

---

## LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

---

*Laura Yussen*

### SUMARIO

- I. Reseña del fallo.
- II. Precedentes.
- III. Las resoluciones adoptadas.
  - III.a) Introducción.
  - III.b) Sentencias inferiores.
  - III.c) Sentencia de la Corte Suprema.
    - III.c.1) La calificación de la asociación ilícita.
    - III.c.2) La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.
      - III.c.2.1) Los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal.
      - III.c.2.2) El ius cogens.
      - III.c.2.3) Imprescriptibilidad.
- IV. La "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" y el "Ius Cogens" como base jurídica de la sentencia.
- V. Disidencias.
- VI. Conclusiones finales.

Jurisprudencia. Nota a fallo: "[Recurso de hecho deducido contra el Estado Nacional y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, E. L. s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros](#)"

*1. Reseña del fallo:*

En el fallo "Recurso de hecho deducido contra el Estado Nacional y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, E. L. s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros", la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina declaró la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, sosteniendo, por mayoría de votos, que los hechos por los que se condenó al imputado, Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento en que aquéllos fueron cometidos.

Las tres principales cuestiones sobre las cuales se sienta jurisprudencia son las siguientes:

1. La asociación ilícita para cometer delitos de lesa humanidad, es también un crimen de esa naturaleza;
2. Los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles;
3. El principio de imprescribibilidad de los delitos contra la humanidad se aplica inclusive a hechos ocurridos en el marco del terrorismo de estado acaecido durante la década de 1970.

La sentencia de Corte Suprema, que fue suscripta por mayoría de 5 contra 3, llegó a dicha instancia a raíz del recurso interpuesto por la parte querellante - representación del gobierno de Chile- en virtud de la revocación dispuesta por la Cámara Nacional de Casación Penal de la sentencia de primera instancia que había encontrado al acusado responsable de las conductas de homicidio y asociación ilícita.

En efecto, Enrique Lautaro Arancibia Clavel había sido condenado, por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal N° 6, a la pena de reclusión perpetua, por ser partícipe necesario del homicidio del matrimonio Prats Cuthbert y por pertenecer a una asociación ilícita dedicada a cometer delitos de lesa humanidad.

La Cámara Nacional de Casación Penal, en la resolución del recurso deducido por la defensa del imputado, consideró que se trataba de una simple asociación ilícita y declaró que la acción se encontraba prescripta.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió, en queja, el recurso presentado por la querrela y dejó sin efecto la sentencia apelada ordenando que los autos "vuelvan al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente".

La resolución de mayoría fue suscripta por los votos de los jueces Eugenio Zaffaroni y Elena Highton De Nolasco, en tanto que los Jueces Enrique Petracchi, Antonio Boggiano, y Juan Carlos Maqueda suscribieron según su voto. Es decir, llegaron al mismo resultado a partir de sus propios argumentos. Finalmente, los Jueces Augusto Belluscio, Carlos Fayt y Adolfo Vázquez votaron en disidencia.-

## II. Precedentes:

Es oportuno formular, previo al análisis de la sentencia que nos interesa, un sintético pasaje por algunos de los momentos históricos y precedentes que vivenció, en el plano jurídico, la República Argentina a lo largo de los veintiún años de democracia celebrados en 2004.<sup>1</sup>

Hace ya dos décadas, el sistema democrático constitucional se reinstauraba en el país, luego de siete años de una cruenta dictadura que organizó y ejecutó un plan sistemático de persecución, desaparición forzada de personas y demás delitos aberrantes tales como la sustracción y robo de bebés con supresión de sus identidades personales.

Durante la década del '80 existieron dos circunstancias paralelas y -diría- conceptualmente contradictorias. Por un lado se llevó adelante un histórico proceso de enjuiciamiento a los miembros de las Juntas participantes del gobierno de facto y responsables ideológicos de las conductas ya descriptas. Al mismo tiempo, sin embargo, fueron sancionadas las "leyes del perdón"<sup>2</sup>, 23.521<sup>3</sup>, y<sup>1</sup> 23.492<sup>4</sup>, que dejaron impunes a los ejecutores de muchos de estos hechos, poniendo un valladar a la investigación de la justicia.

Más adelante en el tiempo, durante 1989 y 1990, tuvieron lugar un conjunto de indultos presidenciales<sup>5</sup> que, además de materialmente injustos, resultaban en muchos casos jurídicamente inaceptables al ser decididos con anterioridad a los pronunciamientos judiciales, impidiendo la prosecución y conclusión de los procesos penales.

El tiempo se ocupó devolver un aliento de vida a la Justicia, ya que hacia finales de la década se instalaron los denominados "juicios de la verdad", que no pretendieron llegar a sentencias sancionatorias (relegeadas a partir de la vigencia de las leyes del perdón) sino que tendieron al restablecimiento del derecho a conocer la verdad de los hechos ocurridos.

Posteriormente fueron iniciados diversos juicios por robo y apropiación de niños, hechos no alcanzados por las leyes de obediencia debida y punto final y más adelante se consolidó esta tendencia, al pronunciarse la justicia a favor de la inconstitucionalidad de los indultos y de las citadas leyes "del perdón".

En la actualidad se discute judicialmente la constitucionalidad de la ley 25.779 que declaró la nulidad de ambas normas<sup>6</sup> y se ha avanzado aún más sobre la

---

1 El primer presidente constitucional posterior a la dictadura del '76-'83 asumió el cargo el 10 de diciembre de 1983.

2 ley de obediencia debida y ley de punto final.

3 Sancionada 08/06/87; Publicada 09/06/87.

4 Sancionada el 23/12/86; Publicada 29/12/86.

5 Entre ellos los de los miembros de las Juntas Militares, declarados responsables de crímenes aberrantes.

6 Autos "Incidente de Inconstitucionalidad planteado por el Dr. Florencio Varela", la Cámara Federal de San Martín (Sala I) declaró la inconstitucionalidad de la citada ley, por cuanto "el Congreso puede sancionar, modificar y derogar leyes, pero carece de facultades para anularlas, en tanto el control de constitucionalidad posterior a la sanción de la ley es una de las funciones esenciales del Poder Judicial". El 5 de mayo de 2005, el Procurador General de la Nación, Esteban Righi, dictaminó en dos causas que tramitan por ante la Corte Suprema de Justicia, acerca de la nulidad de las citadas leyes.

Así, el Procurador ante la Corte fundó su dictamen en el entendimiento de que a la época en que aquéllas fueron sancionadas, normas de jerarquía supralegal prohibían el dictado de disposiciones cuyo efecto fuera impedir la investigación y eventual sanción de graves violaciones de los derechos humanos y que, en esa medida, ambas leyes eran, por ese entonces, inconstitucionales. Expresó que "ya en la década de los años setenta, esto es, en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la

inconstitucionalidad de los indultos otorgados a personas declaradas judicialmente responsables de delitos de lesa humanidad<sup>7</sup>.

Asimismo, y a la par de estos hechos que expresan una clara penetración del derecho internacional de los derechos humanos en la práctica judicial, resulta forzoso mencionar dos precedentes que puntualmente sirvieron de sustento lógico a la sentencia que seguidamente comentaremos así como a las que posteriormente se han presentado siguiendo la misma línea lógica-jurídica<sup>8</sup>.

1. En primer término, en el plano regional, lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "Barrios Altos"<sup>9</sup> en el sentido de que "...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. Las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú...".
2. En segundo lugar y en el orden nacional, la decisión de la propia Corte Suprema en la causa "Priebke"<sup>10</sup>, la cual modificó la interpretación del instituto de la prescripción de la acción penal<sup>11</sup> con respecto a la normativa internacional, al admitir la extradición de Erich Priebke para su juzgamiento por hechos calificables por tratados internacionales como "genocidio" y "crímenes de guerra", pero respecto de los cuales, desde la perspectiva del derecho interno, la acción penal se encontraba prescripta. La Corte Suprema hizo lugar a la extradición, por entender que, conforme la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, no resultaban aplicables las reglas de la prescripción de la acción

---

desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (*ius cogens*)” y que “debe concluirse que, ya en el momento de comisión de los hechos, había normas del derecho internacional general, vinculantes para el Estado argentino, que reputaban imprescriptibles los crímenes de lesa humanidad, como la desaparición forzada de personas, y que ellas, en tanto normas integrantes del orden jurídico nacional, importaron –en virtud de las relaciones de jerarquía entre las normas internacionales y las leyes de la Nación (artículo 31 de la Constitución)– una modificación del régimen legal de la prescripción de la acción penal, previsto en los artículos 59 y siguientes del Código Penal”.

7 Recientemente, la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal ha decidido la inconstitucionalidad de los indultos, en autos “Suárez Mason y otros s/ inconstitucionalidad de indultos decreto 1002/89 y 2746/90”

8 Junto a estos antecedentes, cabe agregar, claro está, otros más lejanos en el tiempo pero no menos presentes. Los Tribunales Militares de Nüremberg y Tokio encargados de juzgar crímenes aberrantes contra la humanidad son un ejemplo de ello.

9 CIDH, caso sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C N° 75.

10 (Fallos: 318: 2148).

11 En el derecho interno establecida en el caso "Mirás" (Fallos: 287:76).

previstas en el Código Penal<sup>12</sup>.

Es, en este contexto, preciso resaltar que la decisión de la Corte Suprema que se analiza no constituye un hecho aislado o “asintomático”, sino que expresa la consolidación de una tendencia dirigida a la universalización y consolidación de los principios establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos al interior de los sistemas jurídicos nacionales.

No es aventurado manifestar que la dirección adoptada en este caso, seguirá siendo el “norte” hacia el que apuntarán las futuras sentencias del Tribunal en materia de delitos de lesa humanidad. Esta tesis, tiene coincidencia con el reciente dictamen del Procurado General de la Nación<sup>13</sup> en materia de nulidad de las leyes del perdón.

El desarrollo jurisprudencial descripto indica una clara postura jurídico-política de la República Argentina en materia de delitos de lesa humanidad que, posiblemente, dará lugar todavía a decisiones de alto impacto para la vigencia de los derechos humanos.

### III. Las resoluciones adoptadas:

#### *III. a) Introducción:*

De las cuestiones abordadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dos tienen particular interés y constituyen el hilo argumental del fallo que trataremos, motivo por el cual merecen una especial atención en las líneas que en adelante se esbozan.

La primera de las cuestiones aludidas es la relativa a la tipificación de los hechos ventilados en la causa como “delitos de lesa humanidad”. El hecho de encuadrar las conductas que se debatían en tal calificación fue la llave que permitió encaminar la causa hacia el debate de las consecuencias que sobre ella recaen.

El segundo aspecto que vale la pena abordar está sujeto a la confirmación del primero referido y consiste en la determinación de la prescriptibilidad o no de dichos actos.

En primer término, avanzaremos en una síntesis de cada una de ambas cuestiones, tal como fueran encaradas por el voto mayoritario<sup>14</sup>, para luego profundizar en los puntos esenciales.

#### *III. b) Sentencias inferiores:*

El fallo de primera instancia<sup>15</sup> tuvo por acreditado que el imputado Enrique L. Arancibia Clavel formaba parte de una asociación ilícita, denominada Dirección de Inteligencia Nacional -DINA- dependiente del gobierno de Chile, cuyo objeto consistía

---

12 “Si bien era un trámite de extradición, el principio de doble incriminación obligó a la Corte a determinar si el hecho por el que se le reclamaba era también punible en el derecho nacional, y por lo tanto si estaba o no prescripto para la ley argentina”, confr. Abramovich, Victor, “Los crímenes que el tiempo no exonera”, Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, N° 78, agosto - septiembre, 2004, pág. 14.

13 Ver nota 6.

14 Se denomina voto “mayoritario” al suscripto por el Dr. Eugenio Zaffaroni y la Dra. Highton de Nolasco, aunque los restantes Magistrados que suscribieron la mayoría lo hicieron según su voto.

15 Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal n° 6.

en la persecución de personas exiliadas en la República Argentina, opositoras al Régimen instaurado en el hermano país, teniendo lugar dicha participación entre marzo de 1974 y noviembre de 1978.

De acuerdo a lo expresado en el mencionado fallo, la DINA llevaba a cabo, entre otros hechos, secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de documentos identificatorios y falsificación de los mismos.

La sentencia dictada en esta instancia entendió que la conducta acreditada se adecuaba al tipo penal establecido en el art. 210 bis del Código Penal actualmente vigente<sup>16</sup>, es decir, la figura agravada por los fines subversivos<sup>17</sup>.

Sustanciado el recurso ante la Cámara Nacional de Casación Penal, ésta formuló una calificación diversa a la de la sentencia recurrida, aplicando el tipo penal básico de asociación ilícita (art.210 CP<sup>18</sup>), fundando tal decisión en que la conducta atribuida al imputado “jamás pudo contribuir a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”<sup>19</sup>. En ese orden de cosas y atento a la calificación expuesta, se expidió en el sentido de que la acción penal se encontraba extinguida por el término de prescripción de diez años.

A efectos de fundar el decisorio, la Cámara de Casación procedió a re-examinar la calificación de delito de lesa humanidad que había sido introducida por la querrela y admitido por el juez a quo<sup>20</sup>, negándose a examinar los hechos a la luz

---

16 Reprime más gravemente la asociación ilícita formada, al menos por diez miembros, organización militar, disposición de armas de guerra o explosivos, uno o más miembros oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad, apoyo de funcionarios públicos, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Aplicó este tipo debido a que se trata de un delito permanente y como tal corresponde la tipificación vigente al momento del cese de la conducta (1978), año en que la pena prevista era más gravosa que la actual.

17 “castiga al que toma parte, coopera o ayuda a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que reúna determinadas características. Si bien la acción se amplía con relación a la figura básica, pues se reprime no sólo el tomar parte en la asociación sino también la cooperación o ayuda para su formación o mantenimiento, para la configuración es necesario que concurren los elementos subjetivos y objetivos de la figura básica, con las modalidades de este tipo penal, y los demás elementos que confluyan para su configuración”. Confr. Fontán Balestra, C., actualizado por Ledesma, G., Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, 2003, pág. 711. El artículo expresa “Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características: a) estar integrada por diez o más individuos; b) poseer una organización militar o de tipo militar; c) tener estructura celular; d) disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo; e) operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país; f) estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad; g) tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior; h) recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos”.

18 Figura básica de la asociación ilícita. “La figura se constituye con tres elementos: la acción de tomar parte en una asociación o banda; un determinado número de personas para constituir la asociación; el propósito de todos y cada uno de sus miembros de cometer delitos”. Confr. Fontán Balestra, C., actualizado por Ledesma, G., Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, 2003, pág. 706. El art. Expresa “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”.

19 Confr. surge del voto analizado.

20 La parte querellante sostenía que, al tratarse de un delito de lesa humanidad, el mismo era imprescriptible.

de los principios del derecho internacional. Así, la Cámara desestimó el planteo formulado en torno a la existencia de un delito de esa índole, sosteniendo que se trataba de una simple asociación ilícita.

Lo cierto es que la divergencia respecto a la calificación penal no tenía una significación únicamente técnica, puesto que de ella pendían consecuencias determinantes, en particular la posible apreciación en torno a la existencia y efectos de un crimen contra la humanidad<sup>21</sup>.

No obstante esta cuestión será analizada en detalle en los acápites siguientes, es necesario ahora expresar el rechazo a la posición que sentó el Tribunal de Casación, en el sentido de que lo único que podía imputarse a Enrique Lautaro Arancibia Clavel era haber formado parte de una asociación ilícita, así como respecto a la expresión de que, en cuanto a los crímenes de lesa humanidad, “sólo se cuenta hasta ahora 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”. Ello, como se verá más adelante, es una conclusión que carece de asidero, atento al desarrollo jurídico que ha alcanzado en la actualidad esta cuestión.

### *III. c) Sentencia de la Corte Suprema:*

La Corte Suprema de Justicia se avino a admitir el recurso planteado rebatiendo fundamentos procesales que hubiesen permitido un rechazo in límine de la acción recursiva<sup>22</sup>. Ello es un dato no menor, si se tiene en cuenta que, inclusive, el Procurador General de la Nación, había opinado oportunamente en el sentido de que debía inadmitirse la demanda en base a argumentos netamente formales.

En este sentido, previo al debate de fondo, indicó que aunque el fundamento planteado por la querellante en torno a la imprescriptibilidad de la acción, no había sido mantenido luego en los agravios expresados ante sus estrados, la cuestión debía ser analizada de oficio por revestir el carácter de orden público. Asimismo aseguró que la omisión de su análisis podía comprometer una responsabilidad del Estado concreta frente al sistema jurídico interamericano.

El dato no debe ser soslayado, pues deja atrás fundamentos vanos de orden procesal que muchas veces han importado verdaderas barreras para el debate de cuestiones de grave porte político e institucional cruciales en la construcción del Estado de Derecho.

Una vez saldados estos aspectos, el tribunal se introdujo de lleno a las cuestiones de fondo, mostrando un bagaje argumental sólido para resolver la cuestión debatida, aunque dejando algunos puntos en sombras, lo cual debería ser

---

21 El fallo de corte es elocuente en este sentido. El Juez Maqueda en su voto, manifiesta que ese el punto de partida del cual debe iniciar el análisis de la controversia “porque es a partir de ese umbral de protección de los derechos humanos (el brindado por la CN y los tratados internacionales) que corresponde determinar la vigencia de la petición formulada por la querella”, es decir, la posibilidad de atribuir a la conducta el carácter de crimen contra la humanidad.

22 “Que si bien el agravio relativo a la imprescriptibilidad de las conductas imputadas a Arancibia Clavel, por su calidad de crímenes de lesa humanidad, fue introducido por la querella ante la Cámara de Casación y no fue mantenido explícitamente en esta instancia, corresponde que sea tratado por la Corte toda vez que la prescripción de la acción penal constituye una cuestión de orden público y la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano. Asimismo, cabe señalar que como la sentencia impugnada ha tratado este tema que configura una cuestión federal, resulta inoficioso todo examen respecto de la forma y oportunidad de su introducción y mantenimiento en el proceso (Fallos: 306:1047)” (Considerando 9).

enmendado en futuros fallos. Pasaremos ahora a revisar cada uno de los aspectos neurálgicos de la sentencia.

### *III. c. 1) La calificación de la asociación ilícita:*

A fin de abordar puntualmente la primera cuestión descripta al inicio, tomemos las expresiones de la sentenciante en el sentido de 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. Se pretende dar sustento a tal afirmación en la circunstancia de que el objeto de la sentencia apelada no incluye los delitos que pudieron haber cometido los miembros de la banda -ni siquiera el homicidio de Prats y su esposa, objeto de otro recurso- sino tan sólo la imputación por el art. 210 Cpen., hecho que no estaría comprendido en ninguna de las definiciones de delitos de lesa humanidad que transcribe y a las que califica además de inseguras”<sup>23</sup>.

Evidentemente, el fundamento esbozado por la Cámara era suficientemente débil como para desmoronarse por sí mismo y la Corte fue contundente con respecto a la inconsistencia de tal argumentación, al recordar que nunca estuvo en duda ni fue sometido a discusión, durante la intervención del a quo, el objeto particular que perseguía la asociación ilícita a la que pertenecía el imputado.

Una asociación destinada a perseguir a opositores al régimen “Pinochetista”, que utilizaba procedimientos tales como el homicidio, la desaparición forzada y los tormentos “con la aquiescencia de funcionarios estatales”. ¿Era razonable pretender enajenar a la asociación cuyo objeto consistía en la comisión de delitos de lesa humanidad, de la naturaleza propia de éstos?, y más aun, ¿era jurídicamente viable sustraerse a la interpretación que provenía directamente del derecho internacional vigente?

Esta disquisición pues, hace al fondo de la cuestión debatida y en torno a ella el considerando 13 del voto mayoritario es claro: “no podría sostenerse que si los homicidios, la tortura y los tormentos y la desaparición forzada de personas son delitos de lesa 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”.

La interpretación adoptada por el fallo emana directamente del derecho internacional de los derechos humanos y en particular de disposiciones, precedentes y jurisprudencia internacionales de los cuales, el Tribunal de Casación, se había desentendido o a los cuales, al menos, había subestimado.

1. Los arts. 2 y 3 inc. b) de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio incluye la punición de la "asociación para cometer genocidio".
2. El art. II de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, dispone "Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo 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 conspiran para cometerlos, cualquiera sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración".

---

23 Considerando 10.

3. El art. 7.1, inc. h, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, dispone el carácter de crimen de lesa humanidad respecto de 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 párrafo 3, 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...".

De esta forma, el voto de la mayoría terminó por concluir:

1. "Que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos entre los que debemos contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional" y que,
2. "en consecuencia el formar parte de un grupo dedicado a perpetrar estos hechos, independientemente del rol funcional que se ocupe, también es un crimen contra la humanidad"

### *III.c.2) La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad:*

"...Definido que la asociación ilícita para perpetrar hechos considerados delitos de lesa humanidad también pasa a ser un delito contra la humanidad, resta por verificar si la acción penal se encuentra prescripta o no"<sup>24</sup>.

Previo a comentar las alternativas adoptadas por la Corte, es pertinente hacer un breve comentario conceptual en torno a la legalidad e irretroactividad penal y al derecho de gentes o *ius cogens*, pues en ellos reside el debate de fondo entre la mayoría y la disidencia.

### *III.c.2.1) Los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal:*

Tal como lo señalaba Sebastián Soler en su "Derecho Penal Argentino"<sup>25</sup>, el principio *mullum crimen nulla poena sine lege* del derecho romano, ingresó a nuestra Constitución Nacional a través de la doctrina constitucional de Estados Unidos de Norteamérica y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y es denominado indistintamente como "principio de reserva" o "principio de legalidad". Según el autor, se trata de "un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda hoy ser calificada como jurídica y no como un puro régimen de fuerza".

Los fundamentos que han dado lugar a la vigencia del citado principio, provienen por un lado de circunstancias de carácter histórico y axiológico y por otro derivan directamente de la penetración racional en la construcción jurídica moderna. Es así que, si bien puede verse en el precepto una conquista en el marco de la lucha por el Derecho o por la Justicia, hay que tomar en cuenta más aún el significado de la seguridad jurídica en el proceso de constitucionalización de los Estados

---

24 Considerando 18.

25 Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Editorial TEA, 1994, pág. 136.

contemporáneos. En este sentido, si bien para algunos autores<sup>26</sup> la “legalidad” se trata de un valor en sí mismo y por ello está justificada su exigencia, para otros la razón de ser del instituto es la necesidad de que el derecho prevea la infracción o indique a priori la ley moral que se puede infringir<sup>27</sup>.

Lo cierto es que, más allá de su fundamentación, la Constitución Argentina ha receptado expresamente la figura en su artículo 18, el cual expresa que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. Según María Angélica Gelli, esta norma “constituye una de las máximas garantías de la libertad personal frente al abuso del poder y aun ante los legítimos derechos de la sociedad de defenderse de la acción delictiva”<sup>28</sup>.

Ahora bien, en cuanto al contenido del principio, Bertolino comenta que éste alcanza al delito, al proceso y a la pena<sup>29</sup>, o como más explícitamente enseña Aragonese Alonso<sup>30</sup>, incluye a) la garantía criminal, según la cual no son delitos o faltas más que los hechos definidos como tales en el código; b) la garantía penal, según la cual nadie puede ser castigado por penas diversas a las establecidas en la ley; c) la garantía procesal, según la cual nadie puede ser juzgado sino de conformidad con la ley; y d) la garantía ejecutiva, por la cual las penas establecidas no pueden ejecutarse en otra forma y bajo otras circunstancias o accidentes que las previamente establecidas en las leyes o reglamentos”.

En este marco, podemos observar que el legislador debe prever los elementos que, en definitiva, dan lugar al cuerpo penal fuente de la actividad punitiva: la conducta disvaliosa, la pena prevista y sus modalidades de ejecución, las causas de justificación, la imputabilidad del autor, el tiempo de prescripción de la acción, etc. Todo ello es constitutivo de la legalidad.

Así planteado el concepto, han prevenido los autores penalistas y constitucionalistas, acerca de las diferentes modalidades en que puede presentarse su violación. Los delitos no definidos, los tipos abiertos y la delegación de facultades para la creación de regímenes de “faltas” han sido las formas más comunes en que los Estados han sabido lesionar el principio de reserva penal, pero no los únicos. Existe, además, un íntima conexión entre el principio analizado y el de irretroactividad de la ley, cuya ignorancia conlleva la lesión de la garantía.

En este sentido, manifiesta Soler “tanto da que se castigue a una persona por haber cometido un hecho no específicamente previsto por ninguna figura penal, recurriéndose para ello a lo que dispone otra figura similar (analogía), como que se lo sancione mediante la aplicación retroactiva de una figura específicamente adecuada, pero que en el momento del hecho no estaba vigente (retroactividad)”<sup>31</sup>.

Así, podemos aseverar que el principio de irretroactividad de la norma penal confluye en el principio de legalidad, pues para que la manifestación punitiva sea válida, todos los aspectos que hemos llamado “constitutivos de la legalidad” deben estar previstos con anterioridad al hecho del proceso. Tal es lo que establece con claridad meridiana el artículo 18 de la Constitución Nacional.

---

26 Según Bertolino, el principio de legalidad “ancla en la dimensión axiológica del mundo jurídico” (Bertolino, Pedro, *El Debido Proceso Penal*, Librería Editora Platense, 1986, La plata, Argentina, pág. 68). En el mismo sentido Werner Goldschmidt, lo considera un “valor cultural fabricado” (Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 374).

27 Conf. Rossi y Beccaria, citados en “Soler, Sebastián, Op.cit. pág. 137”.

28 Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 161/2”.

29 Bertolino, Pedro, Op. Cit. pág. 64.

30 Confr. Aragonese Alonso, Pedro, “Instituciones del Derecho Procesal Penal”, Madrid, 1978, V I, pág. 36, citado en “Bertolino, Pedro, Op. Cit. Pág. 65.

31 Soler, Sebastián, Op.cit. pág. 140/1..

A esta altura del desarrollo, podemos advertir cuál es el problema central que debía enfrentarse: la “Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Delitos de Lesa Humanidad” fue ratificada y obtuvo jerarquía constitucional con posterioridad a los hechos del proceso.

¿Cómo punir entonces delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a esa fecha?; ¿Quedarían los mismos impunes a causa de la prescripción?; ¿Debía la Corte optar entre sacrificar el principio de legalidad o permitir la impunidad de actos aberrantes que ofenden a la humanidad en su conjunto? Se hubiera requerido de mucha audacia para tomar una resolución a favor de una de ambas opciones, pero los Magistrados entendieron que en realidad no se encontraban ante un dilema semejante. La estrategia judicial consistió en formular una nueva lectura, si bien “revisonista”, del contenido del derecho penal al momento de la comisión de los hechos investigados, verificando si la tipificación de las acciones y su imprescriptibilidad estaban ya en aquel tiempo previstas. La llave que abrió la puerta a dicha interpretación estaba pues en el texto de la Constitución: el *ius cogens* o derecho de gentes como elemento integrante del sistema jurídico argentino.

### III.c.2.2) El *ius cogens*:

El concepto de *ius cogens* (o derecho de gentes) proviene de una escisión propia del Derecho Romano<sup>32</sup>. En él se preveía un *jus dispositivum*, o derecho sustituible por la voluntad de las partes, y un *jus cogens*, que obligaba a su observancia sin permitir dicha disponibilidad. Se trata, pues, de un conjunto de normas imperativas de carácter internacional que, en consecuencia, no pueden ser inobservadas por normas o por conductas, sin perjuicio de la modificación posterior por otra norma que forme parte del mismo plexo de derecho internacional, es decir por una nueva regla de *ius cogens*.

El concepto fue definido, en el derecho internacional escrito, por el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, el cual expresa: “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”.

Según Travieso “las normas de *ius cogens* se definen por su propio método de producción y por su contenido. La doctrina y la práctica internacional (...) verifican un método de producción suficiente para inscribir en el *ius cogens* a los derechos humanos fundamentales mediando entre ellos una relación de género a especie”<sup>33</sup>. Se trata así, de que los derechos humanos “están” dentro de ese conjunto normativo internacionalmente aceptado. Se encuentran incorporados a esa “realidad del derecho”, sin necesidad ocurrir a justificaciones de tipo suprallegal, como núcleo irreductible, dado que el derecho positivo internacional y la práctica nacional e internacional los ha puesto en ese “lugar” por considerar que sin ellos las sociedades no tienen viabilidad.

Lo cierto es que mucho antes de que en Argentina se hablase de derechos humanos, ya la Constitución Nacional se refería al derecho de gentes. En este sentido, el texto constitucional de 1853, en el artículo 102 (actualmente 118) prescribió que para los casos de delitos cometidos fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, una ley especial establecería el lugar donde se llevaría

---

32 Confr. Travieso, Juan Antonio, “Derechos Humanos y derecho Internacional”, Editorial Heliasta, Bogotá, 1996, pág. 240/1.

33 Travieso, Juan Antonio, Op.cit. pág. 251.

adelante el juicio<sup>34</sup>.

La importancia y el sentido de dicha norma ha provocado grandes diferencias doctrinarias, pues no existe acuerdo acerca de su interpretación. No obstante, queda claro que mediante su mención expresa el constituyente incorporó una vía de apertura supralegal.

Repasados los conceptos anteriores, podemos ahora afirmar que, expresa o implícitamente, los votos mayoritarios se sostienen de éstos para desentrañar la resolución del caso, hallando una base jurídica que les permite eludir el dilema de la retroactividad: lo que hoy está escrito en la "Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Delitos de Lesa Humanidad", ya existía entonces, al momento de la comisión de los hechos investigados. Queda eliminada la necesidad de acudir a una norma posterior a los hechos del proceso, lo que de por sí sería contrario al artículo 18 de la Constitución Nacional.

### *III. c. 2. 3) Imprescriptibilidad:*

El principio de prescripción de la acción penal por el transcurso del tiempo, que como ya hemos mencionado se vincula, en esencia, con el principio de legalidad de la norma penal, queda desvirtuado ante delitos que ofenden al género humano, debido a la magnitud de los mismos y a que su significación social permanece intacta y continúa siendo vivenciada por el colectivo social del país en los que aquéllos han tenido lugar y de los restantes pueblos del mundo.

Asimismo, tal como los mencionan los Dres. Zaffaroni y Highton de Nolasco en el voto de mayoría, la excepción se configura también por el carácter específico de los crímenes de Estado pues, al ser ellos la expresión de la exorbitancia del poder punitivo, el derecho penal es impotente para contener la persecución penal de sus autores. De prescribirse estos crímenes, el derecho "sufriría un grave desmedro ético".

Ahora bien, la "Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Delitos de Lesa Humanidad", adoptada en 1968, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, y aprobada en Argentina por ley 24.584<sup>35</sup> y con jerarquía constitucional por ley 25.778<sup>36</sup>, recoge el principio de imprescriptibilidad de los delitos de esta índole, incorporándolo al derecho escrito, en el marco del denominado bloque de constitucionalidad mediante el procedimiento establecido por el artículo 75 inc. 22 del texto constitucional. Como ya hemos expuesto, la dificultad residía en que su adopción legislativa tuvo lugar con posterioridad a la comisión de los hechos objeto de la causa, determinando que al momento del juzgamiento la Corte tuviese que expedirse acerca de si su aplicación introducía una retroactividad penal en detrimento del imputado<sup>37</sup>.

El fallo expuso la problemática de modo expreso. En este sentido destacó que "El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho (...) que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte", inclusive respecto "del régimen de extinción de la pretensión punitiva"<sup>38</sup>.

La solución plasmada por el voto mayoritario, como ya se ha adelantado, eliminó la hipótesis de la retroactividad. Según manifestó la Corte, la norma suscripta por los Estados y ahora ratificada con rango constitucional por la Nación

---

34 El artículo recepta el principio de extraterritorialidad penal.

35 Sancionada el 01/11/95; Promulgada el 23/11/95.

36 Sancionada el 20/08/03; Promulgada el 02/09/03.

37 Art. 18 CN.

38 Conforme Caso "Mirás" (Fallos 287:76).

Argentina, en realidad viene a “reafirmar” un principio ya instalado desde finales de la década de 1960, constitutiva del “ius cogens” o “derecho de gentes”, concluyendo así:

1. Que al momento de los hechos, el Estado argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad<sup>39</sup>;
2. Que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para la República Argentina como parte de la Comunidad Internacional<sup>40</sup>.
3. Que en consecuencia 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 da una aplicación retroactiva de la Convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino<sup>41</sup>.
4. Que de todo lo anterior se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad<sup>42</sup>.

#### *IV. La “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” y el “ius cogens” como base jurídica de la sentencia:*

Como ya expresáramos, el voto mayoritario resuelve el asunto de la irretroactividad asumiendo que la imprescriptibilidad de esa clase de delitos se encontraba vigente al tiempo de la comisión de los hechos, atento a lo cual “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”.

El desarrollo de los votos de los Dres. Boggiano y Maqueda, va más allá del citado anteriormente y, desde mi punto de vista, imprime un valor agregado a los fundamentos descriptos, ya que permite superar con más nitidez las presuntas contradicciones normativas, al hacer explícito cuál fue el desarrollo de la incorporación de los principios del derecho internacional de los derechos humanos al derecho nacional y las consecuencias de esta penetración.

Según expresa Boggiano, la Constitución Nacional, en el artículo 75 inc. 22, ha formulado una “remisión” a los tratados internacionales que menciona (y a los que a futuro sean incorporados) “en las condiciones de su vigencia”. Es decir que, una vez aprobados y ratificados mediante los procedimientos establecidos, “mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen, (...) tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento”, lo cual implica por “conexidad lógica razonable”, que deben ser aplicados “en Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional, incluyendo, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de Derecho Internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente”<sup>43</sup>.

---

39 Considerando 31. Cita Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert, considerando 88 y siguientes.

40 Considerando 32.

41 Considerando 33.

42 Considerando 34. Cita Fallos: 318: 2148.

43 Confr. Voto del Dr. Boggiano, Considerando 6.

En realidad -razona el Magistrado- de nada serviría la referencia a Tratados que se vieran retaceados por la interpretación basada en el derecho nacional, lo cual provocaría el fraccionamiento hermenéutico de los mismos por la jurisprudencia nacional.

Por otra parte, el mismo artículo ha establecido que la Constitución y los Tratados referidos poseen idéntica jerarquía, pero que los últimos no derogan norma alguna de la parte dogmática de la primera, sino que se entienden complementarios, primando la armonización de sus disposiciones. Por ello, en principio podría descartarse en el plano hermenéutico una contradicción entre Constitución y Tratados Internacionales de jerarquía constitucional.

Ahora bien, ¿es posible que en este caso estuviéramos en cambio ante una contradicción legal en el tiempo? Boggiano vuelve a descartarlo, ya que los principios propios del denominado derecho de gentes o "ius cogens"<sup>44</sup> estaban incorporados a la Constitución Nacional original<sup>45</sup> a través del artículo 102 (actual 118<sup>46</sup>), formando parte de su plexo normativo.

En ese sentido expresa el Juez Maqueda, "...La Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de ese derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente, con el consiguiente deber de su aplicación por los tribunales intervinientes, respecto de los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción. Por consiguiente, 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"<sup>47</sup>

Por ese motivo, en el caso, carece de asidero considerar 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". Más aún, "Cabe reiterar que (...) tal conflicto es sólo aparente, pues las normas de ius cogens que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial"<sup>48</sup>.

---

44 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha definido el ius cogens como derivación de conceptos jurídicos antiguos de "un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir" y como un conjunto de "normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como para proteger la moral pública en sino por la formación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario. Se considera que la violación de esas normas conmueve la conciencia de la humanidad y obliga a diferencia del derecho consuetudinario tradicional a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia (Informe 62/02, caso 12.285 Michael Domínguez v. Estados Unidos del 22 de octubre de 2002; Párrafo 49, con cita de CIDH, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Informe Anual de la CIDH 1987, párrafo 55; Ver Voto Dr. Maqueda quien lo desarrolla en forma detenida).

45 Año 1853.

46 Dispone que los en los casos en que los delitos se cometan fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por ley especial, el lugar en donde deben llevarse los juicios. Expresa el voto de Maqueda que "la especial atención dada al derecho de gentes por la Constitución Nacional de 1853 (...) no puede asimilarse a una mera remisión a un sistema codificado de leyes con sus correspondientes sanciones, pues ello importaría trasladar ponderaciones y métodos de interpretación propios del derecho interno que son inaplicables a un sistema internacional de protección de derechos humanos. En efecto, desde sus mismos orígenes se ha considerado que la admisión de la existencia de los delitos relacionados con el derecho de gentes dependía del consenso de las naciones civilizadas, sin perjuicio, claro está, de las facultades de los diversos estados nacionales de establecer y definir los delitos castigados por aquel derecho".

47 Confr. Considerando 22.

48 Confr. Considerando 30.

#### *V. Disidencias:*

Resta realizar una sucinta reseña de los votos en disidencia. Es preciso aclarar que si bien por la extensión y complejidad de los mismos merecerían, cada uno de ellos, un exhaustivo análisis individualizado, se ha optado por una puntualización de sus argumentos centrales realizada de modo conjunto, debido a que de lo contrario se excedería el objetivo del presente, que consiste en una mirada conceptual a la nueva perspectiva ofrecida por el alto Tribunal.

#### *V.1) argumentos procesales:*

- Plantean las disidencias que las cuestiones introducidas por la querrela (imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y subsunción de la conducta imputada en el tipo penal previsto actualmente en el artículo 210 bis del Código Penal) son ajenas a la vía del artículo 14 de la ley 48<sup>49</sup>.
- Asimismo, exponen que la querrela no mantuvo en la instancia del recurso el agravio relativo a la imprescriptibilidad de la acción con fundamento en la calidad de crimen de lesa humanidad y que 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.

#### *V.2) argumentos de fondo:*

- En cuanto a la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", manifiestan que su aplicación resulta contraria a la proscripción de retroactividad de la ley penal como corolario del principio de legalidad.
- Invocan que no es posible admitir que, en virtud del *ius cogens*, la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad rigiera en la Argentina al tiempo de cometerse los hechos que se pretenden incriminar. En este sentido, refieren: a) que la única alusión de la Constitución al derecho de gentes

---

49 Se refiere a la reglamentación del Recurso Extraordinario, en cuanto establece el requisito de existencia de "cuestión federal". El artículo establece: Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: 1) cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez; 2) cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia; 3) cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio..

es el artículo 118, como regla de competencia judicial, y b) que 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 que estableciera una determinada sanción, o bien la imprescriptibilidad de las sanciones establecidas en la ley local. En igual sentido, refieren que la aplicación de la costumbre internacional contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser "certa", exhaustiva y no general, "stricta", no analógica y "scripta", no consuetudinaria. "Resulta peligroso para la seguridad jurídica y la convivencia internacional -señalan- que se entienda que el ius cogens puede tipificar delitos".

- Por otra parte, agregan que aún cuando pudiera entenderse que el texto de la Convención prevé su aplicación retroactiva, ello resultaría de todas formas contrario al artículo 18 de la Constitución Nacional e inaplicable en virtud del artículo 27<sup>50</sup> del mismo texto legal, el cual determina que los Tratados Internacionales deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución.

#### V. 3) argumentos "obiter dicta":

- Para reforzar la argumentación en disidencia, señalan que la imposibilidad de condenar al imputado Arancibia Clavel por el delito de asociación ilícita simple, en virtud de normas generales de prescripción vigentes al momento de los hechos, no puede equipararse a la "indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad" de la que se da cuenta en "Barrios Altos".
- También aducen que los hechos no podrían generar deberes al Estado respecto a los derechos establecidos en la Convención Americana, toda vez que ocurridos entre los años 1974 y 1978 resultan anteriores a la fecha de ratificación de la Convención y a la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por parte de la República Argentina.
- Finalmente, expresan que las conclusiones a las que se arribó en la causa "Priebke" no pueden extrapolarse al caso ya que lo que allí estaba en tela de juicio era la vigencia de los compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición, verificando si el derecho de permanecer en el país, de conformidad con el artículo 14 de la Constitución Nacional, debía ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada.

#### VI. Conclusiones:

En primer término debemos poner de manifiesto que la sentencia analizada es una decisión fuertemente ideológica y política, sin perjuicio de las interesantes consideraciones jurídicas que explican su desenlace. Y vale la pena destacarlo porque es esa una razón no menor para ejercer una defensa activa de la mayoría.

---

50 "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"

Sincerar este aspecto del decisorio resulta, en ese orden, positivo para su comprensión como “hecho jurídico-político-social”.

A más de lo expuesto, podemos también agregar que durante las últimas dos décadas, un tiempo en que la democracia argentina, con muchas dificultades, ha querido nacer y ser viable, se ha producido un desarrollo jurisprudencial interesante en materia de derechos humanos, del cual forma parte como un peldaño evolutivo la sentencia analizada.

De los fundamentos en disidencia, sin embargo, existe uno que puntualmente empaña la fortaleza de la mayoría. Me refiero a la ausencia de una norma específica que determinase al momento de la comisión de los hechos investigados, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Es cierto que existía un principio de derecho internacional, de *ius cogens*, con ese contenido. Sin embargo ¿era suficiente a los fines de excepcionar el art. 18 de la Constitución Nacional?, ¿Desdibuja tal circunstancia el concepto clásico de legalidad, el cual requiere justamente de precisiones en cuanto a la conducta, la pena, la modalidad de su ejecución y los aspectos relativos a la posibilidad de persecución penal?. Los votos mayoritarios no avanzaron sobre este punto, tal vez porque no hallaron la solución a dicha endeblez. Lo cierto es que las restantes argumentaciones de la disidencia no llegan a alterar en forma contundente el esquema vertebrado por la mayoría, pues permanecen en una zona mucho más abierta a la interpretación.

Más allá de todo esto, hay que aceptar que, en un caso de extremas particularidades, la Corte ha intentado hallar un punto de equilibrio en la confluencia del derecho nacional y del derecho internacional de los derechos humanos, cuyos principios se encuentra fuertemente arraigados al el sistema jurídico de la Nación Argentina.

Por último, este fallo abre también las puertas para repensar la función de la judicatura y especialmente la de los jueces de los tribunales superiores, quienes en el camino de aportar a la construcción de la democracia, se encontrarán muchas veces frente a situaciones de difícil equilibrio en las cuales, es deseable, puedan hallar las soluciones más adecuadas a la protección definitiva de los derechos humanos individuales y colectivos. En este sentido, también hay que llamar a reflexión acerca de la relevancia que tiene, para nuestras debilitadas democracias, definir una posición pública y estatal a favor de la justicia, de la verdad y del destierro de la impunidad en todos sus sentidos.

Un interrogante que queda abierto es el de las futuras consecuencias jurídicas de este fallo. Debemos preguntarnos si la Constitución, la democracia y el Estado de Derecho se han debilitado o si se han fortalecido. Por otra parte podemos hoy pensar sin miedo a equivocarnos en la probabilidad de que la Cámara de Casación Penal y, oportunamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ratifiquen la inconstitucionalidad de los indultos que han favorecido a los autores de estos crímenes contra la humanidad, abriendo un abanico de posibilidades en materia de justiciabilidad de los hechos aberrantes cometidos durante los años de plomo.

Para terminar, una reflexión final. La dinámica jurisprudencial se construye, es cierto, a partir de las voces cotidianas de quienes “dicen -en el sentido más estricto- el derecho”.

Sin embargo, existen intermitentemente en esta evolución, sentencias fundamentales capaces de formular una nueva “forma del pensar jurídico”, del “decir jurídico”; se trata de pronunciamientos que provocan un salto cualitativo del sistema jurídico y aunque poco frecuentes, son las que contribuyen en mayor medida a construir la institucionalidad democrática.

Tal vez nos encontremos frente a un fallo de esas características. Dentro de algunos años, probablemente, sabremos a ciencia cierta si el fallo “Arancibia Clavel” ha dado un paso cualitativo en el derecho argentino, en cuyo caso será un ejemplo a

replicarse en otros países de la Región, que han sufrido las mismas graves dictaduras, los mismos hechos aberrantes, y requieren de nuevos saltos cualitativos en materia de justicia y de justiciabilidad.