectiva justicia internacional en materia de violaciones de derechos humanos” (Roberto Garreton Merino, “Trascendencia del caso Pinochet para el derecho internacional de los derechos humanos”, en la “Revista Argentina de Derechos Humanos”, año I, n° 0, auspiciada por el C.E.L.S.)

“Cabe advertir, con cierto énfasis, que Francia no es parte en la ‘Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad’.

Recordemos, por nuestra parte, que hasta no hace muchos meses tampoco lo era nuestro país.

En lo tocante a este instrumento, creo interesante citar este autorizado juicio:

*“Sin embargo, se ha dicho que en razón del escaso número de estados que han expresado su consentimiento en obligarse por ella y de la práctica de rechazarse pedidos de extradición por tales crímenes fundados, precisamente, en la prescripción de la acción, resultaría difícil sostener que esta regla tenga una fuente tanto convencional como consuetudinaria y que, por ende, pudiese tratarse de un principio general del derecho internacional bien reconocido por la comunidad internacional”.*²

El voto del ministro Maqueda, además de su adhesión a la posición de la prescriptibilidad, busca atribuirse cierta originalidad, desde que con insistencia se remite al art.118 del código constitucional, para sustentar su postura. Por ello, y aunque de alguna manera excedo lo previsto, me pareció oportuno hacerlo.

Para valorar esta pretensión, es necesario transcribir el texto de aquella cláusula:

“La actuación de estos juicios” - (se refiere a los criminales) – “se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito” (hasta aquí no hay novedad: es simplemente la aplicación del inc.12, del texto constitucional) - “pero cuando este 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”

No alcanzo a comprender cómo es posible que la frase final preste algún apoyo a contundentes afirmaciones en el

² Hortensia Gutiérrez Posse, “Los principios generales del derecho y los crímenes más graves de trascendencia internacional”, en una publicación editada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales titulada “La Corte Penal Internacional y su competencia”, Buenos Aires, 2004

sentido de sostener que esa "ley especial" nunca dictada, por otra parte, sin duda ante la imposibilidad de definir su contenido, y jamás se ha presentado un caso de los allí contemplados permite invertir el sentido de este precepto y afirmar:

*"Si una ley o un tratado" – (inexistentes, por otra parte) – "pueden establecer que estos delitos perpetrados fuera del territorio argentino sean juzgados por un tribunal nacional, por el principio de reciprocidad, los delitos contra el derecho de gentes (como lo son los de lesa humanidad) cometidos en nuestro país pueden ser juzgados por tribunales de otro país o por tribunales internacionales"*³.

Por otro lado, si el delito contra el derecho de gentes se comete *fuera* de los límites de la Nación, ¿en virtud de qué postulado o principio corresponde que nuestro Poder Legislativo determine el lugar en donde se tramitará el correspondiente juicio?

He de agregar que *en* un dictamen del entonces Procurador General de la Nación, *Nicolás Becerra* se dijo que *coexistir* sentencias del Alto Tribunal han determinado la pérdida de la vigencia del art. 18 de la Const. Nac. ante supuestos delitos contra el derecho de gentes cometidos *dentro* del territorio nacional.

Uno de ellos, agrega, registrado en Fallos 318:214 fue dictado con motivo del pedido de extradición de Erich Priebke, requerido por el gobierno italiano como responsable de la masacre de las Fosas Ardeatinas en 1943. Esta sentencia fue dictada por mayoría y cuenta con tres disidencias.

Pero es importante advertir que el caso es bien diferente de los juicios a los miembros de las Fuerzas Armadas que intervinieron en la lucha contra la subversión, pues se trataban de un delito cometido en territorio italiano y de un pedido de extradición formulado por el respectivo gobierno. Lo que estaba en debate, pues, era si le correspondía al imputado Priebke el derecho de permanecer en territorio argentino frente a un pedido de extradición formulado por la República de Italia, pero además,

³ Gentile, Horacio, "Crímenes fuera de las fronteras", "Revista del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires", agosto de 2003.

como tema previo, debió analizarse si las figuras penales por las cuales se formuló dicho requerimiento se encontraban previstas en ambos ordenamientos.

La doctrina constitucional nacional no es muy precisa en cuanto al significado de la frase final del artículo 118.

Un conocido e importante especialista, prematuramente desaparecido se limita a expresar:

“En síntesis, la última parte del este artículo, afirmando una vez más la visión precursora de nuestros padres fundadores, ante la existencia de delitos contra el derecho internacional pública, que en la época de la sanción de la Constitución era conocido como derecho de gentes. . .”⁴.

Quiroga Lavié encuentra una diferencia con la correspondiente cláusula norteamericana y dice:

“En cambio, en la Argentina, si el delito cometido fuera de su territorio no viola el derecho de gentes, aunque viole el derecho nacional, está exento de la jurisdicción de nuestro país”.⁵

Por último, una distinguida colega expresa:

“Ahora bien, el art..118 se refiere, implícitamente, a la competencia federal en materia en la que está comprometido el derecho de gentes pero por delitos cometido fuera del territorio nacional. La norma sobre el punto no es suficientemente nítida en la determinación de las hipótesis en que cabría aplicar la disposición” *el subrayado me pertenece*).

Pienso que con las manifestaciones precedentes hemos cumplido con lo anunciado en cuanto al primer tema de nuestra disertación, para dejar establecida la absoluta fragilidad del pronunciamiento de la Corte Suprema en lo tocante a su inexacta afirmación de que, en el “sub lite”, se había cometido un delito de lesa humanidad.

El segundo punto que, en esta parte de la disertación, nos habíamos propuesto exponer, se relaciona con el “*Estatuto de Roma*” y su contenido, *citado* en el voto de la mayoría.

⁴ Miguel Angel Ekmedjian, “Tratado de Derecho constitucional” T. V, pág. 622,

⁵ “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, 3^a.ed., págs. 741/742.

Pienso que no se darán discrepancias en cuanto a la trascendencia de lo establecido por dicho acuerdo en su artículo 5, el cual prescribe:

“1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.

Queda así claramente establecido que aún de intentarse aplicar la normativa de esta convención a hechos ilícitos cometidos aún después de su ratificación, no podría alcanzarlos.

En cuanto a lo relacionado con este documento, ha de recordarse que fue elaborado durante las sesiones de la conferencia diplomática celebrada en dicha ciudad en el año 1998: tras cinco semanas de arduas sesiones, aprobó el 17 de julio de 1998 el texto final del referido estatuto, creando la Corte Penal Internacional: nuestro país depositó el instrumento de ratificación ante las Naciones Unidas el 8 de febrero de 2001.

Dicho estatuto traduce un precedente de elevada jerarquía convencional, ratificando y consolidando la garantía de la irretroactividad de las normas penales.

Por consiguiente, de ser correcto el criterio sostenido por la mayoría de los firmantes del fallo de la Corte, en el sentido de que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es un principio del “jus cogens”, receptado desde el derecho consuetudinario, la mentada conferencia diplomática que elaboró el tratado de Roma habría desconocido la vigencia de aquel principio, nada menos que en la estructuración del más importante Tribunal Penal que ha establecido la comunidad internacional.

Y bien, el art. 11 de este fundamental tratado prescribe:

“La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto” (lo que ocurrió el 1° de julio de 2002: el destacado es mío).

¿Puede haber alguna duda en cuanto a la no aplicabilidad de las normas del “Estatuto de Roma” solamente para hechos y actos, posteriores a su entrada en vigencia?

Nos resta ahora encarar el último punto que nos proponíamos considerar, a saber, el efecto o las consecuencias del fallo examinado.

La decisión que encierra, al declarar imprescriptibles los delitos de lesa humanidad, puede llevar a que algunos miles de miembros de las Fuerzas Armadas sean citados – por primera o por segunda vez- para responder de la imputación de haber cometido tales crímenes: aunque ya hemos demostrado que los hechos por los cuales se les responsabilizaría quedan por completo fuera del marco de aquellos delitos, la existencia de este precedente podría conducir a lo que, con toda propiedad, llamaríamos ”caza de brujas”.

Verdad es que un elemental principio de nuestro procedimiento afirma que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia son “*res inter alios acta*”, esto es, alcanzan solamente a las partes y no pueden oponerse a terceros.

Sin embargo, a menudo suele ocurrir que por el sentido de lo resuelto, los pronunciamientos del Alto Tribunal afecten o interesen a un colectivo, a veces muy numeroso es, por ejemplo, el ejemplo de las sentencias dictadas en materia previsional.

Esta consecuencia es particularmente cierta en una *cuestión* que tantas controversias ha suscitado y que, a pesar del tiempo transcurrido desde que tuvieron lugar los reales o presuntos delitos, prosigue *gravitando negativamente en el ámbito de nuestra sociedad, impulsada por organizaciones de izquierda y aún por el mismo presidente de la Nación*.

No hace falta mucha imaginación para advertir que aquella amenaza perturba seriamente la vida personal y familiar de los afectados, e incluso sus posibilidades profesionales.

Y, desde luego, todos creemos como una segura posibilidad que el Alto Tribunal se atendrá a la doctrina que ha sentado en este caso, al resolver esta y cuestiones similares.

Pero tal vez la Corte Suprema no ha caído en la cuenta de que ha desatado un arma de doble filo, desde que su doctrina, errada como la vemos, deberá aplicarse asimismo a todos aquellos que desde el año 1970, por lo menos, cometieron

numerosos crímenes y atentados terroristas: el más elemental sentido de justicia exige, en efecto, que sus autores, cómplices e instigadores –varios de ellos ocupando hoy posiciones de importancia en el ámbito gubernativo- deban ser igualmente citados en justicia y eventualmente castigados por hechos que el fallo comentado califica como delitos de lesa humanidad.

¿Esta consecuencia habrá sido prevista por los señores ministros?