

Los Derecho Humanos como política de Estado (1983-2013).
Primera parte: Evolución de la punición de los delitos de lesa humanidad.



Doctor Pascual Eduardo Alferillo

Revista “De lege Ferenda”, Facultad de Ciencias Sociales FACSOS, Univ. Nac. de San Juan, Año II N° 2 San Juan – Argentina – 2015, p. 15.

Abstrat

En el presente trabajo se hace un análisis de la evolución histórica de la punición de los delitos de lesa humanidad adoptando como punto de partida el retorno del gobierno democrático en el año 1983. El mismo se formula destacando el contexto en que fueron dictadas las diferentes normas que regulaban el tema y la hermenéutica que realizó de ellas la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Este trabajo forma parte de una investigación que trata de demostrar que los Derechos Humanos ha sido política de Estado de los distintos gobiernos democráticos, lo cual queda demostrado cuando se analiza la influencia sobre el Derecho Civil, Penal y Laboral.

1. Palabras preliminares.

Dentro de las Ciencias Sociales, el Derecho, como sistema de normas coercibles destinado a reglar la vida en relación de los hombres, tiene trascendencia suma al momento de hacer un balance histórico para discernir el direccionamiento adoptado por una sociedad, pues la norma jurídica es la expresión de voluntad de la comunidad emitida a través de los mecanismos legislativos que ella misma ha previsto. En otras palabras, es la cristalización de las aspiraciones sociales.

Por ello, la interrupción del sistema democrático previsto en sus cartas constituyentes, muy común en países subdesarrollados, se erige en un punto de desacople, dado que los gobiernos de impuestos por la fuerza entorpecen la natural evolución jurídica de una sociedad. Ello por cuanto, al ser una expresión de mando fáctico, de hecho, no responden técnicamente a la expresión ni al deseo del conjunto social, sino al interés sectorial que representan.

Es en ese tiempo irregular de la vida de un país con experiencia antidemocrática cuando se produce la falta de legitimación democrática de las decisiones normativas que se adoptan, a pesar que la Corte de Justicia convalido su vigencia por primera vez en el año 6 de setiembre de 1930 en el fallo 158:290 al declarar mediante acordada la

imposibilidad de discutir la función administrativa y política ejercida por la posesión de la fuerza como resorte de orden y seguridad social¹.

Sin duda, la recuperación del sistema democrático, es el punto inicial para comenzar a restaurar la legitimación del plexo legal que regla la vida de la comunidad en todos sus órdenes.

Ello aconteció en la República Argentina, por última vez, en el año 1983 y es desde ese instante que se pusieron en marcha los mecanismos previstos en la Constitución Nacional para la sanción de nuevas leyes que procuraremos examinar, desde una macro óptica, mirando los hitos normativos más importantes, para discernir cual es la línea directriz que ha adoptado la sociedad argentina para el convivir de sus integrantes en una comunidad organizada.

Anticipando la metodología expositiva, entendemos que la Reforma introducida a la Constitución Nacional en el año 1994, es la referencia que marca la división entre la etapa en la cual se procuraba denodadamente consolidar el sistema democrático con la época de profundización del estilo de vida pluralista. Dentro de la segunda etapa, se observa que adquiere una relevancia especial la ratificación por parte de la República Argentina del "Estatuto de Roma" adoptado el 17 de julio de 1998 mediante el dictado de la ley N° 25.390 del 23 de enero de 2001 que al prever la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad facilito el juzgamiento de quienes habían incurrido en esas conductas reprochadas por la sociedad.

A partir de ello, brevemente se hará referencia a las normas señeras, tanto del derecho público como del privado que se han constituido en paradigmas del tiempo histórico en que fueron sancionadas y a la par de transcribirá la doctrina de los principales pronunciamientos dicados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que es el órgano jurisdiccional que fija la definitiva interpretación de las normas.

El desarrollo de esas vicisitudes sociales y jurídicas, se da casi en paralelo con la vida institucional de nuestra Universidad Nacional de San Juan que nació en 1973, a quién tributamos estas reflexiones con la aspiración de que sea un impulso más en pos de lograr un gran centro de investigación al servicio de la evolución del ser humano.

2. Primera etapa: la transición en procura de consolidar el sistema democrático.

La primera etapa se caracterizará por ser la transición de un gobierno de facto sustentado en el poder militar a la vida institucional fundamentada en el pleno imperio de la Constitución Nacional.

Por cierto, es de conocimiento general que la transferencia del poder real siempre es una cuestión compleja, dado que en la mayoría de los casos no existe voluntarismo sino por el contrario los espacios de mando social se ganan y pierden conforme sea el accionar de cada parte implicada en la puja.

Esta confrontación de intereses fue la característica de esta primera etapa, en la cual se enfrentó el poder militar que había sido desplazado del gobierno con la autoridad civil que se encontraba al frente de las instituciones del país.

¹ CSJN, "Lopardo Petrucci de Amoroso Copello, Aída Esther c/ Amoroso Copello, Mario Jorge. Salcedo, Guillermo c/ Panadería La Unión", 1959, T. 243, P. 265. En este fallo se dijo que "*La manifestación "de puro contenido declarativo" del art. 1° de la ley 14.467, en el sentido de que "continúan en vigencia los decretos leyes dictados por el Gobierno Provisional", sin adicionar acto alguno de ratificación o convalidación con efecto retroactivo, importa aceptar inequívocamente que tales decretos - leyes tuvieron, antes de la referida ley, la fuerza imperativa que ella les reconoce*".

2.1. Desarrollo de la punición de los delitos de lesa humanidad.

2.1.1. Principales normas sancionadas.

La sanción de las normas de orden público que procuraban reglamentar la relación del poder militar en su reinserción a la vida democrática, adquirieron un especial protagonismo a partir de la idea central del gobierno civil en turno de esclarecer las responsabilidades por la desaparición de personas acaecidas durante el gobierno de facto.

Así cabe recordar que para enjuiciar a las Juntas Militares que habían gobernado desde 1976 a 1983 se adoptó como soporte acusatorio las investigaciones realizadas por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) que fue creada por Decreto P.E.N. N° 187/83 de fecha 15 de diciembre de 1983, cuyas conclusiones fueron publicado bajo el título de “Nunca Más”.

El proceso fue instruido originalmente por el Consejo Suprema de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto P.E.N. n° 158/83 y Juzgado por la Cámara Federal que dicta sentencia contra las Juntas Militares en la causa 13/84 en fecha 9 de diciembre de 1985²

Luego de dictado el precitado fallo condenatorio por homicidio, privación ilegítima de la libertad y aplicación de tormentos a detenidos, se procuró concluir con esta etapa de punición del accionar del gobierno de facto, promoviendo la sanción de la Ley 23.492 (B.O. 29/12/1986) denominada de “Punto Final”.

En ella, se estableció la extinción de la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos en los cuales resulten imputables el personal militar de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de seguridad, policial y penitenciario bajo control operacional de las Fuerzas Armadas que actuaron desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo (art. 10 de la Ley 23.049). Ello bajo la condición de que no estuvieren prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley.

La estabilidad política que se procuraba no se obtuvo y, por el contrario, en el año 1987 se produjeron amotinamientos militares los cuales requerían el cese de las campañas de agresión contra las Fuerzas Armadas, un aumento de presupuesto y la elección de un nuevo Jefe del Estado Mayor del Ejército y la exculpación de todos los que estaban participando en los hechos.

A consecuencia del mismo, se sancionó la Ley 23.521 (B.O. 8/6/1987) denominada de “Obediencia Debida”, en la cual se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la Ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta

² <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13/index.html>

días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes.

Ello se justifica por cuanto se consideraba (de pleno derecho) que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

Se dejó fuera de su alcance a los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extensiva de inmuebles.

Finalmente, amerita ser recordada la Ley 23.554 (B.O. 5/5/1988) denominada de Defensa Nacional en la cual se establecieron las bases jurídicas, orgánicas y funcionales fundamentales para la preparación, ejecución y control de la defensa nacional, sobre la base de tener en cuenta la diferencia fundamental que separa a la defensa nacional de la seguridad interior.

2.1.2. La doctrina de la Corte de Justicia de la Nación.

En el largo camino transitado por la Corte de Justicia de la Nación en el juzgamiento de los crímenes calificados como de lesa humanidad, de igual modo, se advierte la influencia de las circunstancias políticas sociales imperantes en el momento del dictado de los fallos.

Así en esta primera etapa, en la cual se procuraba sentar las bases para la consolidación del sistema democrático, se dictó sentencia en el caso “Camps, Ramón Juan A. y otros”³ en la cual se dictaminó que la anulación de la ley de autoamnistía (N° 22.924) con efecto retroactivo, consagrada por la ley N° 23.040, es constitucional (punto 5 de la resolución del fallo) porque resulta válida a la luz de las disposiciones del artículo 3 del Código Civil, ya que no ha existido una inadmisibles intromisión en facultades propias del Poder Judicial —en tanto el Congreso efectuó una valoración pormenorizada de las circunstancias en que se dictó la norma de facto, y buscó privarla de toda eficacia—, ni se ha verificado una violación al artículo 18 de la Constitución Nacional —principio de la ley penal más benigna—, ni al principio de cosa juzgada, ni al derecho de propiedad, puesto que se ha limitado a derogar una norma que excusaba delitos anteriores, restableciendo el sistema vigente.

De igual modo se juzgó que la ley de obediencia debida (23.521) es constitucional puesto que el Poder Legislativo puede, en virtud del artículo 67 incisos 11 y 28 (29) de la Constitución Nacional, establecer una causa objetiva de exclusión de pena que funciona como excusa absoluta y aparta toda consideración sobre la culpabilidad del agente en la comisión de los delitos atribuidos.⁴

³ CSJN, “Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional - Camps, Ramón Juan Alberto y otro, 22/06/1987 - Fallos: 310:1162. Voto José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos Fayt (por su voto), Enrique Santiago Petracchi (en disidencia), y José Antonio Bacqué (disidencia con los puntos 1,2 y 5 de la resolución). <http://www.csjn.gov.ar/>

⁴ CSJN, C. 547. XXI.; “Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional - Camps, Ramón Juan Alberto y otros”, 22/06/1987, T. 310, P. 1162. En el fallo se dijo que “la ley 23.521 ha establecido una causa objetiva de exclusión de pena que funciona como excusa absoluta y aparta toda consideración sobre la culpabilidad del agente en la comisión de los delitos atribuidos que continúan siendo tales. Esa potestad proviene del art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional en relación con el inc. 28, en cuanto faculta al Congreso de la Nación para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes a fin de poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación”; “se debe declarar constitucional la ley 23.521, habida cuenta de que la evaluación de la convención o eficacia de los medios arbitrados por el legislador para lograr los fines por él propuestos, es materia ajena al Poder Judicial, que juzga solamente la razonabilidad de

En función de ello, son punibles los hechos cometidos por los oficiales superiores que hubieran revistado a la época de los sucesos como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, o por aquéllos que, aun cuando no desempeñasen tales funciones, hubieran tenido capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes ilícitas.⁵

Por su parte, del caso “Hagelin, Ragnar” cabe citar que el Máximo Tribunal Federal sostuvo que *“resultan inoperantes los agravios fundados en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad adoptada por la XXIII Reunión General de las Naciones Unidas el 23 de noviembre de 1968, por carecer de apoyo legal, habida cuenta de que la República Argentina no prestó su adhesión a aquélla, ni tampoco la ratificó”*⁶.

En cuanto a la legitimación de los particulares para participar de los procesos, el voto de Maqueda marcó que *“independientemente de la actividad penal que le incumbe al Estado para continuar las investigaciones acerca del destino de las personas desaparecidas, cabe reconocer el derecho de las personas unidas por lazos familiares a conocer la suerte corrida por aquéllas”*⁷.

Este magistrado dejó sentado pautas trascendentes respecto de la hermenéutica del contenido de los Tratados en el derecho interno. Así fijó que *“la jurisprudencia de la Corte Interamericana pronunciada en causas en las que son parte otros Estados miembros de la convención constituye una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”* y que *“los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno armonizadas con aquéllas”*.⁸

En el caso “Escuela de Mecánica de la Armada”⁹ ratificó los criterios anteriormente expuestos precisando que el concepto de “capacidad decisoria” empleado por el artículo 1º de la ley de obediencia debida (23.521) está vinculado a la facultad de los oficiales de las fuerzas armadas que pudieron elaborar y decidir, autónomamente, directivas que significasen una contribución a las ordenadas por sus superiores.

dichos medios, esto es, si son proporcionados a los fines, y si media o no restricción constitucional a los derechos individuales” (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

⁵ CSJN, C. 547. XXI.; “Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional - Camps, Ramón Juan Alberto y otros”, 22/06/1987, T. 310, P. 1162. Se expreso: Por su parte: *“La facultad de conceder amnistías generales, establecida en el art. 67, inc. 17 in fine, de la Constitución Nacional ha sido condicionada por el constituyente por el sólo límite de la generalidad, el que debe considerarse satisfecho en tanto las normas fundadas en ella se extiendan a todos los individuos que se hallan en idéntica situación. Ese requisito es cumplido por el art. 1º de la ley 23.521, pues ella alcanza a todos los que han poseído los grados que señala o cumplido las funciones que allí se describen”* (Voto del Dr. Carlos S. Fayt)

⁶ CSJN, “Hagelin, Ragnar s/ denuncia c/ Tte. de navío Alfredo Ignacio Astiz”, 25/02/1988 — Fallos: 311:175

⁷ CSJN, “Hagelin, Ragnar...”, cit., voto del Dr. Juan Carlos Maqueda.

⁸ Idém.

⁹ CSJN, “ESMA Hechos que se denunciaron como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada”, 29/03/88 — Fallos: 311:401.

A su vez, en el fallo “Priebke, Erich”¹⁰ la Corte Federal fijo que para la calificación de los delitos contra la humanidad depende de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional y que conforme el *ius cogens*, los delitos de lesa humanidad resultan imprescriptibles.

Al respecto en este fallo sostuvo que *“la Corte debe velar porque la buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes de derecho internacional no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos: preámbulo y art. 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas, art.5º, incs. b y c de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”*¹¹.

A partir de ello, se determinó para conceder la extradición que *“el asesinato de 335 personas integrantes de la población civil y prisioneros de guerra, con métodos de inusitada crueldad y con elementos de selección reñidos de odio racial y desprecio por el ser humano, no sólo se consideran crímenes de guerra sino que pueden concurrir, real o idealmente, con crímenes contra la humanidad”*¹².

Con relación a los delitos de sustracción de menores, en el caso “Guarino, Mirta Liliana”¹³, se explicó que la extracción compulsiva de sangre de un menor víctima de un delito de acción pública, a los fines de la producción del examen hematológico de histocompatibilidad genética en miras a la tutela de su derecho a la identidad, no implica la afectación de sus derechos fundamentales —como la vida, salud, integridad, principio de inocencia y derecho a disponer de su propio cuerpo— y resulta acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849.

En otras palabras, para la Corte, la extracción compulsiva de sangre de un menor resulta el medio idóneo para la eficaz solución de un proceso penal donde se investiga la posible comisión de los delitos de sustracción, retención y ocultamiento de su identidad, puesto que, si se realiza por medios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen.

Así es expresado por la Corte Federal al expresar que *“la realización de la prueba de histocompatibilidad - cuando está en juego la identidad de un menor - no afecta derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen”*, en otras palabras, *“al no afectar la extracción de sangre dispuesta ninguna garantía constitucional, negar su cumplimiento importaría desconocer lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849 e incorporada a la Carta Magna en el art. 75, inc. 22 por la reforma del año 1994, lo que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos”*¹⁴.

¹⁰ CSJN, “Priebke, Erich s/ solicitud de extradición — Causa N° 16.063/94”, 2/11/1995 — Fallos: 318:2148.

¹¹ CSJN, íbidem.

¹² CSJN, “Priebke, Erich...”, cit., voto de los Dres. Julio S. Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor.

¹³ CSJN, G 449 XXXI; “Guarino, Mirta Liliana s/ querella”, 27/12/1996, T. 319, P. 3370.

¹⁴ CSJN, íbidem.

En cambio, este criterio es modificado parcialmente cuando se trata de una persona mayor de edad, en el caso “Vázquez Ferra, Evelin Karina”¹⁵ donde se dijo que en un proceso de naturaleza penal, reviste validez la negativa de la persona mayor de edad a prestarse a que su cuerpo, o elementos de éste, sean utilizados para extraer elementos de prueba que posibiliten la condena de personas con las que posee lazos afectivos familiares, en virtud del derecho a la intimidad, máxime cuando la averiguación sólo traería un conocimiento que sería “meramente complementario” (art. 19 Constitución Nacional). Es decir, forzar a una persona a admitir el examen de sangre resultaría violatorio de sentimientos y consecuentemente del derecho a la intimidad, a más de constituir una verdadera aberración la realización por medio de la fuerza de la extracción a la cual se niega.

El término del tribunal se apuntó que *“sin perjuicio que la extracción de sangre a la presunta víctima- mayor de edad - de los delitos de sustracción de menores y supresión de estado civil confirmaría a la querellante -que cree ser abuela de aquélla- si su penosa búsqueda ha finalizado, su interés debe ceder, pues sólo podría ser satisfecho mediante un intenso ejercicio de violencia estatal sobre el cuerpo de la recurrente, que lesionaría el derecho a la intimidad que el art. 19 de la Constitución Nacional le reconoce”*. Por ello se resolvió *“cabe revocar la resolución que dispuso la extracción compulsiva de sangre a una persona mayor de edad, presunta víctima de los delitos de sustracción de menores y supresión de estado civil -acaecidos durante el denominado Proceso de Reorganización Nacional-, para someterla a una prueba hemática a los fines de determinar su verdadera identidad, pues, resulta violatoria de respetables sentimientos y consecuentemente del derecho a la intimidad asegurado por el art. 19 de la Constitución”¹⁶*.

3. Periodo de consolidación de la democracia.

3.1. Profundización de la punición de los delitos de lesa humanidad.

3.1.1. Principales normas sancionadas.

En la etapa post reforma constitucional, sobresale por su importancia institucional el contenido de las Leyes 25.778¹⁷ y 25.779¹⁸ (B.O. 03/09/2003).

En la primera de ellas, se otorgaba jerarquía constitucional a la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones

¹⁵ CSJN, V. 356. XXXVI; REX, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación”, 30/09/2003, Fallos: 326:3758.

¹⁶ CSJN, ibídem, del voto de los doctores Petracchi y Moliné O'Connor.

¹⁷ Ley 25.778, Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Otórgase jerarquía constitucional a la mencionada convención, adoptada por la asamblea general de la organización de las naciones unidas. Sancionada: agosto 20 de 2003. Promulgada: septiembre 2 de 2003. [Http://infoleg.mecon.gov.ar/infoleginternet/anexos/85000-89999/88138/norma.htm](http://infoleg.mecon.gov.ar/infoleginternet/anexos/85000-89999/88138/norma.htm). Texto: Artículo 1º — “Otórgase jerarquía constitucional a la "convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad", adoptada por la asamblea general de la organización de las naciones unidas, el 26 de noviembre de 1968 y aprobada por la ley 24.584”.

¹⁸ Ley 25779, “Declarase la nulidad de leyes de obediencia debida”, Publicada en el Boletín Oficial del 03-sep-2003 número: 30226 página: 1. Resumen: Declaranse insanablemente nulas las leyes nros. 23.492 y 23.521

Unidas, el 26 de noviembre de 1968 y aprobada por la Ley 24.584. De esta forma, esta norma internacional se insertaba en el plexo nacional en su máximo rango.

Y en la segunda norma, se declararon insanablemente nulas las Leyes 23.492¹⁹ y 23.521²⁰.

Sin duda la notable y sin precedente declaración de nulidad absoluta realizada por el Congreso Nacional respecto de leyes dictadas por el mismo cuerpo, abrió de par en par las puertas de los tribunales para el juzgamiento sin limitación alguna de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el proceso de facto.

El punto de conflicto de opinión se ubica en aceptar la posibilidad de que sea el propio poder legisferante el que declare la nulidad cuando ella debió ser realizada por el poder judicial. De ahí la importancia de conocer la doctrina de la Corte de Justicia cuando analiza el contenido de la normativa dictada.

3.1.2. La doctrina de la Corte Federal antes de la sanción de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

3.1.2.1. Los primeros avances.

Sin perjuicio de ello, ya la Corte de Justicia de la Nación había expresa que *“a los efectos de determinar si la ley 24.390 armoniza con el art. 7º, inc. 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulta de significativa importancia la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al fijar las pautas a tener en cuenta al reglamentar el “plazo razonable de detención sin juzgamiento”²¹”*.

Sin lugar a hesitación este fallo y los que se transcribirán fueron marcando la vanguardia en el tema y, a la par, generando la necesidad legislativa de consagrar en norma positiva nacional la derogación de leyes de obediencia debida, delimitación de responsabilidades por el rango y fundamentalmente la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad que en el punto anterior se hizo referencia.

Entre los principales pronunciamientos de la Corte Federal, se puede citar la doctrina plasmada cuando se expuso que *“la desaparición forzada de personas constituye no sólo un atentado contra el derecho a la vida sino también un crimen contra la humanidad”²²”*.

De igual modo, se dejó sentado que *“de los tratados sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional surgen como derechos inalienables reconocidos a toda persona acusada de un delito, los de hallarse presente en el proceso, defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección - no por*

¹⁹ Ley 23492, “Extinción de acciones penales a fuerzas armadas”, Publicada en el Boletín Oficial del 29-dic-1986 Número: 26058. Resumen: Se dispone la extinción de acciones penales por presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la ley 23049 y por aquellos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política. Excepciones. (ley de punto final). Observaciones: norma abrogada por ley 24.952 BO 17/4/98 - norma anulada por ley 25.779. Norma abrogada por ley 24.952 BO 17/4/98 - norma anulada por Ley 25.779.

²⁰ Ley 23521, “Fuerzas armadas - delimita alcances del deber de obediencia debida”, publicada en el boletín oficial del 09-jun 1987 número: 26155. Resumen: Delimitación prevista en los alcances del deber de obediencia debida, se fijan límites al sistema de enjuiciamiento dispuesto por el art. 10 de la ley nº 23.049. Observaciones: Abrogada por art. 2º de la ley nº 24.952 y declarada insanablemente nula por art. 1º de la ley nº 25.779.

²¹ CSJN, B. 851. XXXI.; “Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación - causa nº 44.891”, 12/09/1996, T. 319, P. 1840.

²² CSJN, S 1085 XXXI.; “Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc.”, 13/08/1998, T. 321, P. 2031. Disidencia del Dr. Antonio Boggiano.

uno designado ad hoc - , y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (arts. 14 inc. 3 ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 inc. 2 apartados c y d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³”.

En el caso “Urteaga...” se introduce el tema del “ius cogens” cuando se resuelve que “los Convenios de Ginebra de 1949 tienen tanto un carácter consuetudinario como convencional ya que en gran medida expresan los principios generales básicos del derecho internacional humanitario y, junto con los protocolos adicionales de 1977 que los complementan, constituyen el reflejo del máximo desarrollo progresivo experimentado por el derecho humanitario en el ámbito internacional convencional²⁴”.

En el mismo fallo otros magistrados entendieron que “la desaparición forzada de personas constituye no sólo un atentado contra el derecho a la vida sino también un crimen contra la humanidad²⁵” y que “el derecho a conocer el destino de aquellas personas con las que existen vínculos familiares, es admitido incluso en los supuestos de conflictos bélicos internacionales²⁶”.

Estas interpretaciones relacionadas con la aplicación de normativa supranacional relacionada con los Derechos Humanos, era posible porque la Corte Federal entendió que “como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde - en la medida de su jurisdicción aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional²⁷” y que “en su elevada misión de administrar justicia, debe seguir velando por la vigencia efectiva de los derechos fundamentales²⁸”.

Sin lugar a hesitación, estas interpretaciones construyeron la base doctrinaria para la sanción en septiembre de 2003 de las leyes 25.778 y 25.779 referencias anteriormente.

3.1.2.2. Profundización de la operatividad interna de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos.

En los primeros dos años de la elevación a rango constitucional de los Tratados sobre los Derechos Humanos incorporados por el art. 75 inc. 22 C.N., la doctrina de la Corte Federal solo incipientemente fue recepcionando el contenido de los mismos en

²³ CSJN, C 1292 XXVIII; “Cauchi, Augusto s/ extradición”, 13/08/1998, T. 321, P. 1928. (Voto del Dr. Eduardo Moliné O'Connor)

²⁴ CSJN, U 14 XXXIII; “Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. - s/ amparo ley 16.986”, 15/10/1998, T. 321, P. 2767. Votos de los Dres. Augusto César Belluscio y Guillermo A. F. López y del Dr. Gustavo A. Bossert. Estos magistrados completan su pensamiento sosteniendo que “los principios del derecho humanitario consagrados por el derecho internacional convencional pueden aplicarse en los enfrentamientos armados de cualquier índole que puedan producirse en el orden interno de los países, ya que las obligaciones reseñadas constituyen la consagración de principios generales del derecho que no tienen por qué quedar limitadas al derecho internacional”

²⁵ CSJN, “Urteaga, ...”, cit. Voto del Dr. Antonio Boggiano.

²⁶ CSJN, “Urteaga,”, cit. Voto del Dr. Gustavo A. Bossert.

²⁷ CSJN, G 342 XXVI; “Girolidi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93”, 07/04/1995, T. 318, P. 514. También se fijó que “para la Corte Interamericana “garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención”.

²⁸ CSJN, N. 1. XXXI.; “Nardelli, Pietro Antonio s/ extradición”, 05/11/1996, T. 319, P. 2557; ED. 27-8-97, nro. 48.116. Voto de los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert.

sus fallos, pero indudablemente, con el correr del tiempo se va esclareciendo cual es la real dimensión e influencia de los tratados sobre el derecho interno.

En ese sentido advertimos que existe un periodo anterior a la sanción de la ley que declaró la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad donde se profundiza la operatividad de las normas contenidas en los Tratados a pesar de mantenerse criterios reticentes en algunos ministros de la Corte.

a) Interpretaciones reticentes.

En el caso “Acosta...”, la mayoría expuso un criterio reticente que *“la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación²⁹”*.

En otras palabras, *“la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repute, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales - equiparable al recurso de revisión -, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional³⁰”*.

De igual modo, se sostuvo que *“si bien por principio de buena fe rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse de aquellas decisiones vinculadas para el Poder Judicial³¹”*.

El criterio de no receptibilidad, de igual modo, fue fijado en el caso “Felicetti...”, donde se plasmó que *“la protección de los derechos humanos se puede concretar mediante la reforma de las normas constitucionales o legales que aseguran su respeto, pero nunca mediante actos que impliquen la violación del orden jurídico interno”, pues “si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse de decisiones vinculantes para el Poder Judicial³²”*.

Por ello, se entendía que *“la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repute, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales -equiparable al recurso de revisión-, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto*

²⁹ CSJN, A 61 XXXIV; “Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus”, 22/12/1998, T. 321, P. 3555.

³⁰ CSJN, ibídem.

³¹ CSJN, “Acosta, ...”, cit.

³² CSJN, F. 787. XXXVI.; “Felicetti, Roberto y otros (La Tablada)”, 21/12/2000, T. 323, P. 4130, JA. 07-02-01.

ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional³³”.

b) Interpretaciones receptoras.

En el caso “Acosta...” del año 1998, la minoría compuesta por los magistrados Antonio Boggiano y Gustavo A. Bossert, comenzó a elaborar una doctrina más abierta respecto de la operatividad interna de los Tratados Internacionales cuando dijeron que *“tanto de los términos expresos del pacto como de su contexto, se desprende que cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha querido asignar carácter obligatorio a las decisiones emanadas de sus órganos de aplicación lo hizo en forma explícita.”*³⁴

Sin perjuicio de ello, se entendió que *“por aplicación del principio de buena fe, que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales y en virtud de la calidad de los argumentos y la autoridad de quien emanan, debe considerarse a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formulados en el marco del art. 51 del Pacto de San José de Costa Rica como una inestimable fuente de hermenéutica en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos”*³⁵.

De este voto minoritario, la parte trascendente se focaliza en el modo como se deben interpretar las normas de los Tratados Internacionales. Así se dijo que *“los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formulados en el marco del art. 51 del Pacto de San José de Costa Rica, constituyen un criterio valioso de interpretación de las cláusulas convencionales en la materia”* por cuanto *“el criterio jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”*³⁶.

En otras palabras, *“más allá de que los jueces de un Estado parte no están obligados a ceñir sus decisiones a lo establecido en los informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, existe el deber de tomar en consideración su contenido”* dado que *“como fuente de derecho, los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros, que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el derecho interno con miras a armonizarlas en todo lo posible con aquellos criterios establecidos por la comisión”*³⁷.

En síntesis, *“frente a informes o recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero están obligados a atender a su contenido con el fin de procurar la protección de los derechos humanos involucrados, pues en esta materia la reglamentación legislativa no es requisito indispensable”*³⁸.

³³ CSJN, F. 787. XXXVI.; “Felicetti, Roberto y otros (La Tablada)”, 21/12/2000, T. 323, P. 4130, JA. 07-02-01.

³⁴ CSJN, “Acosta, ...”, cit. Voto de los Dres. Antonio Boggiano y Gustavo A. Bossert.

³⁵ CSJN, ibídem.

³⁶ CSJN, “Acosta, ...”, cit. Voto de los Dres. Antonio Boggiano y Gustavo A. Bossert.

³⁷ CSJN, ibídem.

³⁸ CSJN, “Acosta, ...”, cit. Voto de los Dres. Antonio Boggiano y Gustavo A. Bossert. En este fallo el magistrado Enrique Santiago Petracchi, en disidencia dijo que *“establecido que los términos y alcances del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no dan fundamento a lo peticionado por los apelantes, resulta innecesario expedirse sobre la cuestión del grado de obligatoriedad que tienen las recomendaciones de ese órgano del sistema interamericano”*.

En el año 2000 en el caso “Fabroccino...”, la disidencia sostuvo que *“la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos constituye una valiosa pauta de hermenéutica para determinar el alcance de los derechos y garantías consagrados en los tratados internacionales de extradición.”*³⁹

En ese mismo año se verifica una opinión de apertura de Petracchi cuando en el caso “Boico...”, dijo que *“más allá del carácter no vinculante para el Estado Argentino del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el principio de la buena fe obliga a tener en cuenta su contenido”*⁴⁰.

En igual tiempo la Corte Federal deja como expresión señera en el caso “Vukic...” que *“del texto del art. 8º, inc. 1º de la Convención Americana se desprende que no requiere una reglamentación interna ulterior para ser aplicada a las controversias judiciales”*⁴¹.

En las postrimerías de ese año, la disidencia de Fayt indicó que *“la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó el alcance del art. 1 de la Convención, señalando que los Estados parte deben no solamente respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino además garantizar su pleno y libre ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción y “garantizar” implica el deber del Estado -entendiendo por tal todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público- de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”*⁴².

Por su parte, Boggiano critica la solución a favor de los tratados cuando señala que *“la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 55/97 acerca de que el Estado Argentino debe “hacer plenamente efectiva, en lo sucesivo, la garantía judicial del derecho de apelación a las personas procesadas bajo la ley 23.077” resulta una ilegítima restricción del derecho consagrado en el art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica, incompatible con la jerarquía constitucional de que ahora goza en el país (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional)”*⁴³.

En cambio, Bossert da una interpretación especial al decir que *“la nota de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dirigida al Estado Nacional y en la que se reitera la exigencia de la aplicación de la garantía de recurrir con expresa referencia a los condenados en la causa exige apartarse de la posible interpretación gramatical de la expresión “en lo sucesivo” contenida en el Informe 55/97, que conduciría a una conclusión exactamente contraria al contenido de dicha Nota que, de este modo, esclarece definitivamente el sentido de las Recomendaciones del Informe 55/97”*⁴⁴.

³⁹ CSJN, F. 80 XXXV.; “Fabroccino, Mario s/ pedido de extradición”, 21/11/2000, T. 323, P. 3699, J.A. 16-01-2001. Disidencia de los Dres. Julio S. Nazareno, Antonio Boggiano y Guillermo A. F. López.

⁴⁰ CSJN, B. 1311 XXXVI.; “Boico, Roberto José s/ denuncia de hábeas corpus (La Tablada)”, 12/12/2000, T. 323, P. 4008. Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi.

⁴¹ CSJN, V 209 XXXV.; “Vukic, Juana e Hilaria Vallejos de Morante c/ Banco de la Nación s/ acción de amparo”, 25/04/2000, T. 323, P. 809, LL. 27-04-01, nro. 101.899. Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt

⁴² CSJN, “Felicetti, ...” cit. Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt. Este Ministro completó su pensamiento diciendo que *“Más allá del contenido de la recomendación 55/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la razón por la cual se admite la pretensión del Estado Nacional de conceder el recurso de revisión obedece a la comprobación de la violación de la garantía prevista en el art. 8, inc. 2, h) del Pacto de San José de Costa Rica”* y que *“si bien en la recomendación 55/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se aconseja un temperamento para el futuro, se prevé del mismo modo la necesaria “reparación” por la violación de la garantía del art. 8.2.h de la Convención, con alusión expresa a quienes resultaron condenados en el proceso judicial, identificados en la decisión”*.

⁴³ CSJN, “Felicetti, ...”, cit. Disidencia del Dr. Antonio Boggiano

⁴⁴ CSJN “Felicetti, ...”, cit. Disidencia del Dr. Gustavo A. Bossert.

Este ministro completa su pensamiento sosteniendo que *“como fuente de derecho, los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el derecho interno con miras a armonizarlas en todo lo posible con aquellos criterios establecidos por la comisión⁴⁵”*.

3.1.3. La doctrina de la Corte Federal posterior a la sanción de las Leyes N° 25.778 y 25.779 de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

La publicación en el Boletín Oficial del 03 de setiembre de 2003 de la ley 25.778 en la cual se concede jerarquía constitucional a la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968 y aprobada por ley 24.584, junto con la ley N° 25.779 que declaraba la nulidad de las leyes de obediencia debida N° 23.492 y 23.521, planteo en el debate jurisdiccional un nuevo tiempo por cuanto la decisión de los órganos legisferantes habían sido por demás claro en cuanto a la política de sancionar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

El punto de inflexión en el debate se focaliza inicialmente en la confrontación con el resto de los principios más importantes que tiene el derecho penal, como es la prescripción de las acciones, no ser juzgado nuevamente, el tribunal constituido con anterioridad al hecho del proceso que de igual modo tienen raíz constitucional.

Ello, genero opiniones divergentes en los pronunciamientos que se dictaron en esta etapa, hasta la definitiva consolidación del juzgamiento de quienes eran responsables de haber transgredido la ley universal que reprime los delitos de lesa humanidad.

En los fallos dictados por la Corte Federal que son objeto de análisis en particular, se expuso una valiosa doctrina sobre temas que pueden ser tildados como estructurales en el tema de la represión de los delitos contra el género humano.

Es por ello que examinaremos el contenido de esos pronunciamientos tratando la opinión vertida por los señores Ministros en los temas seleccionados como trascendentes.

3.1.3.1. Características del derecho internacional represivo de los delitos de lesa humanidad.

En el año 2004, en el caso “Arancibia...”, se describió que *“el derecho internacional, como todo el derecho, está en movimiento y lo que era antes reconocido como derecho internacional consuetudinario viene ahora configurándose como derecho*

⁴⁵ CSJN, “Felicetti, ...”, cit. Disidencia del Dr. Gustavo A. Bossert. Este Ministro también expreso que *“por aplicación del principio de buena fe, que rige la actuación del Estado Argentino en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales y en virtud de la calidad de los argumentos y la autoridad de quien emana, la Corte considera a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formuladas en el marco del art. 51 del Pacto de San José de Costa Rica como una inestimable fuente de hermenéutica en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y, por ende, constituyen un criterio valioso de interpretación de las cláusulas convencionales en la materia”*.

convencional de fijación y reconocimiento en una gran cantidad de instrumentos internacionales. Los crímenes de guerra y delitos contra la humanidad lesionan el derecho internacional y están regidos eminentemente por la Constitución Nacional, pues la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, tiene jerarquía constitucional y debe tenerse, en cuanto a su jerarquía normativa, como la Constitución misma.⁴⁶

En el voto se marca el reconocimiento de un derecho internacional generado por la costumbre y, otro, su evolución, pactado por los Estados en los Tratados o convenios internacionales. Va de suyo, que ello no se debe confundir con el “ius cogens” que se conforma con las normas internacionales imperativas que no pueden ser soslayadas por ningún tratado, por cuanto son declaradas invalidas conforme el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

En el mismo fallo, otro Ministro especificó que *“el castigo a los crímenes de lesa humanidad proviene directamente de los principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas, como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores⁴⁷*

Por otra parte se entendió que *“la Convención de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no pueda encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo⁴⁸”*.

⁴⁶ CSJN, A. 533. XXXVIII.; “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-“, 24/08/2004, T. 327, P. 3312, L.L. 13-10-04 (supl.), con notas. L.L. 09-09-04, 108.042. Voto del Dr. Antonio Boggiano. Este Ministro dijo que *“de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad se desprende la conexidad entre el homicidio -y otros delitos o actos inhumanos y la persecución política y la conspiración para cometerlos en la formulación y ejecución de un plan común. También se incluye, dentro de la calificación de los crímenes de lesa humanidad, el formar parte de una organización destinada a cometerlos, y adquiere particular relevancia la participación de los representantes de la autoridad del Estado y los particulares como autores o cómplices que inciten o que conspiran para cometer cualquiera de los crímenes que allí se mencionan”*.

⁴⁷ CSJN, ibídem. Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda, quién también dijo que *“La calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados nacionales sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional”* pues *“ningún Estado de la comunidad internacional actual puede encontrarse ajeno a la vigencia del ius cogens, que obliga a las organizaciones gubernamentales a proteger a sus ciudadanos y a los ciudadanos de otros estados de la comisión de crímenes de lesa humanidad”*. En el pronunciamiento completo su pensamiento diciendo que *“el delito de asociación ilícita cometido por funcionarios de un Estado para llevar a cabo actos aberrantes se encontraba también incluido -al momento de su comisión- en la clase de afrentas a los derechos humanos reconocidas por las naciones civilizadas del mundo independientemente del consentimiento expreso de los estados, la comisión de ese tipo de actos se incluye en la categoría de los delitos de lesa humanidad y las convenciones vigentes al momento de la sanción de las leyes impugnadas impedían que el Estado argentino dispusiera medidas que impidieran la persecución penal tendiente a averiguar la existencia del delito, la tipificación de las conductas examinadas y, eventualmente, el castigo de los responsables de los crímenes aberrantes ocurridos”*.

⁴⁸ CSJN, S. 1767. XXXVIII.; “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) - causa N° 17.768”, 14/06/2005, T. 328, P. 2056. Voto del Dr. Antonio Boggiano. L.L. 21-06-05, nro.

En sentido contrario, se ha negado que tenga característica propia cuando se dijo que *“en el derecho internacional no existe -al menos por el momento- un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como “actos de terrorismo” puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancia, delitos de lesa humanidad. Tampoco que de ello -o de algún otro extremo- deba necesariamente derivarse su imprescriptibilidad⁴⁹”*.

Por cierto, que el reconocimiento de la existencia de normas imperativas internacionales que conforman el *“ius cogens”* genera un conflicto de jerarquía con las normas del derecho interno en cuanto a su aplicación para la punición de los delitos contra la humanidad.

3.1.3.2. Ubicación jerárquica de los Tratados en el Derecho interno.

Uno de los problemas jurídicos que genera debate es precisar la ubicación jerárquica de la *“Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los de Lesa Humanidad”* en el derecho interno tiene características especiales en nuestro país por cuanto la reforma de 1994 a la Constitución Nacional decidió una amplia apertura para receptar los Tratados sobre los Derechos Humanos suscriptos por el Estado Argentino conforme el art. 75 inc. 22.

a) Reconocimiento de su rango constitucional.

En el caso *“Lariz Iriondo, ...”* (mayo 2005) Boggiano en disidencia marcó que *“las normas especiales de imprescriptibilidad sólo rigen para los delitos contemplados en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que no está debajo de la Constitución Nacional sino a su misma altura”* por ello *“el principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución⁵⁰”*.

Este Ministro completa su pensamiento diciendo que *“no es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118 respecto a la aplicación de las normas del ius cogens relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan, sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio supone, pero, obviamente, no establece los principios del derecho de gentes⁵¹”*.

Mas adelante, en *“Simon...”* (junio 2005) ratificó su criterio diciendo que *“el principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, al*

109.047. L.L. 30-06-05. L.L. 25-07-05 (supl.), nro. 109.191. L.L. 04-08-05. L.L. 14-09-05 (supl.), nro. 109.394. E.D. 17-10-2005, nro. 270. L.L. 25-10-05 (supl.), nro. 109.554. J.A. 02-11-05 (supl.).

⁴⁹ CSJN, L. 845. XL.; *“Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición”*, 10/05/2005, T. 328, P. 1268; L.L. 31-05-05 (supl.), nro 108.972, resumen del fallo. L.L. 30-09-05 (supl.). Voto del Dr. Carlos S. Fayt

⁵⁰ CSJN, *“Lariz Iriondo, ...”*, cit. Disidencia del Dr. Antonio Boggiano

⁵¹ CSJN, *“Lariz Iriondo, ...”*, cit. Disidencia del Dr. Antonio Boggiano. Este ministro también dijo que *“la inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho”*

alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución. Tal principio conduce a valorar los hechos que dieron lugar al proceso bajo el prisma de las valoraciones actuales que imperan en el derecho internacional humanitario. Máxime si se tiene presente que declarar la prescripción de la acción penal en el país podría dar origen a la responsabilidad internacional del Estado argentino⁵²”.

En el mismo pronunciamiento, Maqueda afirmó que “la relevancia de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad como mecanismo para el logro de una efectiva persecución de los responsables de crímenes aberrantes surge también de la ley 25.778 que le ha conferido jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, de modo que al deber de punición que corresponde a los tribunales en estos casos se aúna la presencia de una norma positiva de derecho internacional”. Es decir, “el castigo a los crímenes contra la humanidad proviene directamente de los principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorpora con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por alguna de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos⁵³”.

A su vez, Zaffaroni explica que “respecto de los argumentos esgrimidos para explicar la excepcionalidad de la circunstancia de la ley 25.779 en el curso de su debate invocando el derecho natural o suprallegal, cabe concluir que no es necesaria su invocación, cuando el derecho internacional de los Derechos Humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, hace ineficaces las leyes que la ley 25.779 declara nulas⁵⁴”.

b) Las leyes 23.492 y 23.521 contradicen a los Tratados sobre Derechos Humanos.

A partir del nuevo criterio interpretativo respecto de la jerarquía normativa de los Tratados sobre los Derechos Humanos, Highton de Nolasco entendió que “las leyes 23.492 y 23.521 aparecen en pugna tanto con el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestra Constitución Nacional cuanto de las normas de nuestro orden interno, por lo tanto, el Congreso Nacional no se encontraba habilitado para dictarlas y al hacerlo ha originado un sistema de impunidad con relación a delitos considerados como crímenes de lesa humanidad, del que se deriva la posibilidad cierta y concreta de generar responsabilidad internacional para el Estado argentino”. En otras palabras, “al momento de su sanción, en tanto las leyes 23.492 y 23.521 tenían por efecto liso y llano impedir las investigaciones tendientes a determinar la responsabilidad individual por la comisión de graves delitos cometidos durante la vigencia del gobierno de facto instaurado el 24 de marzo de 1976, y su punición respecto de los autores, encubridores y cómplices, resultaban a todas luces violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes⁵⁵”.

⁵² CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. Antonio Boggiano.

⁵³ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda.

⁵⁴ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni

⁵⁵ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco

En el mismo fallo y sentido, Zaffaroni dijo que *“sin perjuicio de reconocer que las leyes 23.492 y 23.521 han perdido todo efecto en función de la ley 25.779, corresponde ratificar que son inconstitucionales, y declarar que se cancela cualquier efecto directo de ellas o de los actos en ellas fundados que constituya un obstáculo para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina, a fin de que no queden dudas acerca de que cesa la posibilidad de que cualquier país pueda invocar el principio universal y reclamar el juzgamiento de estos crímenes en extraña jurisdicción, reasumiendo la Nación la plenitud de su soberanía y, por ende, del ejercicio de la jurisdicción como atributo de ésta⁵⁶”*.

Por su parte, Maqueda especificó que *“de acuerdo con las opiniones emitidas por los órganos interpretativos de los tratados de derechos humanos, específicamente en materia de prescripción, amnistía y obediencia debida, respecto de los crímenes de lesa humanidad, surge claramente que las leyes de “punto final” y “obediencia debida” dirigidas a procurar la impunidad de crímenes contra la humanidad, frente al derecho internacional al que el Estado se encontraba vinculado, resultaban ineficaces⁵⁷”*

De igual modo, Zaffaroni detalló que *“las leyes de “punto final” y “obediencia debida” no sólo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino incluso las de carácter mundial, por lo cual se impone restarles todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de éstas pudiera surgir para la investigación y avance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio de la Nación Argentina⁵⁸”*.

3.1.3.3. Análisis de la soberanía del Estado Argentino en el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad.

La incorporación del contenido de los Tratados internacionales sobre los Derechos Humanos al derecho interno motivo que se examinara la integridad de la soberanía del Estado Argentino para juzgar los crímenes de lesa humanidad que se habían cometido en su territorio frente a la tesis que sostiene la jurisdicción universal para su juzgamiento que impulsara entre otros, el ex - juez español, Baltazar Garzón.

El tema fue preocupación especial de Zaffaroni en el caso “Simón...” cuando expresó que *“la jurisdicción es un atributo de la soberanía y ésta, en nuestro sistema, emana del pueblo. En consecuencia, el principio universal deviene operativo cuando un Estado no ha ejercido su soberanía y, por ello, los restantes estados de la comunidad internacional quedan habilitados para hacerlo. Un Estado que no ejerce la jurisdicción en estos delitos queda en falta frente a toda la comunidad internacional⁵⁹”*.

En otros términos, *“el principio universal en materia penal tiene carácter subsidiario, o sea, que cualquier país está habilitado para juzgar los crímenes contra la humanidad, pero a condición de que no lo haya hecho el país al que incumbía el*

⁵⁶ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni

⁵⁷ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda.

⁵⁸ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni. En el pronunciamiento también dijo que *“sin perjuicio de que la Corte Suprema, en función de mandatos de derecho interno y de derecho internacional, declare la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y, más aún, declare expresamente que carecen de todo efecto que de ellas o de los actos practicados en su función, puedan emerger obstáculos procesales que impidan el cumplimiento de los mandatos del derecho internacional, no puede obviar que el propio Congreso Nacional sancionó la ley 25.779 que las declara insanablemente nulas, aplicando a su respecto las palabras que el texto constitucional reserva para los actos previstos en su art. 29, ley que forma parte del derecho positivo vigente”*.

⁵⁹ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni

ejercicio de la jurisdicción conforme al principio de territorialidad⁶⁰. Por cuanto “las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta⁶¹”.

En función de este criterio, “las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía al ratificar los tratados internacionales que la obligan y la norma que la sujeta a la competencia de la Corte Interamericana, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta, o sea, que si no la ejerce en función del principio territorial entra a operar el principio universal y cualquier país puede ejercer su jurisdicción y juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio nacional por ciudadanos y habitantes de la República⁶²”.

Por ello, “la dignidad de la República en la comunidad internacional exige que ésta reafirme plenamente su voluntad de ejercer su jurisdicción y, por ende, su soberanía, y que de este modo restaure a la República en su condición de Estado pleno y completo y ponga a salvo a todos sus habitantes del riesgo de ser sometidos a cualquier competencia con motivo o pretexto de crímenes contra la humanidad”. Ello por cuanto “cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el funcionamiento concreto del principio universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad internacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía⁶³”.

Para Argibay “en el caso de crímenes contra la humanidad, el Estado argentino ha declinado la exclusividad del interés en la persecución penal para constituirse en el representante del interés de la comunidad mundial, interés que ésta misma ha declarado inextinguible⁶⁴”.

Por su parte, Highton de Nolasco indica que “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos habilita a que, frente a un crimen internacional de lesa humanidad, si el Estado no quisiera o no pudiera cumplir con su obligación de sancionar a los responsables, resulte plenamente aplicable la jurisdicción universal para que cualquier Estado persiga, procese y sancione a quienes aparezcan como responsables de esos ilícitos, en virtud de que tales hechos afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial. Por lo cual, si no se ejerce la jurisdicción en función del principio territorial, entra a operar el principio universal y se pone en juego la soberanía de la República Argentina⁶⁵”.

En la misma línea Fayt entiende que “el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584 del 29 de noviembre de 1995, por la que aprobó la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, así como también con la

⁶⁰ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni

⁶¹ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

⁶² CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni. Completa su pensamiento diciendo que “el principio universal, que era una mera posibilidad potencial con posterioridad a la sanción de las leyes 23.492 y 23.521, comenzó a operar en forma efectiva y creciente”.

⁶³ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni. En este fallo explica que “los reclamos de extradición generan la opción jurídica de ejercer la propia jurisdicción o de admitir lisa y llanamente la incapacidad para hacerlo y, por ende, renunciar a un atributo propio de la soberanía nacional, cediendo la jurisdicción sobre hechos cometidos en el territorio de la Nación por ciudadanos argentinos”.

⁶⁴ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto de la Dra. Carmen M. Argibay

⁶⁵ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco

sanción de la ley 25.778 del 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional⁶⁶”.

3.1.3.4. Caracterización de los delitos de lesa humanidad.

La tipificación de los delitos de lesa humanidad no es una tarea fácil para la jurisdicción, razón por la cual debemos prestar atención a las distintas aristas que son resaltadas para su caracterización que en su conjunto permiten tener un concepto global del mismo.

a) Aspectos generales.

En el caso “Arancibia,...”, dictado en el año 2004, en general, se sostuvo 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. 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. Dado que “no podría sostenerse que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros⁶⁷”.*

Específicamente, *“de acuerdo con el texto del Estatuto de Roma corresponde calificar la conducta del imputado como un delito de lesa humanidad, pues la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos con la aquiescencia de funcionarios estatales⁶⁸”.*

Al año siguiente, la disidencia en el caso “Lariz Iriondo,...” remarcó que *“la calificación de delitos de lesa humanidad -como el terrorismo- está sujeta de los principios del ius cogens del derecho internacional y no hay prescripción para los delitos de esa laya⁶⁹”.*

Posteriormente, se entendió en cuanto a los sujetos que pueden cometer el delito que *“el criterio más ajustado al desarrollo y estado actual del derecho internacional es el que caracteriza a un delito como de lesa humanidad cuando las acciones correspondientes han sido cometidas por un agente estatal en ejecución de una acción o programa gubernamental. La única posibilidad de extender la imputación*

⁶⁶ CSJN, “Simón, ...”, cit. Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt

⁶⁷ CSJN, “Arancibia Clavel, ...”, cit.

⁶⁸ CSJN, “Arancibia Clavel, ...”, cit. En el fallo también se dijo que *“de lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se desprende que dentro de la clasificación de los crímenes contra la humanidad, también se incluye el formar parte de una organización destinada a cometerlos, con conocimiento de ello”.*

⁶⁹ CSJN, “Lariz Iriondo, ...”, cit. Disidencia del Dr. Antonio Boggiano

de delitos de lesa humanidad a personas que no son agentes estatales es que ellas pertenezcan a un grupo que ejerce el dominio sobre un cierto territorio con poder suficiente para aplicar un programa, análogo al gubernamental, que supone la ejecución de las acciones criminales⁷⁰”.

En el mismo sentido, se especifica que *“la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no sólo es aplicable a los autores y partícipes (cómplices o instigadores) de tales crímenes, sino que la punibilidad se anticipa ya a la preparación misma de tales delitos. Esta construcción se corresponde con la de “conspiracy”, característica del derecho anglosajón, que constituye lo que se denomina “ofensas anticipadas”, en las cuales la protección penal se adelanta a los estadios de preparación del delito⁷¹”.*

En cambio, para Boggiano, *“se halla tipificado como delito del ius gentium el formar parte de una organización destinada a cometer delitos de lesa humanidad, entre los que también cabe incluir al terrorismo. Esta era la finalidad de la actuación de la asociación integrada por miembros o personas vinculadas a un organismo oficial extranjero que se confabuló para una cierta categoría de delitos y no otros⁷²”.*

Este Ministro, en “Lariz Iriondo...” indicó que *“no obsta a la calificación “delitos de lesa humanidad” de los hechos que motivan el pedido de extradición la circunstancia de que, al ser cometidos, no se llegara a causar la muerte efectiva de un ser humano⁷³”.*

En palabras de Highton de Nolasco, *“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, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional⁷⁴”.*

Lorenzetti, por su parte sostiene que *“es característico de los delitos de lesa humanidad el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad”* motivo por el cual *“corresponde calificar a los ilícitos como “crímenes contra la humanidad” porque: 1- afectan a la persona como integrante de la “humanidad”, contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2- son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado⁷⁵”.*

⁷⁰ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto de la Dra. Carmen M. Argibay

⁷¹ CSJN, “Arancibia Clavel,...”, cit. Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi Este autor completo su pensamiento sosteniendo que *“la redacción de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad es lo suficientemente amplia como para que quede abarcada la conducta de quien presta su colaboración en forma permanente a una agrupación destinada a perseguir opositores políticos por los medios que utilizaba la DINA, facilitando y apoyando los delitos del grupo por medio de una “red de informantes” y “contactos” con funcionarios policiales y militares destinados a obtener datos sobre los posibles perseguidos y, en su caso, a garantizar la impunidad de los autores materiales de tales crímenes”.*

⁷² CSJN, “Arancibia Clavel, ...”, cit. Voto del Dr. Antonio Boggiano. El Ministro completa su pensamiento diciendo que *“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”.*

⁷³ CSJN, “Lariz Iriondo, ...”, cit. Disidencia del Dr. Antonio Boggiano

⁷⁴ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco

⁷⁵ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

En definitiva, *“la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados nacionales sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional”⁷⁶*.

b) Imprescriptibles por naturaleza.

Sin lugar a hesitación, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad que emerge de formar parte del “ius cogens”, conforma parte de su esencia, razón por la cual entendemos que es una de las características principales que los identifica en el ámbito jurídico internacional.

Así ha sido concebido cuando se resolvió que *“los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino, en consecuencia, la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no pueda encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo. El derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado como integrante del derecho interno argentino”⁷⁷*.

Es decir, *“la imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes -los delitos de lesa humanidad- opera, de algún modo, como una cláusula de seguridad para evitar que todos los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo. El castigo de estos delitos requiere, por consiguiente, de medidas excepcionales tanto para reprimir tal conducta como para evitar su repetición futura en cualquier ámbito de la comunidad internacional”⁷⁸*.

Este magistrado también apuntó que *“los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la prescripción no resultan necesariamente aplicables en el ámbito de este tipo de delitos contra la humanidad porque, precisamente, el objetivo que se pretende mediante esta calificación es el castigo de los responsables dónde y cuándo se los encuentre independientemente de las limitaciones que habitualmente se utilizan para restringir el poder punitivo de los Estados”⁷⁹*.

En otras palabras, *“la Convención de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir,*

⁷⁶ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda.

⁷⁷ CSJN, “Arancibia Clavel, ...”, cit. Voto del Dr. Antonio Boggiano, en el cual dijo que *“El principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo, rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad (art. I). Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el ius gentium y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, que tutela normas imperativas de ius cogens, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad”*. De igual modo dijo que *“los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino, en consecuencia, la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no pueda encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo. El derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado como integrante del derecho interno argentino”*.

⁷⁸ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda.

⁷⁹ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda.

sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no puede encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo⁸⁰”.

3.1.3.5. La aplicación retroactividad de la punición de los delitos de lesa humanidad.

Uno de los principios liminares a nivel de garantía en el Derecho Penal consagrado por la Constitución Nacional en el art. 18 es el debido proceso porque ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

Esta garantía que forma parte del derecho de defensa, de igual modo, es ratificado en el contenido de los distintos Tratados sobre los Derechos Humanos se enfrenta con la pretensión de juzgar y aplicar las normas punitivas, de modo retroactivo cuando se trata de delitos contra la humanidad.

Este conflicto hermenéutico, también, se presentó en el contenido de los fallos dictados por la Corte Federal cuyos pronunciamientos constituyen una fuente que no puede dejar de ser conocida dado que abre definitivamente el camino para el juzgamiento de los responsables.

a) En favor de la retroactividad.

En el año 2004 se emitió el primer fallo donde se trata el tema cuando en el caso “Arancibia,...” se proclamó que *“no se da una aplicación retroactiva de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, si los hechos por los cuales se condenó al encartado, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, pues en el marco de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, la citada convención ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional⁸¹”*.

Explicitado de otro modo, *“la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos⁸²”*.

En el año 2005, en el caso “Lariz Iriondo, ...”, Boggiano en disidencia expresaba que *“ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el ius gentium y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de ius cogens, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad”*. Es decir, *“los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho*

⁸⁰ CSJN, “Lariz Iriondo, ...”, cit. Disidencia del Dr. Antonio Boggiano

⁸¹ CSJN, “Arancibia Clavel, ...”, cit.

⁸² CSJN, “Arancibia Clavel, ...”, cit.

*internacional ni en el derecho argentino. En rigor, cabe juzgar al derecho internacional consuetudinario como integrante del derecho interno argentino*⁸³

Un mes después, en “Simón,...”, Highton de Nolasco entendió que “los hechos contemplados en las leyes 23.492 y 23.521 eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para la Argentina, con antelación a su comisión, de lo que se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, y no puede argumentarse que se trate de una aplicación retroactiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al caso, puesto que la esencia que se recoge en el instrumento internacional era la regla según la costumbre internacional⁸⁴”.

De igual modo, Argibay precisa que “no puede omitirse la aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo ⁸⁵”.

En el mismo sentido, Lorenzetti dijo que “el derecho internacional impone la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, consagrada primeramente por el derecho internacional consuetudinario y codificada en convenciones con posterioridad, como la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, así como la interpretación de tribunales internacionales”. En otros términos, “no hay una violación del principio “nulla poena sine lege”, en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento y fueron reconocibles para una persona que obrara honestamente conforme a los principios del estado de derecho⁸⁶ “.

Como excepción a este criterio amplio, se indicó que “si bien cabe considerar imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las convenciones, no puede adoptarse igual criterio respecto de aquellos que antes de las convenciones respectivas no eran reconocidos en esa categoría ni con esas consecuencias en materia de imprescriptibilidad por el derecho internacional consuetudinario; pues en este último supuesto estaría haciendo aplicación retroactiva de la convención⁸⁷”.

b) En contra de la aplicación retroactiva.

En contra del criterio mayoritario que permitió definitivamente el juzgamiento de los responsables en juicios particulares, Belluscio señaló en “Arancibia,...” que “la

⁸³ CSJN, “Lariz Iriondo, ...”, Disidencia del Dr. Antonio Boggiano. Este magistrado completa su pensamiento sosteniendo que “La circunstancia de que la “Convención Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas” no estuviera vigente al momento de la comisión de los hechos en que se sustenta el pedido de extradición no obsta a su aplicación, pues no se presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo, en tanto el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario ahora también el convencional, codificador del consuetudinario”.

⁸⁴ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco

⁸⁵ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto de la Dra. Carmen M. Argibay

⁸⁶ CSJN, “Simón, ...”, cit. Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti. Este magistrado completa su idea diciendo que “Aún las leyes de amnistía tienen un límite moral, y está dado por la imposibilidad de amnistiar delitos de lesa humanidad, porque si se pretende forzar a “olvidar” y a perdonar los agravios proferidos a los significados profundos de la concepción humana, si los delitos atroces quedan impunes, la sociedad no tiene un futuro promisorio porque sus bases morales estarán contaminadas”.

⁸⁷ “Lariz Iriondo, ...”, cit. Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni

imprescriptibilidad añadida por la convención aprobada por la ley 24.584 y dotada de jerarquía constitucional por la ley 25.778 constituye -respecto de los hechos anteriores- un agregado que modifica ex post facto la ley penal vigente al momento de su comisión⁸⁸”.

En el mismo caso, se especifica que *“el indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente. Tanto o más interesa a éste la observancia de sus normas que la persecución de quienes han incurrido en hechos de aquel carácter. Muchos siglos de sangre y dolor ha costado a la humanidad el reconocimiento de principios como el nulla poena sine lege consagrado en el art. 18 de nuestra Constitución para que pueda dejárselo a un lado mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo⁸⁹”.*

Por su parte, Fayt coincidió al exponer que *“la aplicación de la costumbre internacional a fin de atribuir imprescriptibilidad a las conductas imputadas por su calidad de crímenes de lesa humanidad, contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser cierta -exhaustiva y no general-, stricta -no analógica- y, concretamente en relación al sub lite, scripta -no consuetudinaria-, pues las fuentes difusas -como característica definitoria de la costumbre internacional también son claramente incompatibles con el principio de legalidad⁹⁰”.*

También Vázquez opinó que *“es inaplicable la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad si fue ratificada por ley y adquirió jerarquía constitucional con posterioridad a los hechos materia de análisis⁹¹”.*

En el caso “Espósito,...”, Fayt marcó su contante pensamiento cuando aseveró que *“la forma de hacer efectivo el deber de investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos, no puede ser entendida como la llana aplicación del principio de imprescriptibilidad para crímenes no alcanzados por las reglas de derecho internacional, cometidos a partir de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico⁹²”.*

En el mismo sentido, se pronuncia en “Simón,...” al precisar que *“los preceptos liberales de la Constitución argentina deben ser defendidos férreamente, a fin de conjurar que el enfoque inevitablemente difuso del derecho penal internacional conduzca a la destrucción de aquéllos, pues sería un contrasentido inadmisibles que por el indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados, se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso, ya que*

⁸⁸ “Arancibia Clavel, ...”, cit. Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio.

⁸⁹ CSJN, “Arancibia Clavel, ...”, cit. Disidencias de los Dres. Augusto César Belluscio y Adolfo Roberto Vázquez.

⁹⁰ CSJN, “Arancibia Clavel, ...”, cit. Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt. Este Ministro también dijo que *“los preceptos liberales de la Constitución argentina deben ser defendidos férreamente, a fin de conjurar que el enfoque inevitablemente difuso del derecho penal internacional conduzca a la destrucción de aquéllos, pues sería un contrasentido inadmisibles que por el indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados, se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso, ya que el total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado son las bases sobre las que se asienta y construye un verdadero Estado de Derecho”.*

⁹¹ CSJN, “Arancibia Clavel, ...”, cit. Disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez

⁹² CSJN, E. 224. XXXIX.; “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David-“, 23/12/2004, T. 327, P. 5668, voto del Dr. Carlos S. Fayt; L.L. 28-02-05 (supl.), nro. 108.597, resumen del fallo. L.L. 19-04-05 (supl.), nro. 108.805. L.L. 21-04-05 (supl.), nro. 108.824. L.L. 30-09-05 (supl.), nro. 109.449.

el total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado, son las bases sobre las que se asienta un verdadero Estado de Derecho⁹³.

En concreto para este Ministro, “no resulta aplicable la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad, pues si bien fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, recién fue aprobada por el Estado argentino mediante la ley 24.584 (publicada B.O. 29 de noviembre de 1995)⁹⁴”.

⁹³ CSJN, “Simón, ...”, cit. Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt

⁹⁴ CSJN, “Simón, ...”, cit. Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt. El magistrado precisó que “*las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*”.