

**Asociación ilícita. Agrupación destinada a perseguir a opositores políticos. Crímenes de lesa humanidad. Imprescriptibilidad
Corte Suprema de Justicia de la Nación**

24 de agosto de 2004

**Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros
Corte Suprema de justicia de la Nación**

- I -

A raíz del recurso interpuesto por la defensa de Enrique Lautaro Arancibia Clavel contra la sentencia por la cual se lo condenara por homicidio y asociación ilícita (fs. 1/98), la Cámara Nacional de Casación Penal declaró la prescripción de la acción en orden al último de estos delitos (fs. 99/116).

Contra esa decisión el querellante -la representación del gobierno de Chile- interpuso recurso extraordinario (fs. 117/139) que, ante su rechazo (fs. 140/143), dio origen a la presente queja (fs. 145/152).

- II -

El nombrado fue condenado por el Tribunal Oral Federal n° 6 a la pena de reclusión perpetua y accesorias por considerarlo partícipe necesario del homicidio, agravado por el uso de explosivos y por el concurso de dos o más personas, del matrimonio Prats Cuthbert y como autor de la conducta consistente en pertenecer a una asociación ilícita integrada por diez o más individuos con una organización de tipo militar e integrada por oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas; que disponía de armas de guerra y explosivos y recibía apoyo ayuda o dirección de funcionarios públicos, delito previsto en el artículo 210 bis. incisos a), b), d), f) y h) del Código Penal.

En lo que a la asociación ilícita se refiere, los magistrados consideraron que correspondía esta calificación en base a la aplicación del principio de "ley penal más benigna" por cuanto esta figura -incorporada al Código Penal por la ley 23077- contiene mayores elementos típicos que la que estimaron vigente al momento del hecho.

Sobre este último aspecto, establecieron que el artículo 210 del Código Penal conforme la reforma de la ley 21338 constituiría la ley penal que regía al tiempo de su comisión, que los magistrados identificaron con el año 1978, cuando Arancibia Clavel se habría desvinculado de la asociación al ser detenido en la causa "Acuña", en la que se investigaban hechos vinculados con la actuación de los servicios de inteligencia chilenos (la supuesta asociación ilícita).

Ante el recurso de la defensa, la Cámara Nacional de Casación Penal revocó parcialmente la sentencia. Para así resolver consideró que no correspondía subsumir la conducta del nombrado en la figura del artículo 210 bis. del Código Penal al no verificarse la agravante genérica prevista en el tipo, esto es, que la acción desplegada por la asociación "...contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional...".

Así, expresaron: "...que no se advierte de qué modo ese reducido número de personas que componían la DINA EXTERIOR -con aún una más reducida presencia en Buenos Aires- pudo haber hecho la contribución típicamente requerida, ni cuál fue el concreto peligro o riesgo -en el sentido de real y constatable- corrido en su vigencia por la Constitución Nacional..." (cfr. fs. 114).

Finalmente concluyó que debía aplicarse la figura básica del artículo 210 del Código Penal por lo que, más allá de la discusión suscitada sobre cuál sería el último acto a tener en cuenta para computar los plazos de prescripción, considerando cualquiera de las opciones posibles la acción igualmente se habría extinguido.

- III -

En el recurso extraordinario la parte se agravia de que la discusión sobre la supuesta atipicidad de la conducta de Arancibia Clavel no habría sido expresamente introducida por la defensa, por lo que el tribunal habría incurrido en un exceso de jurisdicción al resolver de esa manera.

Critica, además, la interpretación del artículo 210 bis. del Código Penal propuesta por la Cámara Nacional de Casación Penal por considerarla arbitraria, al igual que el análisis sobre la aplicación del principio de ley penal más benigna.

Por su parte, en el rechazo del recurso, la alzada negó haberse excedido en su potestad de juzgamiento por cuanto dichos agravios sí habrían sido introducidos en su oportunidad por el recurrente.

También desechó la impugnación sobre el sentido que se le diera al principio de ley penal más benigna y al artículo 210 bis. del Código Penal, alegó que no había realizado hermenéutica alguna de esta garantía ya que directamente había considerado inaplicable este tipo penal y, por último, consideró que la alegada arbitrariedad de la sentencia sólo denotaba la disconformidad de la parte con la solución adoptada, circunstancia ajena por su naturaleza al recurso extraordinario.

- IV -

El recurso directo traído a conocimiento del Tribunal se sustenta en que, en el rechazo del remedio federal, la Cámara Nacional de Casación Penal incurrió en un nuevo exceso de jurisdicción al "defender" su pronunciamiento anterior.

Sostiene la querella que, en lugar de argumentar en favor de su decisión, la alzada debió limitarse a constatar si se encontraban objetivamente reunidas las condiciones que habilitarían la intervención de la Corte, es decir, si la causal invocada constituye uno de los supuestos de impugnación por arbitrariedad de sentencias.

Alega, además, que existe cuestión federal suficiente habida cuenta que la controversia suscitada se centra en la interpretación de una norma de carácter federal, el artículo 210 bis. del Código Penal y en la inteligencia que debe dársele en el caso al artículo 18 de la Constitución Nacional y 91 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre.

- V -

Es doctrina del Tribunal que constituye una facultad privativa de los jueces de la causa lo concerniente a determinar si el recurso ante ellos planteado cumple con los requisitos relativos

a su procedencia formal, y si bien este principio admite excepciones en los casos en que su apreciación traduzca un injustificado rigor formal (Fallos 304:1829; 307:1067; 310:264; 311:1513; 316:1606, 2745) o lo resuelto no satisfaga el recaudo de fundamentación suficiente (Fallos 315:1939 y sus citas), considero que en el presente no se dan estas condiciones. Lejos de ello, adviértase que el mismo recurrente califica a la resolución en crisis como dictada en "exceso de jurisdicción", esto es que -según alega- la alzada se habría extralimitado al expedirse sobre la viabilidad del recurso, argumentando sobre cuestiones que excederían la mera constatación de los supuestos formales habilitantes del recurso extraordinario.

Pero por otro lado, a mi juicio, tampoco se evidencia en el presente esta falencia -exceso en la fundamentación- señalada en el recurso.

Resulta opuesto al principio ya referido supra (que los jueces deben examinar los requisitos de admisión del recurso) la afirmación de que éstos deben limitarse a "resolver si [los] agravios - más allá de su acierto o error- encuadraban o no en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la arbitrariedad" (cfr. fs. 148).

De adherir a la tesis de la defensa, la mera invocación de alguna de las causales que habilitan el remedio federal abriría sin más el acceso a la jurisdicción del Tribunal, desfigura así su naturaleza excepcional y extraordinaria. Y si bien es cierto que el tribunal sentenciante no se encuentra en condiciones de valorar si su propia decisión es arbitraria (y, con ello, susceptible de ser remediada por la vía del recurso del artículo 14 de la ley 48), sí le está permitido rechazar recursos cuando sus agravios sean manifiestamente improcedentes.

Precisamente en los precedentes traídos a colación por el recurrente (cfr. fs. 148 vta.) se asientan los principios arriba reseñados.

En "Estévez" (Fallos 319:1213) se señala que "si bien incumbe a [la] Corte juzgar sobre la existencia o inexistencia de un supuesto de arbitrariedad de sentencia, no es menos cierto que ello no exime a los órganos judiciales llamados a expedirse sobre la concesión de los recursos extraordinarios federales, de resolver circunstanciadamente si tal apelación -prima facie valorada- cuenta, respecto de cada uno de los agravios que los originan, con fundamentos suficientes para dar sustento, a la luz de conocida doctrina de [la] Corte, a la invocación de un caso de inequívoco carácter excepcional, como lo es el de arbitrariedad" (considerando 21).

Conceptos éstos que se reiteran en "Magi" (Fallos 323:1247), agregándose allí que el vocablo que resalto en la cita precedente debe entenderse como "con toda menudencia, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad" (del considerando 61).

- VI -

El recurrente reprocha a la Cámara Nacional de Casación Penal que la consideración sobre la inteligencia que debe asignarse al artículo 210 bis. del Código Penal no habrían sido introducidas por la defensa de Arancibia Clavel.

Pero en mi opinión esto es inexacto: verificado -tal como se asentó en la sentencia- el recurso de casación (obrante a fs. 7/88 del expediente A. 869-XXXVII), del cual se hiciera una reseña en el considerando 21 del fallo de la alzada, se advierte que la cuestión fue debidamente introducida, si bien bajo el marco de discusión sobre cuál debía ser la figura penal aplicable al

hecho que se juzgaba.

Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse que esta controversia se relaciona directamente con la eventual prescripción de la acción que, como es sabido, al constituir una cuestión de orden público y que se produce de pleno derecho, debe ser declarada de oficio, por cualquier tribunal, en cualquier estado de la causa y en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo (doctrina de Fallos 186:289; 311:2205; 321:1409; 322:300 y 323:1785, entre muchos otros). Tampoco considero atendibles los argumentos relacionados con la interpretación del artículo 210 bis. del Código Penal.

Es que, más allá de si cabe atribuirle a dicho precepto carácter federal, asunto por lo menos opinable por cuanto, en principio, las normas que integran los códigos de fondo constituyen leyes de carácter común (doctrina de Fallos 136:131; 182:317; 184:574; 187:449; 189:182; 191:170, entre muchos otros), adviértase que, como expresara la alzada, ésta descartó que los hechos juzgados encontraran en ella adecuación típica, por lo que no la tuvo en consideración al dilucidar cuáles eran las normas susceptibles de aplicación al caso, a los efectos de determinar la ley penal más benigna.

En consecuencia y teniendo en cuenta que la interpretación de las reglas que rigen la prescripción, remite al análisis de cuestiones de derecho común y procesal ajenas, en principio, a la vía extraordinaria (Fallos: 304:596; 307:2504; 308:627 y 311:1960), es mi opinión que los agravios del recurrente resultan insustanciales para ser tratados por el Tribunal puesto que la decisión de la alzada cuenta con fundamentos suficientes para descartar la tacha de arbitrariedad.

Al dictaminar en este sentido, tengo presente que no constituye óbice alguno para su rechazo el alegado carácter federal de la cuestión, puesto que, en otras oportunidades, V.E. ha declarado la inadmisibilidad -artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- de recursos en los que la impugnación se dirigía contra sentencias sustentadas en normas a las que se les atribuía naturaleza federal (cfr. Fallos 317:1534; 321:390, 404 y 993).

- VII -

Por lo expuesto, es mi opinión que corresponde rechazar la queja en todo cuanto fuera materia de agravio.

Buenos Aires, 27 de mayo de 2003.

Nicolás Eduardo Becerra

Buenos Aires, 24 de agosto de 2004.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros causa n° 259C", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs.

a, b, d, f y h, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077) en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (art. 80, incs. 2º y 4º del Código Penal, según ley 20.642).

2º) Que a raíz del recurso interpuesto por la defensa la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple, sobreseyendo a Arancibia Clavel por este hecho.

Contra dicha decisión, la querrela Cen representación del gobierno de Chile interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3º) Que en lo que aquí interesa la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional CDINA exterior, dependiente del gobierno de facto de Chile), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc. Dentro de la organización, Arancibia Clavel, tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizaba identidades falsas y ocultaba sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

4º) Que al calificar la conducta de Arancibia Clavel de haber tomado parte en la asociación precedentemente descrita, el tribunal oral consideró, de conformidad con la posición postulada por el querrelante, que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el art. 210 bis, Código Penal, en su redacción actual, que reprime más gravemente las asociaciones ilícitas que reúnan al menos dos características particulares (diez o más 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. Como fundamento para aplicar el texto actual, tuvo en cuenta que en los delitos permanentes (como la asociación ilícita) la ley aplicable al momento de comisión es la de vigencia al momento del cese de la conducta delictiva; en el caso, el art. 210 bis vigente en 1978 preveía un tipo penal más gravoso (versión 21.338): "Se impondrá reclusión o prisión de cinco a doce años, si la asociación dispusiere de armas de fuego o utilizare uniformes o distintivos o tuviere una organización de tipo militar. La pena será de reclusión o prisión de cinco a quince años, si la asociación dispusiera de armas de guerra y tuviere una organización de tipo militar. Los cabecillas, jefes, organizadores o instructores serán reprimidos de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. La misma pena se impondrá si la asociación estuviere organizada total o

parcialmente con el sistema de células", que, por aplicación de la ley más benigna (art. 2, Código Penal) quedaba desplazado por el actual art. 210 bis.

5º) Que, en contra de ello, la Cámara de Casación afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, "jamás pudo contribuir a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional", en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático, y concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del art. 210 bis, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (art. 210 bis, versión ley 21.338) ya no se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del art. 210, por ser "la única disposición penal que define el comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el del juzgamiento". Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años (arg. arts. 59, inc. 3º, 62, inc. 2º, 63, 67 párr. 4 y 210 del Código Penal).

6º) Que con relación a este último punto el a quo rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, por tratarse delitos de lesa humanidad, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Dicha conducta afirmó de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los "crímenes de lesa humanidad" que definió como "...los asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados...". En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y "habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...".

7º) Que la querrela fundó sus agravios ante esta Corte en el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del art. 210 bis a la conducta del imputado, cuando la cuestión no había sido expresamente planteada por la defensa, y cuestionó por arbitraria la interpretación que el a quo realizara de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna.

8º) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa, así como la atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto actualmente en el art. 210 bis del Código Penal de la Nación, remiten al examen de cuestiones de derecho procesal y común, ajenos a la vía del art. 14 de la ley 48. Por otra parte, y en cuanto al planteo de la arbitraria interpretación de la ley penal efectuada por el a quo, cabe destacar que tal arbitrariedad no se vislumbra en la sentencia impugnada, toda vez

que la Cámara de Casación efectuó un análisis correcto de las exigencias del tipo penal aplicable, y por demás fundado, con lo que el agravio del recurrente, en este sentido, sólo se limita a fundar su discrepancia con el criterio adoptado.

9º) 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 querrela 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).

10) 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 pudieran haber cometido los miembros de la banda Cni siquiera el homicidio de Prats y su esposa, objeto de otro recurso, sino tan solo la imputación por el art. 210, Código Penal, 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".

11) Que, estrictamente, y a partir de las propias definiciones utilizadas por el a quo correspondía calificar a la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, pues la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos de Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos. Sobre cuyo carácter no caben dudas con la aquiescencia de funcionarios estatales. En efecto, de acuerdo con el texto del Estatuto de Roma que en la resolución apelada cita sólo en su art. 7, queda alcanzada toda forma posible de intervención en esta clase de hechos. Así, no sólo quedan incluidas las formas "tradicionales" de participación (art. 25, inc. 3, aps. a, b y c), sino que expresamente menciona el contribuir "de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común" (art. 25, inc. 3º, ap. d), cuando dicha contribución es efectuada "con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte" (ap. d, supuesto i).

12) Que, por otro lado, si lo que estaba en discusión era la imprescriptibilidad de una asociación ilícita cuyo objeto era la comisión de tales crímenes, el instrumento normativo que debía regir la interpretación era la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (conf. ley 24.584 y decreto 579/2003), que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778.

13) Que en este sentido no podría sostenerse que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una

asociación destinada a cometerlos no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros.

Así, por ejemplo lo estatuyen los arts. 2, y 3 inc. b de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que incluye dentro de los actos castigados la "asociación para cometer genocidio".

De igual forma, se ha dicho que "la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar", y ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, pues si bien no existía al tiempo de los hechos "ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad" (conf. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988 Serie C Nº 4; luego reiterado en el caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C Nº 5; y recientemente en el caso Blake, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C Nº 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, conf. Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas).

Desde esta perspectiva, podría afirmarse que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a "que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un nomen iuris para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948)" (dictamen del señor Procurador General en la causa M.960.XXXVII "Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación", sentencia del 15 de abril de 2004).

Por otra parte el art. 7.1, inc. h, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, considera como crimen de lesa humanidad la "Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género definido en el 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...".

Finalmente, luego de definir los crímenes imprescriptibles, 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 conspiren para cometerlos, cualquiera sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración".

14) Que del plexo normativo internacional transcrito 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.

15) Que Arancibia Clavel fue condenado por el delito de asociación ilícita, toda vez que el tribunal de juicio dio por probado que el inculcado formaba parte de un grupo destinado a perseguir reprimir y exterminar sistemáticamente a opositores políticos del régimen dictatorial instaurado en la República de Chile, a partir de septiembre de 1973 (DINA exterior), que operaba dentro del territorio nacional, y abarcó la comisión de homicidios, desapariciones forzadas, tormentos, falsificación de documentos, disposición de armas y explosivos, entre otros; asumiendo como función el encausado, al menos, el facilitar y apoyar los delitos del grupo por medio de la consolidación de una "red de informantes" y "contactos" con funcionarios policiales y militares destinados a obtener datos sobre posibles perseguidos y, en su caso, a garantizar la impunidad de los autores materiales de crímenes de lesa humanidad.

16) 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.

17) Que 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.

18) Que definida 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.

19) Que el instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado.

El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes ex post facto, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte. En el caso "Mirás" (Fallos: 287:76, y sus numerosas citas sobre el punto) se señaló expresamente que tal principio alcanza también a la prescripción de la acción penal. Se dijo en esa ocasión: "el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de 'ley penal', desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el

complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva".

20) Que el fundamento común del instituto de la prescripción, independientemente del objeto al que alude de la acción o de la pena, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un mero hecho histórico-anecdótico. En definitiva escapa a la vivencia de sus protagonistas y afectados.

21) Que la excepción a esta regla, está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma.

En este sentido se ha dicho que "Tanto los 'crímenes contra la humanidad' como los tradicionalmente denominados 'crímenes de guerra'" son delitos contra el "'derecho de gentes' que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar" (Fallos: 318:2148, voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor).

22) Que en razón de que la aprobación de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita se aplicaría al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio nulla poena sine lege.

23) Que el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheiminis Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo.

Por ello, no puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza.

24) Que el caso que nos ocupa no escapa a estas consideraciones ya que quedó demostrado que Arancibia Clavel formaba parte de una asociación denominada DINA exterior, que dependía directamente de la Dirección de Inteligencia Nacional del Estado chileno, y operaba en el territorio de la República Argentina. Es decir, que pertenecía a una agencia ejecutiva que operaba al margen del control jurisdiccional y del control del poder punitivo, no sólo dentro de las fronteras del Estado chileno, sino también fuera de él.

25) Que la doctrina de la Corte señalada en el precedente "Mirás" (Fallos: 287:76), se mantuvo inalterada a lo largo del tiempo y continúa vigente para la interpretación del instituto

de la prescripción de la acción penal para el derecho interno, pero fue modificada con respecto a la normativa internacional en el precedente "Priebke" (Fallos: 318: 2148), en el cual el gobierno italiano requirió 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. A pesar de ello, esta Corte 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 penal previstas en el Código Penal.

26) Que el Preámbulo de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad señala que una de las razones del establecimiento de la regla de la imprescriptibilidad fue la "grave preocupación en la opinión pública mundial" suscitada por la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, "pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes". A ello se agrega el texto del art. IV, de conformidad con el cual los Estados Partes "se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los arts. I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida". Tales formulaciones, si bien no resultan categóricas con respecto a la retroactividad de la convención, indican la necesidad de un examen de la cuestión de la prescripción diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad.

27) Que la convención citada, constituye la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960 cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la segunda guerra mundial, puesto que se acercaban los veinte años de la comisión de esos crímenes.

28) Que esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos.

29) Que en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial "es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal" (Fallos: 318:2148, voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor).

Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la

convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno.

30) Que las cláusulas de los tratados modernos gozan de la presunción de su operatividad, "por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa"; y además, "la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del *ius cogens*. En la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada" (Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert).

31) 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 (conf. Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert, considerando 88 y siguientes).

32) Que de acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional.

33) 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.

34) Que comprendido entonces que para la época en que fueron ejecutados los hechos investigados eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para el Estado argentino, de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, como fuera expresado en el precedente publicado en Fallos: 318: 2148.

35) Que este criterio ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al manifestar "Esta Corte considera 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..." (conf. CIDH, caso "Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C N° 75).

36) Que en virtud del precedente mencionado, tomando en cuenta que el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía: "en principio, es imputable al Estado toda

violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención" (CIDH, caso "Velázquez Rodríguez", sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C Nº 4).

A partir de dicho fallo quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. CIDH, caso "Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C Nº 75; caso "Trujillo Oroza vs. Bolivia" - Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie C Nº 92; caso "Benavides Cevallos" - cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6º y 7º).

37) Que en virtud de las consideraciones realizadas corresponde declarar que el hecho que diera lugar a la condena de Arancibia Clavel por el delito de asociación ilícita, reviste la calidad de crimen contra la humanidad y, por lo tanto, resulta imprescriptible.

38) Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el art. 62 inc. 2º en función del art. 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (leyes 24.584 y 25.778).

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (en disidencia)- CARLOS S. FAYT (en disidencia)- ANTONIO BOGGIANO (según su voto)- ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (en disidencia)- JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto)- E. RAUL

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077) en concurso real con participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (art. 80, incs. 2º y 4º del Código Penal, según ley 20.642).

2º) Que a raíz del recurso interpuesto por la defensa la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple y sobreseyó en la causa y respecto de Arancibia Clavel.

Contra dicha decisión, la querrela en representación del gobierno de Chile interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3º) Que en lo que aquí interesa la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional CDINA exterior, dependiente del gobierno de facto chileno), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc. Dentro de la organización, Arancibia Clavel tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizaba identidades falsas y ocultaba sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

4º) Que al calificar la conducta de Arancibia Clavel de haber tomado parte en la asociación precedentemente descrita el tribunal oral consideró, de conformidad con la posición postulada por el querellante, que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el art. 210 bis, Código Penal, en su redacción actual, que reprime más gravemente las asociaciones ilícitas que reúnan al menos dos características particulares (i.a. diez o más 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. Como fundamento para aplicar el texto actual, tuvo en cuenta que en los delitos permanentes (como la asociación ilícita) la ley aplicable al momento de comisión es la vigente al momento del cese de la conducta delictiva; en el caso, el art. 210 bis vigente en 1978 preveía un tipo penal más

gravoso (versión ley 21.338: "Se impondrá reclusión o prisión de cinco a doce años, si la asociación dispusiere de armas de fuego o utilizare uniformes o distintivos o tuviere una organización de tipo militar. La pena será de reclusión o prisión de cinco a quince años, si la asociación dispusiera de armas de guerra y tuviere una organización de tipo militar. Los cabecillas, jefes, organizadores o instructores serán reprimidos de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. La misma pena se impondrá si la asociación estuviere organizada total o parcialmente con el sistema de células"), que, por aplicación de la ley más benigna (art. 2, Código Penal) quedaba desplazado por el actual art. 210 bis.

5º) Que, en contra de ello, la cámara de casación afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, "jamás pudo contribuir 'a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional'", en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático, y concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del art. 210 bis, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (art. 210 bis, versión ley 21.338) ya no se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del art. 210, por ser "la única disposición penal que define el comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el del juzgamiento". Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años (arg. arts. 59, inc. 3º, 62, inc. 2º, 63, 67 párr. 4 y 210 del Código Penal).

6º) Que con relación a este último punto el a quo rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, por tratarse de delitos de lesa humanidad, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Dicha conducta afirmó de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los "crímenes de lesa humanidad" que definió como "...los asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados...". En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y "habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...".

7º) Que la querrela fundó sus agravios ante esta Corte en el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del art. 210 bis a la conducta del imputado, cuando la cuestión no había sido expresamente planteada por la defensa, y cuestionó por arbitraria la interpretación que el a quo realizara de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna.

8º) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa así como la atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto actualmente por el art. 210 bis del Código Penal remiten al examen de cuestiones de derecho procesal y común ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48.

9º) Que a pesar de lo indicado en el considerando que antecede el recurso extraordinario resulta procedente, en la medida en que se encuentra en cuestión la inteligencia y aplicación de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad".

10) Que 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 querrela ante la Cámara de Casación, y aun cuando no fue mantenido explícitamente en esta instancia, corresponde su tratamiento ante esta Corte, por cuanto 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.

11) 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'" resulta insostenible. Se pretende dar sustento a tal afirmación en la circunstancia de que el objeto de la sentencia apelada no incluye los delitos que pudieran haber cometido los miembros de la banda Cni siquiera el homicidio de Prats y su esposa, objeto de otro recurso, sino tan sólo la imputación por el art. 210, Código Penal, 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".

12) Que, estrictamente, ya a partir de las propias definiciones utilizadas por el a quo correspondía calificar a la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, en tanto la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos de Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos. Sobre cuyo carácter no caben dudas con la aquiescencia de funcionarios estatales. En efecto, de acuerdo con el texto del Estatuto de Roma que en la resolución apelada cita sólo en su art. 7, queda alcanzada toda forma posible de intervención en esta clase de hechos. Así, no sólo quedan incluidas las formas "tradicionales" de participación (art. 25, inc. 3, ap. a, b y c), sino que expresamente menciona el contribuir "de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común" (art. 25, inc. 3, ap. d), cuando dicha contribución es llevada a cabo "con el propósito de llevar a cabo la actividad o [propósito] delictivo del grupo, cuando una u otra entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte" (ap. d, supuesto i).

13) Que, por otro lado, si lo que estaba en discusión era la imprescriptibilidad de una asociación ilícita cuyo objeto era la comisión de tales crímenes, el instrumento normativo que debía regir la interpretación era la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" (conf. ley 24.584 y decreto 579/2003), que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778.

14) Que, en este sentido, el instrumento internacional mencionado no sólo es aplicable a los autores y partícipes (sean cómplices o instigadores) de crímenes de lesa humanidad, sino que la punibilidad se anticipa ya a la preparación misma de tales delitos. Así, el art. II establece que la convención es aplicable a "los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores, cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración".

15) Que tal construcción se corresponde con la de la "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 delito, a fin de proceder en contra de aquellos que ya han manifestado suficientemente su disposición al delito, y al mismo tiempo, para actuar frente a "los peligros particulares y constantes que derivan de la actividad grupal" (Wayne R. La Fave/Austin W. Scott Jr., *Criminal Law*, 2a. ed., St. Paul, Minn., 1986, pág. 525). Ella consiste, únicamente, en el acuerdo para tomar parte en cualquier acto ilegal (conf. George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Nueva York, 2000, pág. 218) y entre sus requisitos se mencionan la existencia de un acuerdo entre dos o más personas que es justamente en lo que consiste el delito, y la finalidad de alcanzar un cierto objetivo, que, en la definición del common law implica la realización de una acción ilegal, o incluso, de una legal mediante la utilización de medios ilegales (La Fave/Scott, op. cit., pág. 525). La infracción, por lo demás, es independiente de aquellas que constituyen su objeto, por lo cual no colabora quien ayuda a cometer un delito sustantivo, sino que es necesario ayudar en la conspiración misma, esto es, en la comisión del acto de acuerdo (La Fave/Scott, op. cit., pág. 534), de tal modo que alguien puede convertirse en conspirador si la asistencia que brinda es la de acercar a dos o más personas con la intención de que lleguen a un acuerdo para la comisión de un crimen.

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

17) Que en razón de que la aprobación de la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la

imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita puede ser aplicada al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio nulla poena sine lege.

18) Que el Preámbulo de la convención citada señala que una de las razones del establecimiento de la regla de la imprescriptibilidad fue "la grave preocupación en la opinión pública mundial" suscitada por la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, "pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes". A ello se agrega el texto del art. IV, de conformidad con el cual los Estados Partes "se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los arts. I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida" (sin destacar en el original). Tales formulaciones, si bien no resultan categóricas con respecto a la retroactividad de la convención, indican la necesidad de un examen de la cuestión de la prescripción diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad.

19) Que en la doctrina y jurisprudencia argentinas se ha entendido tradicionalmente que el principio de legalidad abarca a todos los presupuestos de la punibilidad y no sólo a la descripción de la conducta típica en sentido estricto. En consecuencia, también los plazos de prescripción han de estar legalmente determinados con carácter previo, y no cabe prorrogarlos retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como en el caso contrario. Dejando a un lado la discusión acerca de si el instituto de la prescripción de la acción tiene naturaleza eminentemente procesal o material, lo decisivo es que el Estado, al prorrogar los plazos de prescripción amplía su competencia para punir con posterioridad a la comisión de los hechos: "El comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino por anticipado y con validez general, mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho" (conf. Günther Jakobs, Derecho Penal. Parte general, Madrid, 1995, 4/9).

20) Que el rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes "ex post facto", que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte. En el caso "Mirás" (Fallos: 287:76, y sus numerosas citas sobre el punto) se señaló expresamente que tal principio alcanza también a la prescripción de la acción penal. Se dijo en esa ocasión: "el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de 'ley penal', desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva".

21) Que esta doctrina se mantuvo inalterada a lo largo del tiempo y sólo se modificó parcialmente al plantearse la cuestión desde la perspectiva del derecho internacional, en la extradición de "Erich Priebke" (Fallos: 318:2148), quien era requerido por Italia 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 prescrita. A pesar de ello, la mayoría de esta Corte 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 penal previstas en el Código Penal.

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

23) Que tal solución, sin embargo, a la luz de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya no puede ser mantenida frente al derecho internacional. Ello por cuanto el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía: "en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención" (caso "Velázquez Rodríguez", sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C Nº 4). A partir de dicho fallo quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. caso "Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C Nº 75; caso "Trujillo Oroza vs. Bolivia" - Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de

2002, considerando 106, serie C N° 92; caso "Benavides Cevallos" - cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6° y 7°).

24) Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el art. 62 inc. 2° en función del art. 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" (leyes 24.584 y 25.778).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, se-//- dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y remítase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Sumario: Sentencia de la cámara. Fundamentos de la sentencia de la cámara. Agravios. Cuestiones de Derecho procesal y común. Imprescriptibilidad. Gravedad institucional. Desarrollo del derecho internacional y la Constitución Nacional. La Carta de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos. Referencia. No incorporación, recepción ni adaptación. Tratados de derechos humanos y Constitución Nacional. Juicio constituyente. Condiciones de vigencia de los tratados y bloque de constitucionalidad. Jurisdicción interna y Derechos Humanos. Juicio de compatibilidad entre constitución y tratados. Incorporación de normas internacionales al derecho interno. Práctica constitucional del art. 27. Interpretación de los tratados sobre derechos humanos. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Arbitrariedad de la sentencia de cámara. La conducta enrostrada y su tipificación como crimen de lesa humanidad. Terrorismo. Barbarie o vandalismo. Asociación ilícita para cometer delitos del ius gentium. No hay conflicto de leyes en el tiempo. Imprescriptibilidad y retroactividad. Derecho interno como hecho ante el derecho internacional. El caso Priebke. Derecho Internacional Consuetudinario y Derecho Interno Argentino. Responsabilidad del Estado por violación del ius cogens. Actualidad del orden público. Crímenes de lesa humanidad y retroactividad. Distintas hipótesis de prescriptibilidad e imprescriptibilidad. Derecho de gentes.

Considerando:

1°) Que la Cámara Nacional de Casación Penal, por su Sala I, casó parcialmente el fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 en cuanto había condenado a Enrique Lautaro Arancibia Clavel como autor del delito de asociación ilícita agravada. Declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple. Contra dicho pronunciamiento la querrela interpuso el recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja.

Fundamentos de la sentencia de la cámara

2º) Que la Cámara juzgó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel no es subsumible en el art. 210 bis del Código Penal, en la versión de la ley 23.077 ni en la de la 21.338. Lo primero, porque no se advertía que se hubiera puesto en riesgo la vigencia de la Constitución Nacional; lo segundo porque la norma no estaba vigente. Juzgó además que, si bien podía considerarse aplicable el tipo básico previsto por el art. 210 del Código Penal, la acción estaba prescripta por cuanto desde la fecha en que el encartado dejó de cometer el delito hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria transcurrieron más de diez años (arg. arts. 59, inc. 3; 62, inc. 2; 63; 67 párr. 4 y 210 del Código Penal). Y finalmente consideró que el hecho imputado no encuadraba en las definiciones del Estatuto de Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Agravios

3º) Que los representantes de Chile, aquí querellantes, tachan de arbitraria la sentencia de la Cámara de Casación por entender que carecía de jurisdicción para revisar la inteligencia que el tribunal oral realizó del art. 210 bis del Código Penal. Cuestionaron, asimismo, la interpretación que realizó de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna. Sostuvieron que de haber aplicado aquella figura la acción no estaría prescripta.

Cuestiones de derecho procesal y común

4º) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa así como lo atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto en el art. 210 bis del Código Penal, remiten al examen de cuestiones de derecho procesal y común ajenos a la vía del art. 14 de la ley 48, sin que se advierta un caso de arbitrariedad que justifique la intervención del Tribunal.

Imprescriptibilidad

5º) Que si bien el agravio relativo a la imprescriptibilidad de las conductas imputadas a Arancibia Clavel por su calidad de crímenes de lesa humanidad no fue mantenido en esta instancia es imprescindible juzgarlo ya que la prescripción de la acción penal es de orden público. Sobre todo porque la sentencia impugnada ha tratado el punto que configura una cuestión federal y es inoficioso todo examen respecto de las formas y oportunidad de su introducción y mantenimiento en el proceso.

6º) Que la apelación extraordinaria viene preñada de una cuestión de tal magnitud que reviste el carácter de gravedad institucional por hallarse en tela de juicio la extinción de un proceso penal cuyo objeto versa sobre la investigación de un delito de lesa humanidad contrario al derecho internacional. En tales circunstancias ceden todos los límites y restricciones procesales para el ejercicio de la jurisdicción de esta Corte que ha de velar por la responsabilidad internacional de la Nación. En caso de tal gravedad y trascendencia internacional ningún ápice formal puede frustrar la más plena jurisdicción de esta Corte (art. 280 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

7º) 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 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.

8º) Que desde los albores de la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas algunos estados sostuvieron que toda la materia de derechos humanos había salido del ámbito de la jurisdicción interna de los estados. Consideraban que los arts. 1 (3); 55, c y 56 de la Carta imponen obligaciones a los estados miembros. Tal posición fue confirmada por la Asamblea General en sus resoluciones sobre el Apartheid en Sudáfrica tras desestimar por abrumadora mayoría la alegación de aquel país basada en el art. 2 (7) de la Carta. Parece hoy prevalecer la caracterización de la problemática sobre derechos humanos como asunto de interés para todos los estados y que la Carta los había previsto como materia de interés internacional.

La República Argentina al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos tal como lo hace el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional presenta un fenómeno jurídico que puede considerarse como referencia al derecho internacional de los derechos humanos (Monges Fallos: 319:3148).

Tal "referencia" significa en primer lugar que se remite a un tratado vigente internacionalmente y del cual la Argentina es Estado Parte. Solo a un tratado vigente tanto internacionalmente como en la Argentina, el Congreso luego puede otorgarle jerarquía constitucional. La referencia implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya incorporado haciéndolo interno. Tampoco se ha operado una recepción de los tratados por incorporación judicial a pesar de no estar vigentes para la Argentina como ha sido de práctica en Holanda. Tampoco hay adaptación de los tratados por vía de una redacción constitucional similar a la de los tratados sin seguirlo tal cual rige internacionalmente. Tanto la incorporación, la recepción como la adaptación son métodos de nacionalización de los tratados. El art. 75 inc. 22 dispone una referencia y no alguno de los citados métodos de nacionalización. En materia de derechos humanos la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones evitando todo amorío con soluciones de *genius loci* particularista.

Tratados de
derechos
humanos y
Constitución
Nacional

9º) Que en el citado precedente Monges esta Corte estableció que: "...el artículo 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados...establece, en su última

parte, que aquéllos 'no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos'". Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir" (considerando 20). "Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir" (considerando 21). "Que, de tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución...aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente" (considerando 22).

10) Que esta doctrina Creafirmada en la causa "Petric" Fallos: 321:885, entre muchas otras, resulta aplicable a los tratados sobre derechos humanos, como el que se halla en juego en la especie, que adquieren jerarquía constitucional con arreglo a lo dispuesto en el último párrafo del citado art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental.

En rigor, cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma según el cual al elevar al tratado a la misma jerarquía que la Constitución estatuye que éste no sólo es arreglado a los principios de derecho público de la Constitución sino que no deroga norma alguna de la Constitución sino que la complementa. Tal juicio constituyente del Congreso Nacional no puede ser revisado por esta Corte para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución. En último análisis tal juicio constituyente del Congreso no implica ni puede introducir reforma alguna de la Constitución pues el tratado no deroga norma alguna de la Constitución y solo complementa los derechos y garantías en ella declarados. Si tal armonía y concordancia debe constatarse, es obvio, con mayor razón que el tratado también se ajusta al art. 27 de la Constitución.

No se trata, por ende, de una estricta reforma constitucional, porque el tratado al que se le confiere jerarquía constitucional no modifica, altera o deroga la Constitución sino que la complementa y confirma con normas que si bien pueden desarrollar o hacer explícitos los derechos y garantías constitucionales guardan siempre el espíritu de tales derechos. Por analogía, el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia pues constituyen la Constitución misma. Y es la Constitución la que confiere poderes al Congreso para elevar el tratado a la jerarquía constitucional. Y no puede afirmarse que tal facultad (art. 75 inc. 22) quebranta la rigidez del

art. 30 porque jamás podría razonablemente afirmarse que el art. 75 inc. 22 de la Constitución lesiona el art. 30. Porque no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras. Obviamente, cabe distinguir los distintos ámbitos de aplicación según las materias de las normas constitucionales.

Esta Corte no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la misma Constitución.

Otra cosa sería si se declarara inválida la reforma constitucional que faculta al Congreso a conferir aquella jerarquía a ciertos tratados. Empero, nadie en su sano juicio ha afirmado siquiera que tal facultad del Congreso conferida por la reforma de 1994 fuese inconstitucional.

No es necesario que sea el poder constituyente el que confiera directamente tal jerarquía constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos, si aquél ha asignado tal poder al Congreso con mayorías especiales. Es claro que éste no podría dotar de jerarquía constitucional a un tratado que lesione un principio constitucional. Es más, sería inconcebible que el poder constituyente no pudiese reformar el mismo art. 30 de la Constitución.

11) Que los "referidos tratados" no se han "incorporado" a la Constitución argentina convirtiéndose en derecho interno, sino que por voluntad del constituyente tal remisión lo fue "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22). Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen y éstas le provienen del ordenamiento internacional en modo tal que "la referencia" que hace la Constitución es a tales tratados tal como rigen en el derecho internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento (causa "Gioldi" de Fallos: 318: 514, considerando 11). Ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente. La referencia a los Tratados - Constitución incluye su efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático (causa "Arce" de Fallos: 320:2145, considerando 7º). Los estados y entre ellos la Argentina han reducido grandemente el ámbito de su respectiva jurisdicción interna por vía de acuerdo con muchos tratados y declaraciones sobre derechos humanos y participando en la formación de un delineado cuerpo de derecho consuetudinario internacional sobre derechos humanos (ver Simma, *Human Rights in the United Nations at Age Fifty*, 1995, págs. 263-280 y Simma y otros en *The Charter of the United Nations a Commentary*, 2da. Ed. Vol. 1, pág. 161, nota 123). Además y concordantemente "los derechos básicos de la persona humana" son considerados de *ius cogens*, esto es, normas imperativas e inderogables de derecho internacional consuetudinario (*Barcelona Traction Lights and Power Company Ltd*, ICJ Reports 1970, pág. 32, parágrafo 33).

12) Que no es posible sostener que el derecho interno argentino sobre derechos humanos resulte obsoleto, particularmente en lo que se relaciona con la manera de hacer eficaces o ejecutar tales derechos en el orden interno, lo cual implica el funcionamiento de estructuras de

gobierno y seguridad. Aun así, el derecho internacional puede tener una última palabra respecto de los resultados de la implementación de los derechos humanos. Cada vez se oyen más opiniones según las cuales los derechos humanos no pertenecen ya al exclusivo ámbito de la jurisdicción interna de los estados (ver I. Oesterdahl, *Threat to the Peace*, 1998, pág. 33). Los órganos de las Naciones Unidas han demandado a los gobiernos remedios a las violaciones de específicos derechos humanos. Aunque se ha alegado también en contra de una invocación "selectiva". Aun gobiernos y grupos de interés poderosos han sido denunciados por usar selectivamente los reclamos sobre derechos humanos como armas políticas adversariales (Fortalecimiento de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, mediante el fomento de la cooperación internacional, e importancia de la no selectividad, imparcialidad y la objetividad, 6 A, Res. 46/129, dic. 17, 1991). Con todo, no puede afirmarse como principio general que la no interferencia en cuestiones internas se extienda a la tutela de los derechos humanos (Simma y otros *The Charter*, citado en el considerando precedente, vol. 1, pág. 162).

13) Que la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma supremacía. Es diáfano que ello es así, pues no cabe la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma de un tratado con jerarquía constitucional; en cambio, se debe declarar la inconstitucionalidad, en su caso, de un tratado que no ostente aquella jerarquía como ocurrió, antes de la reforma de 1994, en el caso "Washington Julio Efraín Cabrera" (Fallos: 305:2150).

Si los tratados con jerarquía constitucional tuviesen rango inferior a la Constitución debería declararse su inconstitucionalidad en caso de colisión. Pero tal colisión no puede suscitarse (Fallos: 319:3148). En la Constitución Nacional no hay "normas constitucionales inconstitucionales" (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*). La decisión constituyente fundamental del último párrafo del inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional impone a esta Corte y a los tribunales inferiores de la Nación y las provincias asegurar el más pleno alcance a los nuevos reconocimientos de derechos humanos contenidos en los tratados internacionales a los que se ha conferido jerarquía constitucional.

14) Que, en el señalado orden de ideas, cabe recordar que una norma consuetudinaria del derecho de gentes, prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cinco Pensionistas, sentencia del 28 de febrero de 2003, parr. 164, serie C N° 98; Caso Cantos 28 de noviembre de 2002, parr. 59, serie C N° 97; Caso Hilaire, Constantine y Benjamín, sentencia 21 de junio de 2002, parr. 111, serie C N° 94).

15) Que, según la cláusula constitucional acerca del contenido normativo de los tratados internacionales, el Poder Ejecutivo no puede firmar tratados contrarios a los principios de derecho público de la Constitución (art. 27 Constitución Nacional). Empero, en la vida constitucional argentina esta cláusula ha pasado por complejas vicisitudes. Así, el 1° de octubre de 1856 la Confederación Argentina adhirió a la Declaración de París que prohibió el

curso (República Argentina, Tratados, Convenciones, Protocolos, Actos y Acuerdos Internacionales, t. III págs. 24 y sgtes.). Sin embargo, la abolición en el derecho internacional de las patentes de curso produjo, probablemente, una derogación tácita del art. 67 inc. 22 y del art. 86 inc. 18 de la Constitución originaria de 1853 sobre las respectivas facultades del Congreso y del presidente de la República.

Un año después, el 29 de abril de 1857 Alberdi mismo firmó un tratado con España que reconocía el principio del *ius sanguinis* para los hijos de españoles nacidos en el país (República Argentina, op. cit. T. VIII págs. 50 y sgtes.).

El principio de la nacionalidad argentina imperdible no tiene jerarquía constitucional y el derecho a cambiar de nacionalidad sí lo tiene (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 20, inc. 3). Si tuviese aquella jerarquía debería complementarse con el derecho a renunciar a la nacionalidad argentina pues cambiar de nacionalidad significa tácitamente tomar una abandonando la otra. El principio de imperdibilidad de la nacionalidad argentina tiene un fin de protección de la persona para el caso de pérdida de una nacionalidad extranjera. Bien es verdad que si se perdiera una nacionalidad extranjera después de haber renunciado a la nacionalidad argentina debería reconocerse el derecho a recobrar ésta. Tras frustrarse la aprobación del tratado de 1856, el mismo Alberdi firmó uno nuevo el 9 de junio de 1859 (República Argentina, op. cit., t. VIII págs. 60 y sgtes.). Este tratado sí fue aprobado por el Congreso y el canje de los instrumentos de ratificación fue el 27 de junio de 1860. El tratado remitía a la ley de la Confederación de 7 de octubre de 1857 que hacía excepción al principio del *ius soli* permitiendo a los hijos de españoles nacidos en la Argentina optar por la nacionalidad de sus padres. Con la incorporación del Estado de Buenos Aires a la Confederación aquel tratado con España fue sustituido por otro firmado el 21 de septiembre de 1863 (República Argentina, op. cit., t. VIII pág. 71 y sgtes. y Ravignani, Asambleas Constituyentes Argentinas, Buenos Aires 1937 t. IV pág. 875 y sgtes.; pág. 1050 y sgtes.).

En otro orden de asuntos la adecuación a los principios de derecho público constitucionales del acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina de 1966 puede estudiarse en Zavala Ortiz, Negociaciones para el Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina, Buenos Aires, 1966.

También se suscita la cuestión de la competencia de la Nación para celebrar tratados internacionales en materias que son de competencia exclusiva de las provincias según la Constitución. En la práctica constitucional el Estado federal, que conduce las relaciones exteriores de la Nación, tiene facultades para celebrar tratados aun en materias que la Constitución reserva a las provincias. Hay tratados por los cuales la Argentina ha cedido a un Estado extranjero fracciones de territorios provinciales sin el consentimiento de las provincias. Así, el tratado de límites con Bolivia del 9 de julio de 1925 sin el consentimiento de Salta y Jujuy. Después de la reforma de 1994 las provincias pueden celebrar tratados en materia de su competencia. Pero tales facultades provinciales no pueden juzgarse exclusivas y concurren con la jurisdicción nacional para celebrar tratados internacionales aun en materias puramente locales.

Bien se advierte pues que no es dable adoptar una hermenéutica asaz dogmática del art. 27 de la Constitución Nacional con prescindencia de las valoraciones históricas que obligan a tomar en cuenta los nuevos desarrollos del derecho internacional.

Aquella inteligencia dogmática y en cierto modo obsoleta de la supremacía soberana del derecho interno hubiese hecho imposible por cierto adherir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la jurisdicción de su Corte que se hicieron bien antes de la Reforma de 1994, por ley 23.054.

16) Que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquéllos están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía, con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional. Por ejemplo si el principio de imprescriptibilidad (art. I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) se viera supeditado y por ende enervado, por el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional. O si el derecho de réplica (art. 14, Convención Americana sobre Derechos Humanos) se viera en la práctica derogado por el art. 14 de la Constitución Nacional. Precisamente el fin universal de aquellos tratados sólo puede resguardarse por su interpretación conforme al derecho internacional, lo contrario sería someter el tratado a un fraccionamiento hermenéutico por las jurisprudencias nacionales incompatible con su fin propio.

17) Que para decidir sobre la prescripción invocada corresponde determinar si el delito que por el que se acusa a Arancibia Clavel encuadra en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Al respecto, el art. I de ésta establece: "Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido...b) los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debido a la política de 'apartheid' y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos". De acuerdo con el art. II "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 conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración".

En razón de tal referencia normativa, corresponde examinar el Estatuto del Tribunal Militar

Internacional de Nuremberg al cual remite la citada Convención. Según el art. 6 (c) del citado Estatuto, debe entenderse por crímenes de lesa humanidad los "asesinatos, exterminaciones, sometimiento a esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Los jefes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer alguno de los antedichos delitos son responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan".

18) Que respecto de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad la Cámara Nacional de Casación Penal afirmó que "no debe perderse de vista que esta sentencia no comprende los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda ni siquiera el doble homicidio calificado por el que en la instancia anterior fue condenado el aquí acusado sino la acción atribuida a este último de tomar parte en la asociación ilícita, adecuada al tipo básico de nuestro derecho penal común, que de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, del 8-VIII-1945 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (1) del 13-II-1946 y 95 (1) del 2-XII-1946" cuyo texto transcribió. Después de citar doctrina afirmó la imposibilidad de arribar a una definición segura en la materia y añadió que "Habrà de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 5º y ss, especialmente, el art. 7º) hecho en Roma el 17 de julio de 1998".

19) Que, como se advierte, la sentencia impugnada carece de fundamentación suficiente sobre el punto pues se limita a una afirmación dogmática sin efectuar análisis alguno de la conducta punible en relación con los hechos de la causa establecidos por el tribunal y a sostener que no existe una definición segura en las convenciones internacionales.

20) Que de la definición dada por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, surgen los elementos necesarios para determinar si la conducta reprochada en autos constituye delito de ese tipo. En efecto, de ella 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. En este sentido 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 (arts. I y II).

21) Que el art. 6 (c) de la Carta o Estatuto del Tribunal Internacional más arriba citado, al definir los crímenes de lesa humanidad incluye a "otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra...". Esta definición, pese a su amplitud,

resulta sumamente precisa en cuanto permite incluir dentro de ella a un delito *iuris gentium*, como el terrorismo. Este se patentiza mediante una desproporción total entre el fin político o ideológico buscado y el medio empleado, con la consecuente violación de los más elementales principios de la convivencia humana civilizada. Dado que el terrorismo implica la comisión de crueldades sobre gente inocente e indefensa causa un sufrimiento innecesario y un peligro inútil para las vidas humanas de la población civil. Se trata de un sistema de subversión del orden y la seguridad pública que, si bien en la comisión de ciertos hechos aislados puede apuntar a un Estado determinado, últimamente se caracteriza por desconocer los límites territoriales del país afectado, constituyéndose de este modo en una seria amenaza para la paz y la seguridad de la comunidad internacional. Es por ello, que su persecución no interesa exclusivamente al Estado directamente perjudicado por sus acciones, sino que se trata de una meta cuyo logro beneficia, en última instancia, a todas las naciones civilizadas, que por ello están obligadas a cooperar en la lucha mundial contra el terrorismo, tanto por la vía de los tratados internacionales vigentes, cuanto por la coordinación de sus derechos internos encaminada a la mayor eficacia de aquella lucha (ver, entre otros, García Mora, Manuel, *Crimes Against Humanity and the Principle of Non Extradition of Political Offenders*, Michigan Law Review, Vol. 62, abril 1964, N° 6; Jacques Borricand, *L'extradition des terroristes*, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, julio-septiembre de 1980, N° 3; Miguel Angel Bercaitz, *La Guerra Sucia. La obediencia debida*, Buenos Aires, 1985; Pablo A. Ramella, *Crímenes contra la Humanidad*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986; Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, T. II; Fallos: 319:510, disidencia del juez Boggiano y 321:1928, disidencia de los jueces Boggiano y López).

22) Que, por otra parte, el derecho internacional público consuetudinario y convencional se ha hecho eco de la necesidad de cooperación internacional para la represión del terrorismo, así como de cualquier ataque indiscriminado a la población civil indefensa. Cabe destacar en este sentido los siguientes instrumentos internacionales: la Convención sobre el Genocidio de 1948; el Convenio Relativo a la Protección de las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, del 21 de octubre de 1950 y el Protocolo Adicional Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, del 7 de diciembre de 1978; las convenciones de La Haya del 16 de diciembre de 1970 y de Montreal, del 23 de septiembre de 1972, sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y represión de actos ilícitos contra la seguridad en la aviación civil; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1968; la Convención para Prevenir y Castigar los Actos de Terrorismo, aprobada por la Asamblea de la OEA, en 1971; la Convención sobre la Prevención y Castigo de Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas, incluyendo agentes diplomáticos, de 1973; la Convención Europea contra el Terrorismo, firmada en Estrasburgo en 1977; el acuerdo suscripto con el gobierno de la República de Italia sobre la Cooperación en la Lucha contra el Terrorismo, el tráfico ilícito internacional de estupefacientes y la criminalidad organizada (ley 24.530); la Resolución 1373 (2001) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante la cual se reafirma la necesidad de luchar con

todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, contra las amenazas a la paz y la seguridad internacionales representadas por los actos de terrorismo; el Acuerdo de Cooperación suscrito con el Gobierno de la República de Turquía para Combatir el Contrabando Internacional de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, el Terrorismo Internacional y la Criminalidad Organizada (ley 24.809); el Acuerdo sobre Cooperación en Materia de Combate contra el Tráfico Ilícito y Abuso de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas, Terrorismo Internacional y otros Crímenes Graves, suscrito con el Gobierno del Estado de Israel (ley 25.597); Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, abierto a la firma en Nueva York - Estados Unidos de América, el 12 de enero de 1998 (ley 25.762).

23) Que las situaciones conflictivas actuales presentan agentes que no son estados sino entes derivados de la disgregación de los estados o vinculados a reivindicaciones independentistas o con organizaciones criminales, en especial grupos terroristas. La lucha contra el terrorismo ha de librarse también en la política internacional. Y, en todo caso, el uso de la fuerza contra el terrorismo no puede renunciar a los principios de un estado de derecho. No sería aceptable la solución de la derrota del terrorismo con prescindencia de los derechos humanos fundamentales pues la violación de esos derechos no puede ser justificada con el pretexto inaceptable de que se trata de cuestiones internas de un Estado.

24) Que el criterio adoptado en esta causa no es ajeno al espíritu más tradicional de la jurisprudencia de esta Corte en cuanto excluye de la impunidad a acciones de barbarie o vandalismo. Así, en el caso de la excarcelación de Ricardo López Jordán (Fallos: 21:121) se la denegó por la circunstancia de haber autorizado durante la rebelión gran número de homicidios. El Tribunal agregó que se había adoptado tal criterio aun cuando fuera posible que el acusado lograra desvanecer los cargos, lo cual era deseable "por su propio bien y por honor del país y de la humanidad". Iguales consideraciones aparecen en Fallos: 54:432, considerando 3°.

La misma doctrina fue aplicada para condenar a los responsables de la masacre de la Estación Pirovano (Fallos: 115:312), ocurrida cuando un grupo de suboficiales y soldados participantes de la rebelión de 1905 se amotinaron contra los dirigentes locales de la insurrección y los asesinaron. En el caso, la Cámara Federal de La Plata, cuya sentencia fue confirmada por esta Corte, expresó: "los homicidios llevados a cabo...no son formas o manifestaciones necesarias, tendientes a preparar o llevar a cabo el acto de rebelión o necesarios para la consecución y feliz éxito de la contrarebelión, que los procesados afirman haber tenido la intención de efectuar...Son actos de 'barbarie inútil'". Esta línea de jurisprudencia fue seguida en Fallos: 254:315 y 286:59, en oportunidad de examinar el alcance que debía otorgársele a los efectos exculporios de las leyes de amnistía 14.436 y 20.508 respectivamente.

Finalmente, en el caso de la extradición del médico alemán Gerhard Bohne (Fallos: 265:219), acusado de ser jefe de una organización encargada de eliminar enfermos mentales en forma masiva y metódica, mediante el uso de cámaras de gas, se expresó que "ni la alegación de propósitos políticos, ni la de supuestas necesidades militares, puede ser admitida como

fundamento para negar la extradición, cuando se trata de hechos delictuosos claramente contrarios al común sentir de los pueblos civilizados, dada su específica crueldad e inmoralidad; esto, sin perjuicio de señalar que tal alegación... ninguna relación ostensible guarda con las infracciones políticas o militares". Es oportuno destacar que, al igual que en el presente caso, la acusación no versaba sobre la comisión directa de los hechos sino sobre la participación en una organización destinada a llevar a cabo las apuntadas atrocidades (conf. Fallos: 319:510, disidencia del juez Boggiano y 321:1928, disidencia de los jueces Boggiano y López).

25) Que de lo precedentemente expuesto se desprende que se halla tipificado como delito del *ius gentium* el formar parte de una organización destinada a cometer delitos de lesa humanidad, entre los que también cabe incluir al terrorismo. Esta era la finalidad de la actuación de la DINA en el exterior respecto de los opositores en el exilio al régimen de facto. En efecto, la confabulación lo era para cometer delitos de lesa humanidad, pues las víctimas de aquéllos constituían un grupo perfectamente determinado. En otras palabras, la mencionada asociación integrada por miembros o personas vinculadas a un organismo oficial extranjero se confabuló para una cierta categoría de delitos y no otros.

26) Que, en el caso, no se halla cuestionado que Arancibia Clavel, desde marzo de 1974 hasta noviembre de 1978 en que fue detenido, integró la DINA exterior, organismo oficial chileno que, en los hechos, consistía en una asociación de más de tres personas, que tenía la finalidad de cometer delitos enderezados a la persecución de opositores políticos al régimen de facto instalado en la República de Chile. Esto se concretaba en secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción y falsificación de documentos, tráfico ilegal de armas, acopio de explosivos y material de guerra, homicidios de cautivos, especialmente de notorios personajes que integraron el gobierno constitucional chileno derrocado, con supresión y sustitución de su identidad. También está fuera de discusión que los hechos precedentemente mencionados perseguían el inequívoco propósito de amedrentar a dirigentes políticos en el exilio para desalentar su organización y sus actividades. En suma, el fin de la asociación era perseguir, reprimir y exterminar de modo sistemático a los disidentes de la dictadura.

27) Que también quedó probado que el rol de Arancibia Clavel dentro de la aludida asociación ilícita era relevante en virtud de sus fluidas relaciones con servicios de inteligencia y fuerzas de seguridad argentinas y agentes secretos extranjeros, así como por su demostrada capacidad para organizar una elaborada red de colaboradores locales e informantes a fin de obtener un acabado conocimiento sobre el quehacer de los exiliados chilenos. En tal sentido, no puede soslayarse que se tuvo por demostrada su participación en los tormentos de que fue víctima la ciudadana chilena Laura Elgueta que se había refugiado en el país ya que su vida y libertad se hallaban en riesgo en virtud de su pertenencia a un grupo disidente. Por lo demás, en determinado momento, el encartado encubrió sus actividades bajo la supuesta calidad de empleado de una entidad bancaria oficial chilena.

28) Que de lo expuesto se sigue que el accionar de la DINA en el exterior constituía el

necesario correlato de lo que estaba ocurriendo en la República de Chile y se hallaba encaminado a afianzar ese estado de cosas reñido con los más elementales principios del derecho universal de los derechos humanos. En otras palabras, la dictadura no sólo tenía sus cimientos en la represión interna sino que ésta se proyectó al exterior para complementarla. Nos hallamos pues en presencia de delitos indeterminados contra un grupo claramente definido, esto es de los disidentes de la dictadura donde quiera fuese el lugar del mundo donde se hallaren.

29) Que en el caso no se presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario.

30) Que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Este 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 (Regina v. Finta, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es solo aparente pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial.

31) 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 solo un hecho.

Esta Corte, en cambio, no puede adherir a la autoridad de la casación francesa en cuanto juzga que ningún principio del derecho tiene una autoridad superior a la ley francesa ni permite declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, ni prescindir de los principios de legalidad y de no retroactividad de la ley penal más severa cuando se trata de crímenes contra la humanidad (Corte de Casación, *Fédération Nationale des désportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*, 20 de diciembre de 1985; N° 02-80.719 (N° 2979 FS) - P+B, 17 de junio de 2003). Cabe advertir, con cierto énfasis, que Francia no es parte en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

32) Que el principio de irretroactividad de la ley penal ha sido invariable jurisprudencia de esta Corte no tratándose de delitos de lesa humanidad, pues no es posible hallar precedente alguno que contemple delitos de esa índole. Fue recién en el caso *Priebke* en el que esta Corte entendió que la calificación de los delitos de lesa humanidad depende de los principios del *ius cogens* del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148).

33) Que resulta de aplicación el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa

humanidad derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto de la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad. En suma, 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.

En rigor el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (Fallos: 43: 321; 176:218; 316:567 disidencia del juez Boggiano).

34) Que la responsabilidad internacional de la Nación se torna de particular intensidad y gravedad tratándose de normas de *ius cogens* y *erga omnes* como son las que rigen en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Ello así, pues el art. 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados somete a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia las controversias en que se cuestiona una norma de *ius cogens*, esto es una norma inderogable de derecho internacional.

35) Que, además, la imperatividad de tales normas las torna aplicables aun retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (Fallos: 319:2779).

36) Que 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 argentino.

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

Este mismo principio surge del Preámbulo de dicha Convención cuando expresa que "...en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo". En este sentido advierte que "la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes".

Asimismo se reconoce que es oportuno "afirmar" el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación internacional. De los trabajos preparatorios de la Convención surge que se empleó el verbo "afirmar" en lugar de "enunciar" a fin de poner de manifiesto la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Informes de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 XXII, aprobada por el Consejo Económico y Social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y Resolución

2338 (XXII) de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967).

38) Que tal regla es ahora de valor y jerarquía constitucionales y por su especificidad respecto de los delitos que contempla tiene un ámbito material distinto y particular respecto de la norma general de prescriptibilidad sobre los demás delitos. Ambas reglas tienen la misma jerarquía constitucional y por consiguiente las normas especiales de imprescriptibilidad solo rigen para los delitos contemplados en la Convención citada, que no está debajo de la Constitución Nacional sino a su misma altura (Fallos: 319:3148).

39) Que, no cabe pues predicar que el citado instrumento internacional está subordinado a la Constitución pues se identifica a ella. El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención ya citada, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución.

Derecho de
gentes

40) Que, por lo demás, 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 gentes.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase.

ANTONIO BOGGIANO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077) en concurso real con participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos Santiago José Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (art. 80, incs. 2º y 4º del Código Penal, según ley 20.642).

2º) Que a raíz del recurso interpuesto por la defensa, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción con relación al delito de asociación ilícita simple y sobreseyó en la causa y respecto de Arancibia Clavel en orden al delito contemplado en el art. 210, párrafo primero, del Código Penal.

Contra dicha decisión, la querrela Cen representación del gobierno de Chile interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3º) Que en lo que aquí interesa la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte desde marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional CDINA exterior, dependiente del gobierno de facto chileno), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc. Dentro de la organización, Arancibia Clavel tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizaba identidades falsas y ocultaba sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

4º) Que al calificar la conducta de Arancibia Clavel de haber tomado parte en la asociación precedentemente descrita el tribunal oral consideró, de conformidad con la posición postulada por el querellante, que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el art. 210 bis, Código Penal, en su redacción actual, que reprime más gravemente las asociaciones ilícitas que reúnan al menos dos características particulares (i.a. diez o más 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. Como fundamento para aplicar el texto actual, tuvo en cuenta que en los delitos permanentes (como la asociación ilícita) la ley aplicable al momento de comisión es la vigente al momento del cese de la conducta delictiva; en el caso, el art. 210 bis vigente en 1978 preveía un tipo penal más gravoso (versión ley 21.338: "Se impondrá reclusión o prisión de cinco a doce años, si la asociación dispusiera de armas de fuego o utilizare uniformes o distintivos o tuviere una organización de tipo militar. La pena será de reclusión o prisión de cinco a quince años, si la asociación dispusiera de armas de guerra y tuviere una organización de tipo militar. Los cabecillas, jefes, organizadores o instructores serán reprimidos de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. La misma pena se impondrá si la asociación estuviere organizada total o parcialmente con el sistema de células"), que, por aplicación de la ley más benigna (art. 2, Código Penal) quedaba desplazado por el actual art. 210 bis.

5º) Que, en contra de ello, la cámara de casación afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, "jamás pudo contribuir 'a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional'", en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático, y concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del art. 210 bis, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (art. 210 bis, versión ley 21.338) ya no

se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del art. 210, por ser "la única disposición penal que define al comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el de juzgamiento". Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años (arg. arts. 59, inc. 3º, 62, inc. 2º, 63, 67 párr. 4 y 210 del Código Penal).

6º) Que con relación a este último punto el a quo rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, por tratarse de delitos de lesa humanidad, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Dicha conducta afirmó de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los "crímenes de lesa humanidad" que definió como "...los asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados...". En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y "habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...".

7º) Que la querrela fundó sus agravios ante esta Corte en el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del art. 210 bis a la conducta del imputado, cuando la cuestión no había sido expresamente planteada por la defensa, y cuestionó por arbitraria la interpretación que el a quo realizó de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna.

8º) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa, así como la atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto actualmente en el art. 210 bis del Código Penal de la Nación, remiten al examen de cuestiones de derecho procesal y común, ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48. Por otra parte, y en cuanto al planteo de la arbitraria interpretación de la ley penal efectuada por el a quo, cabe destacar que tal arbitrariedad no se vislumbra en la sentencia impugnada, toda vez que la Cámara de Casación efectuó un análisis correcto de las exigencias del tipo penal aplicable, y por demás fundado, con lo que el agravio del recurrente, en este sentido, sólo se limita a fundar su discrepancia con el criterio adoptado.

9º) 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 querrela ante la Cámara de Casación y no fue mantenido explícitamente en esta instancia, corresponde que sea tratado por la Corte toda vez que el examen de la cuestión debe ser efectuado a partir de principios del derecho internacional y de precedentes de esta misma Corte que imponen la

consideración ineludible de un planteo relativo a un crimen de ese carácter para evitar posibles responsabilidades ulteriores del Estado Nacional que correspondan en eventual aplicación de lo dispuesto por el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. criterio expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los considerandos 70 y 71 y jurisprudencia citada en la nota 47 del caso *Bulacio v. Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C N° 100).

10) Que queda planteado, en primer lugar, el alcance del pronunciamiento de esta Corte toda vez que los agravios de los recurrentes se referían al exceso de jurisdicción del a quo al decidir que no correspondía aplicar lo dispuesto por el art. 210 bis del Código Penal al imputado. Sin embargo, la consideración de la presente causa no puede quedar desligada del hecho de que la querrela había planteado ante la Cámara de Casación que los hechos investigados en la causa constituyen delitos de lesa humanidad imprescriptibles en virtud de la incorporación del derecho de gentes al ordenamiento jurídico argentino (art. 118 de la Constitución Nacional) y que ese principio era considerado como un principio del *ius cogens* del derecho internacional al momento de los hechos (ver resultando 3°, párrafo b, de la sentencia de dicho tribunal).

La cuestión de este examen tiene particular importancia porque la Cámara de Casación ha puesto en cuestión la relación del delito de asociación ilícita con los delitos de lesa humanidad y con las dificultades que existen en el actual estado de la ciencia jurídica para definir este tipo de crímenes aberrantes. A la luz de estos argumentos resulta necesario que el Tribunal se expida en concreto sobre los fundamentos de orden jurídico de derecho constitucional y de derecho internacional de protección de los derechos humanos que sostienen la convicción acerca del deber de proseguir estas causas como un deber de los estados miembros de la comunidad internacional en general y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en particular.

I. EL MARCO DE ANÁLISIS GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

11) Que el examen de la presente controversia debe partir de la propia calificación que el tribunal oral ha dado a la conducta de los imputados para encuadrarla en el marco de un amplio y sistemático procedimiento dirigido por una organización la DINAC cuyo objetivo en el caso era la persecución de opositores al régimen militar chileno y que alcanza más precisamente a las tareas cumplidas por dependientes de aquel organismo en el territorio de la República Argentina entre las que se hallaban secuestros, interrogatorios bajo tormentos y sustracción de identificaciones para su nueva utilización previa falsificación. Dicha base fáctica será analizada especialmente de acuerdo con las pautas axiológicas que surgen del sistema normativo formado por la Constitución Nacional y por los tratados incorporados (art. 75, inc. 22) porque es a partir de ese umbral de protección de los derechos humanos que corresponde determinar la vigencia de la petición formulada por la querrela y el deber de expedirse al respecto por los órganos jurisdiccionales.

12) Que desde esta perspectiva, el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos Cdel 10 de diciembre de 1948C ha postulado el reconocimiento de la

dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Asimismo, el Preámbulo dispone que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Las cláusulas concernientes a la protección de los derechos humanos insertas en la declaración se sustentan, además, en la Carta de las Naciones Unidas que en su art. 55, inc. c, dispone que dicha organización promoverá el respeto universal de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades, y que en su art. 56 prescribe que todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la organización, para la realización de los propósitos consignados en el art. 55. Tales disposiciones imponen la responsabilidad, bajo las condiciones de la Carta, para cualquier infracción sustancial de sus disposiciones, especialmente cuando se encuentran involucrados un modelo de actividad o una clase especial de personas (conf. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, pág. 463).

13) Que estas declaraciones importaron el reconocimiento de los derechos preexistentes de los hombres a no ser objeto de persecuciones por el Estado. Toda interpretación acerca de la protección de los derechos humanos básicos debe tener en cuenta, pues, que esta declaración y los restantes tratados mencionados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional no crean estos derechos sino que admiten su existencia y es precisamente sobre esa base que se ha edificado el derecho internacional penal de salvaguarda de los derechos humanos desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

14) Que la necesaria protección de los derechos humanos a la que se han comprometido los estados de la comunidad universal no se sustenta en ninguna teoría jurídica excluyente. En realidad, sus postulados sostienen que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos, lo cual no implica optar por excluyentes visiones iusnaturalistas o positivistas. La universalidad de tales derechos no depende pues de un sistema positivo o de su sustento en un derecho natural fuera del derecho positivo (conf. Carlos Santiago Nino, *Etica y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1984, pág. 24). El sistema internacional de protección de los derechos humanos se ha constituido con un objetivo claro que va más allá de las diversas pretensiones de fundamentación para la punición contra crímenes aberrantes y que afectan la misma condición humana. Esta concepción del derecho internacional procura excluir ciertos actos criminales del ejercicio legítimo de las funciones estatales (Bruno Simma y Andreas L. Paulus, *The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: a positivist view*, 93 *American Journal of International Law* 302, 314; 1999) y se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre que es reconocida en la declaración mencionada y que no se presenta exclusivamente a través del proceso de codificación de un sistema de derecho positivo tipificado en el ámbito internacional.

15) Que también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado (ver sentencia del caso Velásquez Rodríguez del 29 de julio de 1988, párrafo 165, serie C N° 4) que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. La Comisión Interamericana recordó que en otra ocasión había puntualizado que "la protección de los derechos humanos, en especial de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal" (La expresión "leyes" en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A nro. 6, párr. 21), aspectos que también fueron considerados por la Corte Interamericana en la sentencia Castillo Petrucci del 30 de mayo de 1999, serie C N° 52).

II. EL SOSTENIMIENTO HISTÓRICO Y CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE GENTES.

16) Que este sistema de protección de los derechos humanos de los individuos se sostiene en principios que se encuentran en los orígenes del derecho internacional y que Cde algún modo lo trascienden pues no se limitan al mero ordenamiento de las relaciones entre las entidades nacionales sino que también atienden a valores esenciales que todo ordenamiento nacional debe proteger independientemente de su tipificación positiva. El estudio del recurso extraordinario planteado por la querrela se enhebra con estos presupuestos básicos que, en el actual estado del desarrollo de la ciencia jurídica, influyen en la actuación misma de esta Corte a la hora de considerar el ámbito de su competencia para decidir respecto de un crimen de lesa humanidad.

17) Que corresponde señalar que desde comienzos de la Edad Moderna se admitían una serie de deberes de los estados en sus tratos que eran reconocidos por las naciones civilizadas como postulados básicos sobre los cuales debían desarrollarse las relaciones internacionales, sin perjuicio de la observación del derecho de gentes que corresponde a cada una de las naciones en su interior (*iure gentium...intra se*) (Francisco Suárez, *Las Leyes De Legibus*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, pág. 190, II, c. 19, n1 8; también citado por John P. Doyle, *Francisco Suárez on The Law of Nations*, en *Religion and International Law* (Mark W. Janis y Carolyn Evans eds.), La Haya, Martinus Nijhoff Publications, 1999, pág. 110 y nota 105, y Johanes Messner, *Ética Social, Política y Económica a la Luz del Derecho Natural*, Madrid, Rialp, 1967, pág. 442 y nota 202). Se trataba, en el léxico de aquel tiempo, de probar mediante un método a posteriori el derecho natural que debía regir entre las naciones que se hallaban, con cierto grado de probabilidad, entre las más civilizadas en el orden jurídico

universal (Grocio, *Le droit de la guerre et de la paix*, París, Guillaumin, 1867, Tomo I, L. I. Cap. I. párr. XII, pág. 87 y Michael P. Zuckert, *Natural Rights and the New Republicanism*, Princeton, Princeton University Press, 1998), pauta sostenida en los principios fundamentales de justicia que no pueden quedar restringidos solamente a las leyes de la guerra (Juicio de Wilhelm List y otros, Tribunal Militar de los Estados Unidos en Nuremberg, United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials on War Criminals*, vol. VIII, 1949, pág. 49).

18) Que el derecho de gentes importaba un sistema complejo estructurado a partir de principios generales del derecho y de justicia, igualmente adaptable para el gobierno de los individuos en un estado de igualdad natural, y para las relaciones y conductas entre las naciones, basado en una colección de usos y costumbres, en el crecimiento de la civilización y del comercio y en un código de leyes convencionales y positivas. Dicho concepto suponía una suerte de moralidad básica a la que debía atarse la conducta de las naciones entre sí y con relación a sus habitantes que se estructuraba en un ordenamiento jurídico y ético que iba más allá de los sistemas internos positivos entonces existentes. Los elementos obligatorios del derecho de gentes no podían ser violados por la legislación positiva, eran vinculantes para todos, las legislaturas no debían prevalecer sobre ellos y el orden jurídico se entendía como declarativo de tales derechos preexistentes (Emerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, París, Guillaumin Ced. orig. 1758C 1863, t. I, LXVIII, y Steward Jay, *Status of the Law of Nations in Early American Law*, 42 *Vanderbilt Law Review* 1989, 819, 827). En este sentido, George Nichols señalaba en la convención ratificatoria del Estado de Virginia que el derecho de gentes (law of nations) no había sido decretado por ninguna nación en particular; que no había algo así como un particular derecho de gentes, sino que el derecho de gentes era permanente y general. Era superior a cualquier acto o ley de cualquier nación; implicaba el consentimiento de todas ellas, y era mutuamente vinculante con todas, entendiéndose que era para común beneficio de todas (The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution, editado por Jonathan Elliot, Filadelfia, J.B. Lippincott Company, 1901, t. III, pág. 502).

19) Que la importancia de esa tradición jurídica fue recogida por el art. 102 de la Constitución Nacional (el actual art. 118) en cuanto dispone que todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

20) Que la vinculación con tales principios implica, como se advierte, la continuación de una tradición jurídica sustancial que ha sido conformadora del moderno sistema de derecho internacional. Se trata de una copia casi textual del art. 117 de la Constitución de Venezuela que también se refería al derecho de gentes en el art. 71. Asimismo, los Estados Unidos de América habían reconocido la importancia de ese tipo de reclamos en la Alien Tort Claims Act

que integraba la Judiciary Act de 1789 (capit. 20, párr. 9, b) y en el art. III, secc. 20, parr. 3, de la Constitución norteamericana. También era compartida esta visión por el principal doctrinario del common law en el siglo XVIII en cuanto sostenía que "el derecho de las naciones es un sistema de reglas, deducible por la razón natural, y establecido por consentimiento universal entre los habitantes civilizados de la tierra; para decidir todas las disputas, regular todas las ceremonias y protocolos, y para asegurar la observancia de la justicia y de la buena fe en aquel trato que debe frecuentemente suceder entre dos o más estados independientes y los individuos pertenecientes a cada uno de ellos" (Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Chicago, Callaghan, 1899, T. I Ccorrespondiente al libro IVC pág. 1262).

21) Que la especial atención dada al derecho de gentes por la Constitución Nacional de 1853 derivada en este segmento del proyecto de Gorostiaga 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 (ver en tal sentido Joseph Story, Commentaries on the Constitution of the United States, Boston, Hilliard, Gray and Company, 1833, Vol III, cap. XX, 1154 a 1158; también James Kent, Commentaries on American Law, Vol. I, parte I, New York, Halsted, 1826, especialmente caps. I, II y IX).

22) Que, en estos casos en que queda comprometida la dignidad humana de las personas sometidas a persecuciones provenientes de una organización criminal sustentada en la estructura estatal corresponde atender a una interpretación dinámica de dicha cláusula constitucional para responder en el estado de avance cultural actual a los requerimientos de un debido castigo para aquellos que cometen crímenes contra el delito de gentes (conf. arg. Fallos: 322:2735, considerandos 6º y 9º y 315:952, considerando 3º). A la luz de lo expresado, corresponde concluir que la Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de ese derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente con el consiguiente deber de su aplicación correspondiente por los tribunales respecto a los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción. 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.

23) Que la existencia de esta regla de conducta entre las naciones y la conformación de un derecho de gentes aplicable también para la protección de los derechos humanos individuales se vislumbra en Juan B. Alberdi en cuanto señalaba que "el derecho internacional de la guerra como el de la paz, no es...el derecho de los beligerantes; sino el derecho común y general del mundo no beligerante, con respecto a ese desorden que se llama la guerra, y a esos culpables,

que se llaman beligerantes; como el derecho penal ordinario no es el derecho de los delincuentes, sino el derecho de la sociedad contra los delincuentes que la ofenden en la persona de uno de sus miembros. Si la soberanía del género humano no tiene un brazo y un poder constituido para ejercer y aplicar su derecho a los Estados culpables que la ofenden en la persona de uno de sus miembros, no por eso deja ella de ser una voluntad viva y palpitante, como la soberanía del pueblo que ha existido como derecho humano antes que ningún pueblo la hubiese proclamado, constituido y ejercido por leyes expresas" (Juan B. Alberdi, *El Crimen de la Guerra*, cap. II, n° IX pub. en *Obras Selectas* edición de Joaquín V. González, Buenos Aires, Lib. La Facultad, 1920, T. XVI, pág. 48). Asimismo Alberdi hacía hincapié en la necesaria vinculación entre el derecho interno y las normas del derecho internacional humanitario en cuanto puntualizaba que "el derecho de gentes no será otra cosa que el desorden y la iniquidad constituidos en organización permanente del género humano, en tanto que repose en otras bases que las del derecho interno de cada Estado. Pero la organización del derecho interno de un Estado es el resultado de la existencia de ese Estado, es decir, de una sociedad de hombres gobernados por una legislación y un gobierno común, que son su obra. Es preciso que las naciones de que se compone la Humanidad formen una especie de sociedad o de unidad, para que su unión se haga capaz de una legislación o de un gobierno más o menos común" (ob. cit. pág. 190).

24) Que, asimismo, este Tribunal ha reconocido en diversas ocasiones la importancia de esta incorporación del derecho de gentes al sistema institucional de nuestro país que no queda limitado, pues, a la exclusiva consideración de las normas locales y que se encuentra, por el contrario, interrelacionado con este sistema de convivencia general de las naciones entre sí que supone, en definitiva, la protección de derechos humanos básicos contra delitos que agravan a todo el género humano. Importaba, en resumidas cuentas, el reconocimiento declarativo de la existencia de ese conjunto de valores superiores a las que debían subordinarse las naciones por su mera incorporación a la comunidad internacional (ver, en diversos contextos, los precedentes de Fallos: 2:46; 19:108; 62:60; 98:338; 107:395; 194:415; 211:162; 238:198; 240:93; 244:255; 281:69; 284:28; 311:327; 312:197; 316:965; 318:108; 319:2886; 322:1905; 323:2418; 324:2885).

25) Que a la fecha de la sanción de la Constitución de nuestro país era ya reconocido que el hecho mismo de la incorporación de un nuevo Estado al concierto de las naciones de la Tierra implicaba su sometimiento a este derecho de gentes (conf. las palabras de John Jay en el caso *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419, 474 (1793) de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América) entendido este como un sistema de reglas que la razón, la moralidad y la costumbre han establecido entre las naciones civilizadas como su derecho público (James Kent, *Commentaries on American Law*, New York, Halsted, 1826, Vol. I, parte I; ver también en este sentido Jordan J. Paust., *International Law as Law of the United States*, Durham, Carolina Academic Press, 1996, pág. 1 y jurisprudencia citada en notas de págs. 10 a 50). Asimismo, la Corte norteamericana había distinguido entre un derecho de gentes general que ha sido establecido por el general consentimiento de la humanidad y obliga a todas las naciones; un

derecho de gentes convencional sustentado en el consentimiento expreso, aunque no universal, y que sólo obliga a las naciones que hayan dado su asentimiento y el derecho de gentes consuetudinario construido sobre el consenso tácito y que es sólo obligatorio para aquellas naciones que lo hayan adoptado (Ware v. Hilton 3 U.S. 199, 227; 1796; basado en Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite el aux affaires des nations et des souverains*, París, Guillaumin, 1863, t. I, prefacio, pág. 64).

III. SOBRE LA EVOLUCION DEL DERECHO DE GENTES, LA ACEPTACIÓN DEL IUS COGENS Y LAS OBLIGACIONES QUE DE ÉL EMERGEN

26) Que, por otro lado, el derecho de gentes se encuentra sujeto a una evolución que condujo a un doble proceso de reconocimiento expreso y de determinación de diversos derechos inherentes a la dignidad humana que deben ser tutelados de acuerdo con el progreso de las relaciones entre los estados. Desde esta perspectiva se advierte que los crímenes del derecho de gentes se han modificado en número y en sus características a través de un paulatino proceso de precisión que se ha configurado por decisiones de tribunales nacionales, por tratados internacionales, por el derecho consuetudinario, por las opiniones de los juristas más relevantes y por el reconocimiento de un conjunto de normas imperativas para los gobernantes de todas las naciones; aspectos todos ellos que esta Corte no puede desconocer en el actual estado de desarrollo de la comunidad internacional.

27) Que, por consiguiente, la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía Cal momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como ius cogens. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del ius cogens se basan en la común concepción desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XXC en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas.

28) Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ver informe 62/02, caso 12.285 Michael Domínguez v. Estados Unidos del 22 de octubre de 2002) ha definido el concepto de ius cogens en el sentido de que deriva de conceptos jurídicos antiguos de "un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir" y "como normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como para proteger la moral pública en ellas reconocidas". Su principal característica distintiva es su "relativa indelebilidad", por constituir normas del derecho consuetudinario internacional que no pueden ser dejadas de lado por tratados o aquiescencia, 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 la diferencia del derecho consuetudinario tradicional a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia (párrafo 49, con cita de CIDH, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Informe Anual de la CIDH 1987, párrafo 55).

29) Que antes de la comisión de los delitos investigados ya la discusión entre reconocidos publicistas respecto al carácter obligatorio del *ius cogens* había concluido con la transformación en derecho positivo por obra de la Conferencia Codificadora de Viena, reunida en el actual 1968 en primera sesión (conf. el artículo contemporáneo a tales debates de Pedro Antonio Ferrer Sanchís, Los conceptos "ius cogens" y "ius dispositivum" y la labor de la Comisión de Derecho Internacional en Revista Española de Derecho Internacional, segunda época, vol. XXI, nº 4, octubre-diciembre 1968, Madrid, Instituto "Francisco de Vitoria", 763, 777). En efecto, la unánime aceptación del *ius cogens* es evidenciada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 26 de marzo al 29 de mayo de 1968, U.N. Doc. A/Conf. 39/11 (conf. Cherif Bassiouni, Crimes against Humanity in International Criminal Law, 2a. ed., La Haya, Kluwer Law International, 1999, pág, 217, nota 131). La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada el 22 de mayo de 1969 (ratificada por la ley 19.865) dispone en el art. 53 cuyo título es "Tratados contrarios a normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)" que "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

Estas normas del *ius cogens*, sin embargo, no son una gratuita creación de la Comisión de Derecho Internacional ya que la presencia en el seno de esa institución de juristas representativos de los principales sistemas jurídicos del mundo contemporáneo que dieron su aprobación unánime a ese texto es índice de que las normas imperativas de derecho internacional general son generalmente aceptadas y reconocidas como válidas (Julio Angel Juncal, La Norma Imperativa de Derecho Internacional General ("*ius cogens*"): los criterios para juzgar de su existencia, en La Ley 132-1200; 1968) y la existencia de ese orden público internacional es, desde luego, anterior a la entrada en vigencia de ese tratado en cada uno de los países que lo han ratificado en sus respectivos órdenes nacionales porque, por naturaleza, preexiste a su consagración normativa en el orden positivo.

30) Que la Corte Internacional de Justicia declaró específicamente que "una esencial distinción debe ser trazada entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo, y aquellas que surgen en relación con otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su misma naturaleza las primeras son de interés de todos los estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, puede ser sostenido que todos los estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*" (Barcelona

Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgement, I. C.J. Reports 1970, pág. 3).

31) Que esta doctrina relacionada con obligaciones internacionales de un rango superior que prevalecen sobre las normas legales nacionales existía ya antes de la Segunda Guerra Mundial y posteriormente recibió el apoyo de diversos publicistas de derecho internacional en el sentido de que la prohibición de ciertos crímenes internacionales reviste el carácter de *ius cogens* de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho (Arnold D. McNair, *The Law of Treaties*, 213-24, 1951 y Gerald Fitzmaurice, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, 92 *Recueil des Cours de l'Academie de La Haye* 1, 1957; citados por M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, pág. 218 y Karen Parker y Lyn Beth Neylon, *ius cogens: Compelling the Law of Human Rights*, 12 *Hastings International and Comparative Law Review*, 411; 1989).

32) Que también ha sido señalado que resulta característico del *ius cogens* el hecho de que sus disposiciones prescriben cierta conducta positiva o negativa incondicionalmente, de modo que forman el fundamento de los principios sustantivos que subyacen al derecho internacional. Desde esta perspectiva, la conducta contraria es por naturaleza carente de fundamento en derecho e ilegal. A pesar de que se parecen al derecho natural, las normas perentorias del *ius cogens* pueden de hecho desarrollar y cambiar en el tiempo, como las concepciones internacionales de correcto e incorrecto (conf. Christopher A. Ford *Adjudicating ius cogens*, 13 *Wisconsin International Law Journal*, 145, 1994).

33) Que el *ius cogens* también se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos estados. Lo que el antiguo derecho de gentes castigaba en miras a la normal convivencia entre estados (enfocado esencialmente hacia la protección de los embajadores o el castigo de la piratería) ha derivado en la punición de crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Ius cogens and Obligatio Erga Omnes*, 59 *Law and Contemporary Problems*, 56; 1996; Antonio Cassese, *International Law*, Londres, Oxford University Press, reimp. 2002, págs. 138 y 370, y Zephyr Rain Teachout, *Defining and Punishing Abroad: Constitutional limits of the extraterritorial reach of the Offenses Clause*, 48 *Duke Law Journal*, 1305, 1309; 1999) teniendo en cuenta que el derecho internacional crece a través de decisiones alcanzadas de tiempo en tiempo en procura de adaptar principios a nuevas situaciones (Juez Robert H. Jackson en su informe del 7 de junio de 1945 como presidente del Consejo por los Estados Unidos en la Persecución de los Criminales de Guerra del Eje, reimpresso en 39 *Am. J. Int'l L.* 178 - Sup. 1945).

El castigo a ese tipo de crímenes proviene, pues, directamente de estos 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, pues, 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 autores.

IV. SOBRE LAS FUENTES DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD

34) Que resulta pues necesario determinar cuáles son las fuentes del derecho internacional para verificar si el delito de asociación ilícita dirigido a la comisión de crímenes contra la humanidad también tiene las mismas características en cuanto al deber de punición que corresponde en estos casos respecto de los acusados y si reviste el carácter de imprescriptible de los delitos a los que se dirige el objetivo de ese acuerdo entre dos o más personas.

35) Que para el conocimiento de las fuentes de este derecho internacional debe atenderse fundamentalmente a lo dispuesto por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que establece en su art. 38 que "esta Corte, cuya función es decidir de acuerdo con el derecho internacional aquellas disputas que le sean sometidas, aplicará:

- a. Las convenciones internacionales, generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los estados en disputa;
- b. La costumbre internacional, como evidencia de la práctica general aceptada como derecho,
- c. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas
- d. Con sujeción a las disposiciones del art. 49, las decisiones judiciales de los publicistas más altamente cualificados de varias naciones, como instrumentos subsidiarios para la determinación de las reglas del derecho".

36) Que los crímenes contra la humanidad habían sido considerados ya en el Prólogo a la Convención de La Haya de 1907 en cuanto se señalaba que hasta que se haya creado un más completo código de leyes de la guerra, las altas partes contratantes consideran conveniente declarar que en casos no incluidos en las regulaciones adoptadas por ellas, los habitantes y beligerantes quedan bajo la protección y la regla de los principios del derecho de las naciones (law of nations), como resultan de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad, y los dictados de la conciencia pública (un lenguaje similar había sido usado en el punto 9 del Preámbulo de la Convención de la Haya de 1899 y posteriormente fue utilizado en los Protocolos I y II de 1977 de la Cuarta Convención de Ginebra).

37) Que el art. 6 (c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para la Persecución de los Mayores Criminales de Guerra para el Teatro Europeo según la Carta de Londres del 8 de agosto de 1945C definía como crímenes contra la humanidad al homicidio, exterminación, esclavización, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones basadas en fundamentos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, sea o no en violación del derecho doméstico del país en que hayan sido perpetrados.

38) Que las conductas consideradas en las leyes impugnadas se refieren a los denominados crímenes contra la humanidad cuyo presupuesto básico es que también se dirigen contra la persona o la condición humana y en donde el individuo como tal no cuenta, contrariamente a lo que sucede en la legislación de derecho común nacional, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción. Tales delitos se los reputa como cometidos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales (considerandos 31 y 32 del voto de los jueces Moliné O'Connor y Nazareno y del voto del juez Bossert en Fallos: 318:2148).

39) Que, por otro lado, la Carta de las Naciones Unidas implantó entre los estados nacionales su sumisión a un conjunto de obligaciones respecto de los habitantes de cada nación de modo que debían adoptar las medidas tendientes a evitar la vulneración de derechos fundamentales, entre los que indudablemente se encuentra la persecución de aquellos delitos que afectan los derechos humanos fundamentales. La falta de un aparato organizado de punición respecto de los estados nacionales no implica que deba omitirse el castigo de los crímenes contra la humanidad, porque precisamente una de las características peculiares en la persecución de estos crímenes consiste en que, en diversas ocasiones, no es posible su represión efectiva ante la ausencia de un marco nacional de punición que ha quedado insertado en un proceso político en el cual las mismas personas que cometieron tales hechos impiden, de un modo u otro, la búsqueda de la verdad y el castigo de los responsables. La protección de tales derechos humanos y el establecimiento de la carta misma supone la inexistencia de mecanismos suficientes para proteger los derechos de los habitantes de la comunidad universal.

40) Que la Carta de la ONU marca, pues, el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma del modelo de Westfalia difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. Representa un auténtico pacto social internacional histórico y no metafórico, acto constituyente efectivo y no mera hipótesis teórica o filosófica por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales inter pares, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no es un simple *pactum associationis*, sino además, un *pactum subiectionis*. En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no solo los estados, sino también los individuos y los pueblos (Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pág. 145; en similar sentido ver también Lea Brilmayer, *International Law in American Courts: A Modest Proposal*, 100 *The Yale Law Journal*, 2277, 2297; 1991 y el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29).

41) Que dada la vigencia de estos principios básicos reconocidos por las naciones civilizadas y que se han incorporado de un modo progresivo al sistema universal como un orden que vincula a todos los estados independientemente de su consentimiento, corresponde, por consiguiente,

examinar el modo en que los alegados crímenes de lesa humanidad se han incorporado al sistema normativo argentino.

42) 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 (conf. arg. Fallos: 318:2148, considerando 4º), lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos. En realidad, se ha edificado, en primer lugar, sobre nociones de protección los derechos de todos los hombres a la vida, a la seguridad y a la propiedad y su consolidación se ha configurado por la práctica consuetudinaria general de las naciones civilizadas. Sin embargo, resulta claro también que este derecho penal internacional de protección de los derechos humanos contra los crímenes de lesa humanidad se afirma sobre el concepto de *ius cogens* o de orden público internacional en cuanto todos los estados se encuentran obligados a su aceptación independientemente de la existencia de un consenso previo. Era admitido que ningún Estado podía Cal ingresar al concierto de las naciones encontrarse ajeno al derecho de gentes al momento de la sanción de nuestra Constitución.

Del mismo modo es también obvio que ningún Estado de la comunidad internacional actual puede encontrarse ajeno a la vigencia de este *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. Por consiguiente, corresponde verificar si la conducta constituye un crimen contra la humanidad de acuerdo a las reglas consuetudinaria de derecho internacional o el derecho internacional convencional o en virtud de los principios de derechos reconocidos por la comunidad de las naciones, constituya o no una contravención al derecho vigente en el tiempo y lugar de su comisión en el sistema normativo nacional (ver al respecto la Ley contra los Crímenes contra la Humanidad y de Guerra de Canadá CCrimes Against Humanity and War Crimes Act 2000C art. 4 inc. 3).

43) Que no obsta a la necesaria punición de los crímenes contra la humanidad la falta de precedentes similares de esta Corte o de una definición del tipo penal similar a la aplicable en los estados nacionales porque, precisamente, la excepcionalidad de los hechos investigados requiere ponderar la excepcional actividad desplegada por los integrantes de la asociación ilícita teniendo en cuenta también que el castigo de las aberrantes actividades indicadas en la sentencia del tribunal oral debe ser enmarcado dentro del deber impuesto a todos los estados de la comunidad internacional de perseguir a los responsables de estos actos aberrantes. Se trata, en definitiva, de considerar las pautas y los principios que el derecho internacional ha construido en el último medio siglo para punir la práctica de delitos aberrantes y para evitar que, bajo cualquier procedimiento formal, la búsqueda y punición de sus responsables sea evitada mediante el solo fundamento en procedimientos legislativos Cprevios o *post facto*C que puedan convalidar tales crímenes.

V. LA ASOCIACION ILICITA COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD.

44) Que los forjadores del sistema penal internacional constituido desde fines de la Segunda

Guerra Mundial tuvieron en cuenta desde sus inicios la necesidad de castigar a los miembros de agrupaciones cuyo objetivo era la comisión de crímenes contra la paz y contra la humanidad y desde tal perspectiva incorporaron figuras tales como la conspiración o la participación en organizaciones criminales que tienen coincidencias parciales. Aunque sustanciales con el tipo de la asociación ilícita consagrado en el art. 210 del Código Penal. Sin perjuicio de lo expresado, debe tenerse en cuenta que la ponderación de las figuras penales formadas en estos casos se vincula con pautas propias del derecho internacional de los derechos humanos que priman sobre los principios clásicos del derecho penal dadas las excepcionales circunstancias en que esas conductas aberrantes se han producido.

45) Que en este sentido el Acuerdo para la Persecución y el Castigo de los Mayores Criminales de Guerra del Eje Europeo, Carta del Tribunal Militar Internacional según el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 se refirió en su art. 6 (a) a "los jefes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración (conspiracy)" para cometer crímenes contra la paz; la Proclamación Especial para el Establecimiento de un Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente del 19 de enero de 1946 mencionó en su art. 5 entre los delitos sometidos a juicio por crímenes contra la paz a los que intervinieron en el planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra declarada o no declarada de agresión, o de una guerra en violación del derecho internacional, tratados, acuerdos o declaraciones, o participación en un plan común o conspiración (conspiracy) para el cumplimiento de cualquiera de los precedentes hechos: a. Crímenes Convencionales de Guerra; Crímenes contra la Humanidad.

Asimismo, el principio VII de Derecho Internacional reconocido por la Carta del Tribunal de Nuremberg y en la sentencia del juicio adoptados en 1950 por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas creada por la resolución 17 (II), párrafo 80 de la Asamblea General para formular "los principios del derecho internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Nuremberg y en el Juicio del Tribunal" consideraba incluido dentro de ese marco a la complicidad en la perpetración de un crimen contra la paz, un crimen de guerra, o un crimen contra la humanidad como se expuso en el principio VI es un crimen bajo el derecho internacional. El informe de Robert H. Jackson, representante de los Estados Unidos para la Conferencia Internacional sobre los Juicios Militares del 29 de diciembre de 1947 señalaba, además, que "esta carta promulga el principio de que los individuos más que los estados son responsables por las violaciones criminadas al derecho internacional y se aplica a tales infractores el principio de conspiración (conspiracy) según el cual cualquiera que se una en un plan común para cometer un crimen se convierte en responsable por los actos de cualquier otro conspirador en la ejecución del plan".

La sentencia del Tribunal Militar Internacional para los Criminales de Guerra afirmó en su sentencia del año 1946 que "una organización criminal es análoga a una conspiración criminal en que la esencia de ambas es la cooperación para propósitos criminales. Debe haber un grupo unido en conjunto y organizado para un propósito común. El grupo debe estar formado o

usado en conexión con la perpetración de crímenes denunciados por la Carta" (Juicio de los Mayores Criminales de Guerra ante el Tribunal Militar Internacional, Nuremberg, Vol. XXII, pág. 500).

46) Que la clave de conexión entre el tipo penal nacional de la asociación ilícita y la configuración de los tipos propios de la conspiración del derecho anglosajón se encuentra en el hecho esencial de que en ambos casos se trata de un acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito (sobre el concepto de conspiracy ver la Criminal Law Act 1977 sección 1 de Gran Bretaña; R. v. Anderson [1986] A.C. 27 Cámara de los Lores; Andrew Ashwort, *Criminal Law*, 40 ed., Londres, Oxford University Press, 2003, pág. 45; Sanford H. Kadish y Stephen J. Schulhofer, *Criminal Law and its processes*, 60. ed, New York, Little, Brown and Company, 1995, pág. 743; lo expresado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en los casos *Pinkerton v. United States* 328 U.S. 640, 644 (1946); *Callanan v. United States*, 364 U.S., 587 (1961); *Iannelli v. United States*, 420 U.S. 770, 777 y nota 10 (1975); Paul H. Robinson, *Fundamentals of Criminal Law*, 20 ed., Boston, Little, Brown and Company, 1995, pág. 298. A veces se le incorpora la calificación, basada en el common law, de que puede consistir en la perpetración de un acto ilícito, o de un acto lícito mediante medios ilícitos (basado en la decisión de la Cámara de los Lores en *Mulcahy v. R.* (1868) L.R. 3 H. L. 306 y Wayne R. LaFave y Austin W. Scott, J.R., *Criminal Law*, 20 ed., West Publishing, St. Paul, 1991, pág. 525; *Elliott and Wood's, Cases and Materials on Criminal Law*, 70 ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1997, pág. 446), aspecto este último característico de ese sistema normativo (conf. John Kaplan y Robert Weisberg, *Criminal Law. Cases and Materials*, 20 ed., Boston, Little, Brown and Company, 1991, pág 663) y que no se equipara a la definición de asociación ilícita contemplada en el derecho continental.

47) Que en el Estatuto de Roma se mencionan formas tradicionales de participación (art. 15, incs. a y b) y figuras que se asemejan más a la tradición del common law (arts. 25, inc. b) respecto al modo en que debe enfocarse el juicio de aquéllos cuyas conductas quedan encuadradas en las definiciones de crímenes contra la humanidad tipificados en el art. 7. Pero también es cierto que el mismo estatuto consigna también la punición de quien contribuye de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión por un grupo de personas que tengan un propósito común (common purpose) bastando para la configuración de tal contribución el objetivo (aim) de llevar a cabo la actividad o propósito (purpose) delictivo del grupo, cuando una u otro entraña la comisión de un crimen de la competencia de la Corte.

De lo expresado se advierte que el Estatuto de Roma ha tenido particularmente en cuenta no sólo la conducta del autor o de los partícipes sino que ha considerado en especial la existencia de propósitos dirigidos a cometer delitos de lesa humanidad. En otros términos, se castigan del mismo modo que en nuestra legislación aquellas conductas preparatorias para la comisión de los delitos que incluyen tanto el acuerdo como el tomar parte en una actividad dirigida a ese fin (art. 210 del Código Penal).

48) Que incluso la participación en un grupo o una alianza (entente) para preparar crímenes contra la humanidad ha sido recientemente incorporada como delito penal tipificado en el

derecho interno francés como art. 212-3 del Código Penal entendiéndose que se trata de una forma particular de asociación ilícita que responde, en el derecho anglosajón, al concepto de conspiracy, y, en derecho internacional, a la noción de conspiración, contenida en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (conf. Decimocuarto informe periódico presentado por la República de Francia de conformidad con el art. 9 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial a la Organización de las Naciones Unidas de fecha 5 de julio de 1999, párrafo 87).

49) Que a la hora de considerar la extensión del delito de asociación ilícita respecto del término conspiración (conspiracy) son particularmente ilustrativas las consideraciones de la sentencia del Tribunal Criminal Internacional para Ruanda, Cámara I, sentencia del 27 de enero de 2000 (establecido por la resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU): en cuanto allí se destacó que los elementos constitutivos de la conspiración (conspiracy), Centente en la versión en francésC como son definidos en ambos sistemas [del derecho de tradición continental y del common law], son muy similares. Basada en estos elementos, la cámara sostiene que la conspiración para cometer genocidio debe ser definida como un acuerdo entre dos o más personas para cometer el crimen de genocidio (considerando 191). Fiscal v. Alfred Musema, Caso No. ICTR 96-13-T, Proceso y Sentencia, 27 de enero de 2000.

50) Que tales normas, decisiones e informe se relacionan también con la doctrina más autorizada al respecto que ha señalado que el Tribunal Militar Internacional fijó tres recaudos para incluir a una persona en una actividad que consiste en tomar parte en una organización criminal: a) que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad, b) que sus integrantes sean voluntarios y c) que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser conscientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización (M. Cherif Bassiouni, Crimes against Humanity in International Criminal Law, 2a. Ed, La Haya, Kluwer Law International, 1999, pág. 385). Estos aspectos de definición del tipo de la conspiración para cometer crímenes de lesa humanidad deberán tenerse en cuenta Ca los fines de la estricta delimitación subjetiva a la hora de considerar la inclusión de las conductas examinadas dentro de este tipo de delitos aberrantes para evitar que sean incluidos en el tipo aquellas actividades de orden rutinario tales como las realizadas por oficinistas o personal administrativo.

51) Que existen, pues, claros vínculos entre los conceptos de asociación ilícita, conspiración en el sentido del derecho anglosajón y conspiración para cometer crímenes de lesa humanidad como para considerar configurado un delito que consiste en el acuerdo para cometer crímenes de ese carácter o por la participación voluntaria en organizaciones cuyo objetivo es como en el caso la persecución de opositores políticos.

En efecto, la conciencia de la comunidad internacional respecto a la necesidad de castigar la conspiración (o asociación ilícita) para cometer crímenes de lesa humanidad se ha ido fortaleciendo desde sus esbozos en la Carta de Londres hasta su tipificación positiva en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (art. III, inc. b) y el Estatuto de Roma que demuestran que el orden público internacional estima que existe un sólido

vínculo entre ese tipo de actos preparatorios y el delito mismo.

52) Que, de acuerdo con lo expresado, las fuentes del derecho internacional imperativo consideran que integrar un acuerdo de personas para cometer actos de lesa humanidad es una conducta equiparable a participar o ejecutar tales actos y que, por consiguiente, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución y el castigo de los integrantes de asociaciones ilícitas, miembros de organizaciones criminales y ejecutores de esos delitos. Con sustento en ello, es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados por el tribunal oral, un orden normativo conformado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes.

53) Que por consiguiente el delito cuestionado de tomar parte en una asociación ilícita que tenía por objetivo la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet se encontraba calificado como un delito cuya persecución corresponde a los órganos estatales. Los derechos tutelados por esa prohibición a no ser objeto de homicidio, desaparición o tortura por los participantes de una organización represiva de un Estado estaban reconocidos en tales convenciones. No es posible suponer que los imputados estimaran que en ese período tales delitos no eran de lesa humanidad. Es más, el silencio y la complicidad para evitar la conexión entre estos delitos y el Estado respectivo pone de manifiesto, por sí sola, la necesidad de esconder crímenes tan horribles para no suscitar la repulsa de la comunidad internacional. Decir que no estaban tipificados como delitos de lesa humanidad es, en realidad, una argumentación que va en contra de la misma conducta de aquellos que cometieron tales delitos. En resumidas cuentas, era tal la conciencia de la humanidad acerca de la repulsión por la comisión de tales crímenes que el mecanismo ponderado por el tribunal oral se usó precisamente para evitar la condena de las naciones civilizadas.

54) Que el sistema positivo de protección de los derechos individuales en el marco del derecho penal se vincula esencialmente con el principio de soberanía estatal que supone el ejercicio regular de tales facultades de punición de los individuos que adoptan conductas antijurídicas y típicas. La regla de ponderación de los crímenes de lesa humanidad no puede sostenerse, por hipótesis, en este régimen de soberanía estatal. La falta de un sistema de soberanía universal impide, por ende, extrapolar esas consideraciones relativas al principio de legalidad que se configura necesariamente por un orden formal basado en un cuerpo legislativo.

55) Que cabe atender a los tratados incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional con jerarquía constitucional para verificar si se encuentra contemplado en ellos el concepto de asociación para cometer crímenes de lesa humanidad.

En tal sentido pueden señalarse las siguientes normas:

a. El art. 3 inc. b de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio dispone que será castigada la asociación para cometer genocidio (conspiracy to commit

genocide).

b. El art. 4 inc. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes dispone que todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal lo cual se aplicará también a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

c. El art. 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que considera a la desaparición forzada, la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometidas por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Dicha tipificación resulta coherente con uno de los objetivos ratificados en el Preámbulo a dicha Convención según el cual "la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad", criterio que parece apuntar la punición de toda organización, acuerdo o agrupación que persiga tales fines. Estas normativas ponen de resalto que existe en la comunidad internacional la intención de castigar tanto la ejecución del acto como los actos preparatorios o la complicidad en la perpetración de aquéllos con el objetivo de evitar esencialmente la repetición de tales delitos y para disuadir a los eventuales delincuentes de seguir ese curso de acción.

56) Que esta inequívoca unión entre la asociación ilícita y la ejecución para cometer crímenes de lesa humanidad que surge desde fines de la Segunda Guerra Mundial y que se pone de resalto en los mencionados tratados de rango constitucional se pone en evidencia en el art. II de la convención aprobada por ley 24.584. En efecto, allí se señala concretamente que si se cometiera alguno de los crímenes mencionados en el art. I C detallados por el sistema normativo de protección de los derechos humanos surgido en la segunda mitad del siglo XX las disposiciones de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.

Resulta, pues, claro que el orden público internacional, el sistema de protección internacional de los derechos humanos, los tratados reconocidos con rango constitucional por el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna, el art. 210 del Código Penal y la ley 24.584 han contemplado que no resulta posible disociar la actividad de aquellos que se agrupan para cometer delitos de lesa humanidad con aquellos que los llevan a cabo como autores.

57) Que lo hasta aquí expresado en modo alguno implica desconocer el principio *nullum crimen sine lege* por cuanto la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, no sólo estaba prevista en el derecho internacional incorporada mediante el art. 118 de la Constitución Nacional, sino que también constituía un delito para el código penal argentino.

Por otra parte el encuadramiento de aquellas conductas investigadas en los tipos penales locales en modo alguno implica eliminar el carácter de crímenes contra la humanidad ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes. En otras palabras, el código penal, además de ser el producto de la política en lo criminal adoptada por el legislador para proteger a sus habitantes, también aparece como el instrumento con el que el Estado argentino asume la punición respecto de determinadas conductas por exigencia de la comunidad internacional.

58) Que, por lo expuesto, las conductas investigadas no sólo eran crímenes para la ley internacional sino que nuestro código preveía una clara descripción de la conducta así como su respectiva sanción, lo que implica preservar debidamente el principio de legalidad cuyo fin es que cualquiera que vaya a cometer un acto ilegal esté claramente advertido con anterioridad por la norma que esa conducta constituye un delito y su realización conlleva una pena. Si bien es cierto que los tipos penales vigentes en nuestro país tal vez no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos reprobados por la comunidad internacional, pues no valoran especialmente aquellas circunstancias que hacen que se consideren crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo el hecho de cometerse en gran escala y de modo sistemático o el móvil racial o político, etc. lo cierto es que lo esencial de tales conductas sí están abarcadas por nuestra legislación, e incluso en la individualización de la pena los jueces tienen conforme a nuestra legislación potestades para ponderar atenuantes y agravantes para calificar el hecho.

VI. SOBRE EL DEBER DE PUNICION DEL ESTADO.

59) Que la integración entre estos principios recibidos por la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes a la persona con el sistema normativo de punición nacional fue una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente a incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma. En efecto, allí se señaló expresamente que lo que se pretendía establecer "es una política constitucional, cual es la de universalizar los derechos humanos, reconocer los organismos supranacionales de solución de conflictos como lo son la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y promover opiniones consultivas de la Corte Interamericana, para que informe sobre el alcance de las normas consagradas en el Pacto, así como también sobre leyes y disposiciones conforme a sus propias resoluciones para asegurar que estén en armonía con el Poder Ejecutivo...La historia nacional y universal ha probado que cuando los estados nacionales violan los derechos humanos, esto sólo puede revertirse por la presencia coactiva de organismos internacionales que aseguren el respeto de los mismos. Los derechos consagrados internamente se convierten en letra muerta cuando el Estado Nacional decide no cumplirlos" (Convencional Alicia Oliveira en la 220 Reunión, 30. Sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, T. III, pág. 2861); (conf. considerando 11 de la disidencia del juez Maqueda respecto de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cantos en la Resolución/2003 Expte.

1307/2003, Administración General del 21 de agosto de 2003).

60) Que este Tribunal, en oportunidad de pronunciarse en el caso "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492) sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (conf. considerando 15 del voto del juez Maqueda en la causa V.34 XXXVI "Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción" del 21 de agosto de 2003 y considerando 15 del voto del juez Maqueda en la causa H.17 XXXVII "Hagelin, Ragnar Erland", del 8 de septiembre de 2003).

61) Que el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Asimismo, el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho "a un recurso efectivo", ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley (en similar sentido el art. 2.2. y 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), (ver en tal sentido lo señalado por la Comisión Interamericana en Monseñor Oscar Romero, caso 11.481).

62) Que de lo expresado resulta que se ha conformado un sistema de protección de los derechos humanos que tiene dos facetas. Por un lado, la profundización de una incorporación al orden positivo de los derechos humanos que venía desarrollándose desde fines de la Segunda Guerra Mundial. El reconocimiento de tales derechos fue precisado mediante la Convención Constituyente de 1994 por la incorporación de tales tratados que establecían de un modo inequívoco lo que ya era reconocido por el derecho de gentes incorporado por el entonces art. 102 de la Constitución Nacional. Por otra parte, ambos pactos establecían el derecho de los afectados en sus derechos humanos a lograr el acceso a la justicia mediante un sistema de recursos en el orden nacional y con la conformación de un tribunal internacional destinado, precisamente, a reparar los incumplimientos de los estados miembros respecto a la tutela de los derechos humanos y a la reparación de los daños causados por su violación en el ámbito interno.

63) Que, por consiguiente, la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Sus normas son claras en el sentido de aceptar la responsabilidad de los estados al haber dado jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Correlativamente la negativa a la prosecución de las acciones penales contra los crímenes de lesa humanidad importa, de modo evidente, un apartamiento a esos principios e implica salir del marco normativo en el que se han insertado las naciones civilizadas especialmente desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas. La incorporación de estos derechos al derecho positivo universal desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las subsecuentes convenciones de protección de diversos derechos humanos han supuesto el reconocimiento este carácter esencial de protección de la dignidad humana. Resulta claro que la admisión de tales declaraciones no es constitutiva de los derechos humanos preexistentes porque ellos pertenecen a los seres humanos independientemente de su protección por los derechos internos.

64) Que el derecho de gentes surge reconocido en las constituciones como un método de protección de los estados nacionales nacientes para evitar reconocer la existencia de tales responsabilidades. Asimismo, la idea de un orden imperativo (*ius cogens*) superior a los mismos estados nacionales que impide de un modo obligatorio la comisión de crímenes contra la humanidad y que considera que no es posible pasar por alto la punición de tales delitos aberrantes formaba parte del sistema universal de protección de derechos humanos al momento en que supuestamente se cometieron los hechos investigados en la presente causa. Sería desventurado que esta Corte se apartara de una tradición jurídica que ha impuesto principios de responsabilidad internacional con relación a crímenes de lesa humanidad que ya habían sido reconocidos como categoría a fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX y cuya punición irrestricta ha sido impuesta como postulado básico de la comunidad internacional de naciones después de la Segunda Guerra Mundial.

65) Que, por lo expresado, el delito de asociación ilícita cometido por funcionarios de un Estado para llevar a cabo actos aberrantes se encontraba también incluido Cal momento de su comisión en la clase de afrentas a los derechos humanos reconocidos por las naciones civilizadas del mundo independientemente del consentimiento expreso de los estados, que la comisión de ese tipo de actos se incluye en la categoría de los delitos de lesa humanidad y que 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 conducta examinadas y, eventualmente, el castigo de los responsables de los crímenes aberrantes ocurridos durante el período citado.

66) Que la no punición se enfrenta, además, con el derecho de las víctimas o de los damnificados indirectos a lograr la efectiva persecución penal de los delitos de lesa humanidad. Representa la victoria de los regímenes autoritarios sobre las sociedades democráticas. Consagrar la protección de los criminales de lesa humanidad supone, al mismo tiempo, dar una licencia eventual a los futuros criminales. Los eventuales óbices procesales respecto a la ausencia de planteo en la instancia extraordinaria de este tipo de cuestiones por la querrela resulta irrelevante a la hora de examinar el marco de la imprescriptibilidad de la cuestión porque la esencia misma de los crímenes de lesa humanidad Centre los que estaba incluido el

de asociación ilícitaC impide considerar que tales delitos puedan considerarse soslayados por el mero hecho de que la querrela no continúe con la denuncia formulada en tal sentido.

67) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas ocasiones que el art. 25 en relación con el art. 1.1. de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los reponsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y obtener una reparación del daño sufrido. En particular, ha destacado que el art. 25 "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención" (caso Castillo Páez, sentencia del 3 de noviembre de 1997, serie C N° 34, párr. 82 y 83; Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C N° 35, párr. 65, Caso Paniagua Morales y otros, sentencia del 8 de marzo de 1998, serie C N° 37, párr. 164 y Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, sentencia del 27 de noviembre de 1998, serie C N° 42, párr. 169). El ejercicio discrecional en la acusación que es válido bajo la ley doméstica puede no obstante quebrantar las obligaciones internacionales de un Estado (ver Diane F. Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regimen*, 100 *The Yale Law Journal*, 2537, 2553; 1991). Las implicaciones del ius cogens se asimilan a un deber y no a un derecho opcional, de otra forma el ius cogens no constituiría una norma imperiosa de derecho internacional. Reconocer la existencia de ciertos crímenes internacionales como ius cogens lleva con esta admisión el deber de perseguir o extraditar para no garantizar impunidad a sus autores (M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Ius cogens and Obligatio erga omnes*, 59 *Law and Contemporary Problems* 63 - 1996).

68) Que, en consecuencia, los estados nacionales tienen el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y procesar a los responsables y evitar la impunidad. La Corte Interamericana ha definido a la impunidad como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana" y ha señalado que "el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares" (conf. casos Castillo Páez, serie C N° 43, párrafos 106 y 107 y Loayza Tamayo, serie C N° 42, párrafos 169 y 170, ambos del 27 de noviembre de 1998). Esta obligación corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y que esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una formalidad (Casos El Amparo, Reparaciones, párr. 61 y Suárez Rosero, Reparaciones, del 20 de enero de 1999, párr. 79).

VII. SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD.

69) Que este sistema interamericano de protección de derechos humanos impone que las actuaciones dirigidas a investigar la verdad de lo ocurrido y a lograr la punición de los responsables de delitos aberrantes sean desarrolladas seriamente por los respectivos estados

nacionales. En otros términos, las actuaciones penales respectivas no pueden constituir procedimientos formales para superar mediante puras apariencias los requerimientos de la Convención Americana ni deben conformarse como métodos inquisitivos que importen la violación del derecho a defensa en juicio de los imputados.

Concretamente la Corte Interamericana ha afirmado en el caso Barrios Altos, serie C N° 75, que "considera 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" (párrafo 41).

70) Que de lo expresado se desprende que el delito de asociación ilícita por tomar parte en una organización dirigida a la persecución de opositores políticos constituye un crimen de lesa humanidad cuyo castigo se encuentra impuesto por normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) para todos los estados nacionales, que debe ser castigado por éstos sin que pueda admitirse la legitimidad de normas que permitan la impunidad de actos aberrantes cometidos en el marco de una amplia persecución estatal y que, por consiguiente, las medidas que impliquen limitar el derecho a un remedio efectivo resultan contrarias a los principios reconocidos en los arts. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2.2. y 2.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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

72) Que la calificación de delitos de lesa humanidad queda unida, además, con la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes según resulta de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968 aprobada por la ley 24.584. Dicha regla también ha sido mantenida por el art. 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Tal decisión sobre la falta de un derecho a la prescripción se vincula, desde luego, con la simétrica obligación de los estados nacionales de adoptar las medidas tendientes a la persecución de este tipo de delitos aberrantes con la consiguiente obligación de no imponer restricciones, de fundamento legislativo, sobre la punición de los responsables de tales hechos.

73) 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. La imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes 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.

74) Que el concepto de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad resulta de particular importancia en el presente caso. En efecto, el sistema de no punición establecido se convertiría en un mecanismo para perpetuar las consecuencias de un sistema ilegítimo de persecución estatal cuyo sustento sólo se encuentra en la formalidad de la sanción legislativa. La aceptación por la comunidad internacional de los crímenes de lesa humanidad no extirpa el derecho penal nacional aunque impone ciertos límites a la actividad de los órganos gubernamentales que no pueden dejar impunes tales delitos que afectan a todo el género humano. Desde esta perspectiva, las decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que deben disponer los ciudadanos para obtener el castigo de tal tipo de delitos no resultan aceptables. De allí surge la consagración mediante la mencionada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad de un mecanismo excepcional pero al mismo tiempo imprescindible para que esos remedios contra los delitos aberrantes se mantengan como realmente efectivos, a punto tal que la misma convención dispone en su art. 1º que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

75) Que, por otro lado, el derecho de gentes entendido tal que se somete nuestro país en este tipo de casos quedaría debilitado de admitirse que los delitos de lesa humanidad pudieran someterse a un régimen similar al que opera en los casos de crímenes comunes. En realidad, desaparecería toda distinción entre ambos conceptos el de los delitos de lesa humanidad y el de los delitos excluidos de esta categoría si se aceptara que la prescripción sería igualmente aplicable para todos los supuestos. Es precisamente el criterio contrario el que cabe aplicar en estos casos, esto es, la comisión de delitos de lesa humanidad con la consiguiente condena de la comunidad internacional y el también consiguiente deber del Estado argentino de castigar estos delitos requiere la necesaria distinción para hacer realmente efectiva la condena a los responsables de estos crímenes.

76) Que la relevancia de esa convención como mecanismo para el logro de una efectiva persecución de los responsables de crímenes aberrantes surge, finalmente, 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 que consagra la imposibilidad de considerar extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito denunciado en la causa.

77) Que, por lo expresado, la negativa del a quo a considerar el delito de asociación ilícita para cometer crímenes de lesa humanidad resulta inadmisibile a la luz de principios del ius cogens que imponen su represión por los órganos estatales y que permiten tipificar a ese delito como autónomo en el actual estado de avance de la ciencia jurídica. Asimismo, los fundamentos expresados revelan que ante la comprobación de una conducta de tales características se impone que este Tribunal intervenga para asegurar el deber de punición que corresponde al Estado argentino en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la Constitución Nacional y de los principios que emanan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, por consiguiente, impiden la aplicación de las normas ordinarias de prescripción respecto de un delito de lesa humanidad tal como lo dispone la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, aprobada por la ley 24.584 e incorporada con rango constitucional mediante la ley 25.778.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CESAR BELLUSCIO

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077) en concurso real con participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (art. 80, incs. 2º y 4º del Código Penal, según ley 20.642).

2º) Que a raíz del recurso interpuesto por la defensa la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada, y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple.

Contra dicha decisión, la querrela en representación del gobierno de Chile interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3º) Que en lo que aquí interesa la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional CDINA exterior, dependiente del gobierno de facto chileno), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en

Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc. Dentro de la organización, Arancibia Clavel tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizó identidades falsas y ocultó sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

4º) Que al calificar la conducta de Arancibia Clavel de haber tomado parte en la asociación precedentemente descripta, el tribunal oral consideró, de conformidad con la posición postulada por el querellante, que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el art. 210 bis, del Código Penal en su redacción actual, que reprime más gravemente las asociaciones ilícitas que reúnan al menos dos características particulares (i.a. diez o más 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. Como fundamento para aplicar el texto actual, tuvo en cuenta que en los delitos permanentes (como la asociación ilícita) la ley aplicable al momento de comisión es la vigente al momento del cese de la conducta delictiva; en el caso, el art. 210 bis vigente en 1978 preveía un tipo penal más gravoso (versión ley 21.338: "(s)e impondrá reclusión o prisión de cinco a doce años, si la asociación dispusiere de armas de fuego o utilizare uniformes o distintivos o tuviere una organización de tipo militar. La pena será de reclusión o prisión de cinco a quince años, si la asociación dispusiera de armas de guerra y tuviere una organización de tipo militar. Los cabecillas, jefes, organizadores o instructores serán reprimidos de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. La misma pena se impondrá si la asociación estuviere organizada total o parcialmente con el sistema de células"), que, por aplicación de la ley más benigna (art. 2, C.P.) quedaba desplazado por el actual art. 210 bis.

5º) Que, en contra de ello, la cámara de casación afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, "jamás pudo contribuir 'a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional'", en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático, y concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del art. 210 bis, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (art. 210 bis, versión ley 21.338) ya no se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del art. 210, por ser "la única disposición penal que define el comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el del juzgamiento". Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años (arg. arts. 59, inc. 3º; 62, inc. 2º; 63; 67, párr. 4, y

210 del Código Penal).

6º) Que con relación a este último punto el a quo rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Dicha conducta afirmó de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los "crímenes de lesa humanidad" que definió como "...los asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados...". En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y "habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...".

7º) Que la querrela fundó sus agravios ante esta Corte en el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del art. 210 bis a la conducta del imputado, cuando la cuestión no había sido expresamente planteada por la defensa, y cuestionó por arbitraria la interpretación que el a quo realizara de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna.

8º) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa, así como la atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto actualmente en el art. 210 bis del Código Penal, remiten al examen de cuestiones de derecho procesal y común ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48.

9º) Que tampoco es revisable por el Tribunal la decisión en cuanto declara la extinción de la acción penal por prescripción, toda vez que la querrela no mantuvo en esta instancia el agravio relativo a la imprescriptibilidad de la acción con fundamento en la calidad de crimen de lesa humanidad que podría asignarse al delito imputado.

En efecto, si esta Corte arribara a una conclusión distinta a la que adoptó el tribunal a quo se vulneraría claramente el derecho de defensa en juicio, en tanto el imputado no habría tenido en esta instancia la posibilidad de cuestionar la calificación de crimen de lesa humanidad y la consiguiente imprescriptibilidad de la acción penal, circunstancia que, por su naturaleza, no puede justificarse bajo ningún concepto.

10) Que, por otra parte, este Tribunal no podría suplir la falencia mencionada declarando de oficio la imprescriptibilidad de la acción penal.

En efecto, el "orden público" vinculado a la cuestión de la prescripción ha sido siempre invocado por los jueces con el fin de declarar de oficio la extinción de la acción penal y no para resolver su interrupción o suspensión. Y no podría ser de otro modo, a poco que se repare en el sentido de la fórmula del orden público en materia de prescripción.

En este cometido corresponde recordar que lo que conmueve al orden público es que una persecución penal que traspasó los límites materiales temporales aptos para su ejercicio prescindiendo de la prescripción operada continúe prolongando sus efectos. Por ello la

declaración de oficio constituye el procedimiento más ágil para conjurar dicha situación.

El sentido de la fórmula del orden público, puede observarse con claridad en el Digesto Italiano; al respecto D' Antonio señala que "(l)a prescripción es de orden público...Cuando el Estado...declara superflua e inútil la imposición de la pena, no corresponde al juez sino declarar de oficio la prescripción, aun ante el silencio de la parte; porque no corresponde a los particulares someterse a la pena, cuando la ley por interés público y general declara que no debe aplicarse (...). La omisión del imputado debe ser suplida por el magistrado, que encarna la autoridad del Estado, como órgano del derecho de juzgar y de condenar" (Il Digesto Italiano, vol. XIX, Parte Prima, Prescrizione (Materia Penale), Unione Tip.- Editrice Torinese, Torino, 1909-1912, págs. 540 y sgtes.).

Es por ello que las consideraciones de orden público siempre han llevado a los tribunales ordinarios a la declaración de la prescripción y no a su revocación. Así se ha sostenido desde antiguo que de otra manera se prolongaría el juicio innecesaria e injustamente en contra de los fundamentos de orden público que autorizan a declararla de oficio, pues basta para ello con la simple comprobación de su existencia, toda vez que la prescripción resta al juicio penal la acción que lo pone en movimiento (en este sentido ver JA T. 33 (1930), págs. 364 y sgtes.).

También esta Corte a partir de lo resuelto en el leading case de Fallos 186:289 (1940) ha elaborado la doctrina según la cual la prescripción en materia penal es de orden público y debe ser declarada de oficio por el tribunal correspondiente. Agregándose luego que se produce de pleno derecho (Fallos: 207:86; 275:241; 297:215; 301:339; 310:2246; 311:1029, 2205; 312:1351; 313:1224; disidencias de los jueces Fayt, Bossert y de Petracchi y Boggiano en 322:360; 323:1785, entre otros) y que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo (Fallos: 322:300). Asimismo se señaló que debe ser declarada en cualquier instancia del juicio (Fallos: 313:1224) y por cualquier tribunal (voto de la mayoría en Fallos: 311:2205).

Mas no debe perderse de vista que en todos los casos el principio fue formulado o bien para considerar que el tribunal a quo estaba habilitado para declarar la prescripción tal como lo había hecho, o bien para suspender el trámite del recurso a resultas de la decisión de los jueces de la causa en orden a la prescripción de la acción ante la posible omisión en que habrían incurrido en cuanto a su deber de declararla de oficio (Fallos: 305:652; 308:245; 322:717; 323:68 y 1785), o bien, por último, para declarar la propia Corte la prescripción de oficio (vgr. aquellas causas provenientes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal, Sala en lo Contencioso administrativo, en las que se aplicaron analógicamente los principios de derecho penal en materia de prescripción, Fallos: 300:716; 301:339 y 304:1395).

Como puede observarse, esta Corte jamás ha declarado de oficio que no se encontraba prescripta la acción penal cuando los tribunales de la causa la habían considerado extinguida. Ello por cuanto como ya se señaló la situación descripta en nada se relaciona con el sentido de la fórmula de afectación al orden público y la consiguiente declaración de oficio, en tanto con ella lo único que procura evitarse es la continuación de un proceso penal cuando la acción se ha extinguido. Por el contrario, aquellas cuestiones vinculadas a su interrupción o suspensión

asimilables a la de imprescriptibilidad nunca han sido resueltas de oficio por el Tribunal.

De lo dicho hasta aquí cabe concluir que la situación que se presenta en el sub lite, es decir aquella en la que el juez de la causa sí declaró la prescripción de la acción penal, no puede ser revocada oficiosamente sin vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado.

Por lo demás, el hecho de que se encuentren involucrados principios del derecho internacional no permite soslayar la falta de mantenimiento del agravio en esta instancia.

11) Que si bien todo lo afirmado sería suficiente para desestimar el recurso interpuesto, resulta necesario realizar Cde modo complementarioC algunas precisiones con respecto a la aplicación de 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.

Al respecto, forzoso es distinguir dos cuestiones que no deben ser confundidas: la primera es la atinente al principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad previsto en la mencionada Convención y la segunda es la que se refiere a la posibilidad de su aplicación retroactiva.

12) Que con respecto al principio de imprescriptibilidad en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 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 sanción de la ley 25.778 del 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional.

Es claro que de este modo las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la mencionada Convención. Por otra parte sin que corresponda pronunciarse aquí sobre su origen, evolución y contenidoC lo cierto es que el principio de imprescriptibilidad que actualmente ostenta rango constitucional no suscita conflicto alguno que deba resolverse, toda vez que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir. Tal como afirmó desde antiguo el Tribunal, la garantía de defensa en juicio no requiere que se asegure a quien la ejercita la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo (Fallos: 193:326; 211:1684 y 307:1466, entre otros).

13) Que una cuestión muy distinta es que este aceptado principio deba aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente. En efecto, toda vez que la aprobación e incorporación con jerarquía constitucional de la Convención mencionada se ha producido con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa, corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita Caun admitiendo aunque resulte dudoso que se trate de un delito de lesa humanidadC puede ser aplicada al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio nullum crimen sine poena legali Cformulado científicamente por Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14 ed., Giessen, 1847, Los principios primeros del

derecho punitivo, parágrafos 19 y 20)C y consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional. **14)** Que cabe adelantar que la aplicación al sub examine de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" resulta contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal, como corolario del principio de legalidad ya formulado.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha interpretado esta garantía como aquella que prohíbe la aplicación de disposiciones penales posteriores al hecho que modifiquen in malam partem cualquier requisito del que dependa la punibilidad del hecho. Así, ha sostenido que el principio de legalidad comprende "la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor leyes ex post facto que impliquen empeorar las condiciones de los encausados...(E)l instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de 'ley penal' desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva" (Fallos: 287:76 in re "Mirás").

Este es el alcance correcto del principio de legalidad en todos sus aspectos, en tanto "la sujeción [a la ley] debe garantizar objetividad: el comportamiento punible y la medida de la pena no deben determinarse bajo la impresión de hechos ocurridos pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino por anticipado y con validez general, precisamente mediante una ley determinada, sancionada con anterioridad al hecho. El principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable (...): especialmente, también la prescripción ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no. El aspecto de confianza de carácter psicológico, extravía hasta llevar a la asunción de que la prescripción no es objeto del principio de legalidad, dado que aquélla no desempeña en el cálculo del autor papel alguno digno de protección. Pero no se trata de eso. Más bien lo decisivo es que el Estado, al prorrogar el plazo de prescripción (...) amplía su competencia para punir, y ello, en la retroactividad deliberada [gewollte Rückwirkung], también bajo la impresión de hechos ya sucedidos, pero aún por juzgar (Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter Verlag, Berlín u. New York, 1991, 4/9; la negrita no pertenece al original).

En el mismo sentido, se ha considerado que la regulación de la prescripción es una cuestión que pertenece a los presupuestos de la penalidad, por lo que de acuerdo con lo que dispone el principio de legalidad no puede modificarse retroactivamente en perjuicio del reo (así Pawlowski, Die Verlängerung von Verjährungsfristen, NJW 1965, 287 ss. y Der Stand der rechtlichen Discussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung, NJW 1969, 594 ss.; Lorenz, Strafrechtliche Verjährung und Rückwirkungsverbot, GA 1968, 300 ss; Arndt, Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung, JZ 1965,148; Grünwald, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR ZStW 80 (1968), pág. 364; Wilms, Zur Frage rückwirkender Beseitigung der Verjährung, JZ 1969, 61; graves objeciones contra la retroactividad formula por razones generales jurídico-constitucionales, P.

Schneider, NS-Verbrechen und Verjährung, Festschrift für O.A. Germann, 1969, pág. 221. Todos citados por H. H. Jescheck en su Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen Segundo, trad. Mir Puig-Muñoz Conde, ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 1239). En la doctrina española puede encontrarse idéntica postura en Muñoz R., Campo Elías - Guerra de Villalaz, Aura E., Derecho Penal, pág. 152 y Morillas Cueva Lorenzo, Curso de Derecho Penal Español, pág. 116.

El profesor Jescheck señala, a su vez, que incluso quienes sostienen la tesis procesalista respecto del instituto de la prescripción, deben tener en cuenta que la prohibición de retroactividad se aplica actualmente cada vez más también a los presupuestos procesales (op. cit., loc. cit). De lo dicho hasta aquí cabe concluir que conceder eficacia ex post a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afecta indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

15) Que el art. I, párrafo inicial e inc. b, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por ley 24.584 del 23 de noviembre de 1995 y con jerarquía constitucional otorgada por la ley 25.778 del 2 de septiembre de 2003, establece que los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido".

Esa disposición comprende, evidentemente, los delitos cometidos antes de la aprobación de la Convención. Sin embargo, no es suficientemente clara, pues puede dar lugar a dos interpretaciones: una, la de que se refiere a los hechos de esa índole respecto de los cuales el plazo de prescripción establecido por la legislación nacional estuviese en curso en el referido tiempo; la otra, la de que alude también a aquellos con relación a los cuales el mencionado plazo estuviese cumplido.

Sin embargo, si la segunda fuese la interpretación correcta, ella no sería admisible en nuestro país en virtud de las especiales condiciones que la reforma constitucional de 1994 ha puesto para que los tratados que menciona tengan alcance constitucional. En efecto, los textos mencionados expresamente en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional Cy, con igual o mayor razón, puesto que no provienen siquiera directamente del poder constituyente, aquellos que el tercer párrafo autoriza al Congreso a incorporarC, si bien "tienen jerarquía constitucional", "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Configuran, pues, normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional (voto del juez Belluscio en Fallos: 321:885). Y es indudable que el principio de irretroactividad de la ley penal Cque se vería afectado si se pretendiese que un tratado o una ley posterior al cumplimiento del plazo de prescripción establecido por la legislación anterior pudiera borrar los efectos de la ya cumplida haciendo renacer una acción penal extinguida por el transcurso del tiempoC resulta del art. 18

de la Constitución Nacional, norma que no puede ser derogada ni alterada por un tratado. Desde otro punto de vista, tampoco resulta aceptable que la gravedad o aun el carácter aberrante de los hechos que se pretende incriminar justifique dejar a un lado el principio de irretroactividad de la ley penal, preciada conquista de la civilización jurídica y política que fue ya consagrada e incorporada en reglas jurídicas de universal aceptación hace más de doscientos años en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, derivación de la Revolución Francesa adoptada el 26 de agosto de 1789, según el cual "la ley sólo debe imponer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser punido sino en virtud de una ley promulgada antes del delito, y legalmente aplicada". En ese sentido, esta Corte ha sostenido constantemente que una de las más preciosas garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional es que ningún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (Fallos: 136:200; 237:636; 275:89; 298:717; 308:2650); y que dicha garantía comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor Cleyes ex post facto que impliquen empeorar las condiciones de los encausados, así como que el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de "ley penal", desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva (Fallos: 17:22; 31:82; 117:22, 48 y 222; 133:216; 140:34; 156:48; 160:114; 169:309; 184:531; 197:569; 254:116, considerando 19; 287:76, considerandos 61 y 71; disidencia del juez Petracchi en Fallos: 318:2226, considerando 71 rectificado). En modo alguno resultaría justificado pretender corregir una aberración de hecho (la de los delitos imputados) mediante una aberración jurídica (la aplicación retroactiva de la ley penal o la restauración de una acción penal extinguida).

Por lo demás, el principio de irretroactividad de la ley penal también se encuentra reconocido en los instrumentos incorporados por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Así, el art. 11, párrafo 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito"; reglas que fueron reiteradas en el art. 15, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscripto en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, y, en el ámbito europeo, por el art. 7, párrafo 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos. Cabe señalar que el segundo párrafo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos agrega que "nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional", pero ese párrafo fue objeto de la reserva dispuesta en el art. 4 de la ley 23.313 que lo aprobó, según la cual "El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional", de modo que la República no se adhirió incondicionalmente a los principios o normas del derecho de gentes, entre los cuales podría incluirse la imprescriptibilidad retroactiva de la acción penal destinada a perseguir los delitos de lesa humanidad; la adhesión se formuló de manera condicionada, y la condición fue que la aplicación de aquellos principios o normas no pudiera realizarse de modo retroactivo, violando la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, sino a partir del momento en que nuestras normas internas les dieran vigencia y hacia el futuro.

La cuestión fue expresamente considerada en el Senado de la Nación durante el debate previo a la sanción de la ley 25.778, en el cual el senador Baglini Cen opinión compartida por los senadores Usandizaga, Maestro, Salvatori, Prades y Gómez DíezC expresó: "Nuestra Carta Magna tiene una primera parte dogmática que ni siquiera fue tocada por la reforma constitucional de 1994, donde existe una piedra angular, que no es sólo de nuestra Constitución sino del derecho internacional, el de todos los países, que es el art. 18, por el que se establecen principios fundamentales que son la garantía común de todos, aun de los ciudadanos que sin merecer el título de tal negaron a algunos el ejercicio de sus derechos...En esta norma está contenido el principio de legalidad. No hay condena sin ley previa al hecho del proceso. Allí está el principio de irretroactividad en materia penal Cseguramente lo volvamos a mencionar cuando tratemos la siguiente iniciativaC, el principio de los jueces naturales y el de la cosa juzgada. Sobre estas cuatro piedras angulares se arma la legislación penal no sólo de la Argentina sino de todo estado democrático". Y después de destacar que "el art. 27 de nuestra Carta Magna señala con toda claridad que cualquier tratado que celebre la Nación tiene que ser conforme a los principios de derecho público que la propia Constitución establece" concluyó en que debía quedar "claramente establecido y entendido que la modificación atinente a la prescripción de los hechos acontecidos con anterioridad a la aprobación de Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra es inconstitucional. Solamente puede regir con relación a los hechos que hubieren tenido lugar a partir del establecimiento de la Convención. De lo contrario, se va a generar una enorme confusión en el campo jurídico y, paradójicamente, se va a producir el efecto contrario al deseado". Y si bien el senador Yoma no concordó con esa interpretación, el senador Pichetto sostuvo que la cuestión debía quedar librada a la interpretación judicial, al manifestar: "Considero que debemos votar por unanimidad la validez del Tratado con la interpretación que todos compartimos, referida al principio de equiparación y de validez de la norma constitucional con el nuevo tratado incorporado en función de lo establecido por el art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Fundamental. Luego, la interpretación final debe corresponder a los jueces puesto que el camino definitivo es que cada caso concreto sea resuelto por la Justicia". Sin perjuicio de lo expuesto, aun cuando se considerase a los tratados internacionales incorporados en la Constitución como normas de idéntico rango a las contenidas en la declaración de derechos y garantías de la primera parte de aquélla, cabe advertir que el principio nulla pœna sine lege previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional Cgarantía

liminar del derecho penal liberal recibida unánimemente por todas las constituciones de los países civilizadosC además de ser reiterado en el antes mencionado artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue acompañado en ella por el art. 7, párrafo 2, que expresa que "nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". En consecuencia, la propia Convención impide introducir una condición de punibilidad que no se hallaba "fijada de antemano" en la normativa vigente al momento de la comisión de los hechos, que es el texto de la Constitución de 1853/60 y la legislación penal dictada en su consecuencia, de conformidad con la cual la acción penal se hallaba sujeta a la prescripción. Por tal razón, la 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 anterioresC un agregado que modifica ex post facto la ley penal vigente al momento de su comisión.

16) Que tampoco se puede admitir que en virtud del ius cogens la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad rigiera en la Argentina al tiempo de cometerse los hechos que se pretende incriminar. Fuera de que la única alusión de la Constitución al derecho de gentes es el art. 118, que constituye solamente una regla de competencia judicial, aunque se considerase que tales hechos constituyeran delitos de lesa humanidad, no resultaría posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del *derecho de gentes+ pues al momento de la comisión de los hechos faltaba la norma específica Cpor supuesto, que vinculara a la República ArgentinaC que estableciera una determinada sanción, o bien la imprescriptibilidad de las sanciones establecidas en la ley local, ya que la convención que había establecido esa imprescriptibilidad ha sido incorporada con posterioridad al ordenamiento jurídico nacional. El indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados en esta causa "no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente. Tanto o más interesa a éste la observancia de sus normas que la persecución de quienes han incurrido en hechos de aquel carácter. Muchos siglos de sangre y dolor ha costado a la humanidad el reconocimiento de principios como el nulla pœna sine lege consagrado en el art. 18 de nuestra Constitución para que pueda dejárselo a un lado mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo, y que, si hoy fuese aceptada por el horror que producen hechos como los imputados..., mañana podría ser extendida a cualquier otro que, con una valoración más restringida o más lata, fuese considerado como ofensivo para la humanidad entera, y no para personas determinadas, un grupo de ellas, o la sociedad de un país determinado. Ello implicaría marchar a contramano de la civilización, sujetando la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no puede ser encuadrada en ley previa al arbitrio de una pseudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados" (disidencia de los jueces Levene (h) y Belluscio en Fallos: 318:2148, considerandos 61, 71 y 8°).

La aplicación de los principios y normas del derecho de gentes, entendido como todo aquello que constituye parte esencial de la conciencia contemporánea y colectiva de los pueblos

civilizados, y, por vía de ésta, la declaración de imprescriptibilidad de las penas correspondientes a hechos anteriores al dictado de las normas nacionales mediante las cuales la Argentina, como Estado soberano, se adhirió a él, equivaldría a regirse por un derecho natural, suprapositivo, constituido por criterios de justicia no previstos en el derecho vigente al tiempo de los hechos de cuyo juzgamiento se trata; en suma, postular que en ausencia de normas constitucionales o legales que calificaran de antemano a los hechos como delitos de lesa humanidad y los consideraran imprescriptibles, igualmente correspondiera aplicarles esa calificación y esa consecuencia porque así lo disponía el derecho penal internacional al cual nuestro país aún no se había adherido. Mirado desde otra perspectiva, de acuerdo con esa tesis el derecho penal internacional resultaría aplicable por analogía o de manera derogatoria del derecho constitucional argentino por considerar que los preceptos contenidos en aquél Cderivados de la conciencia de los pueblos civilizadosC serían de más valor o se corresponderían más exactamente con el ideal común de justicia, a pesar de lo establecido en nuestra Ley Fundamental. Tal conclusión es jurídicamente inaceptable porque parte de la base de considerar que la legislación argentina consagró una suerte de injusticia legal que obliga a reemplazarla por las reglas de valor que forman parte del sentimiento de los pueblos civilizados. Ese sentimiento, no ya nuestro derecho penal positivo, sería la fuente de las normas de conducta.

17) Que por último, cabe señalar que, frente a los mismos textos u otros similares, la sala criminal de la Corte de Casación francesa ha rechazado terminantemente tanto la aplicación retroactiva de acuerdos internacionales en materia penal como la de un supuesto derecho internacional consuetudinario que obligara a aplicar reglas no escritas.

En una causa promovida por el Movimiento contra el Racismo y por la Amistad entre los Pueblos el juez de instrucción rehusó investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en Argelia entre 1955 y 1957, decisión que fue confirmada por la sala de instrucción de la Corte de Apelaciones de París por considerar: 11) Que los hechos denunciados sólo podrían ser perseguidos si revistieran una calificación penal de derecho interno o de derecho internacional; que el art. 212-1 del Código Penal, que define los crímenes contra la humanidad, había sido introducido en la legislación interna el 11 de marzo de 1994, de manera que esa incriminación no puede aplicarse a hechos cometidos anteriormente, y que el art. 11 de la ley del 26 de diciembre de 1964 que declaró imprescriptibles los crímenes contra la humanidad no dio de ellos ninguna definición, por lo que se refirió a textos internacionales preexistentes; que las únicas disposiciones de incriminación en el orden internacional a las cuales Francia se obligó son las previstas por la Carta del Tribunal Internacional de Nuremberg anexa al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, y las incluidas en la resolución de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946, las cuales sólo contemplan los crímenes que tuvieron lugar durante la segunda guerra mundial, de manera que resultaban inaplicables en el caso; 21) que para sostener la acción no es posible invocar una costumbre internacional que si en su caso puede guiar la interpretación de una convención, no puede suplir su ausencia para crear ab initio una incriminación; 31) que la aplicación de la calificación del art. 212-1 del Código Penal a hechos

anteriores, a fortiori ya prescriptos según las disposiciones del derecho común, estaría en contradicción con el principio de irretroactividad de la ley penal que no podría ser discutido sino sobre la base de una disposición expresa del legislador, que faltaba en el caso; que, igualmente, la imprescriptibilidad de hechos anteriores no podría aceptarse sin chocar con el principio general establecido por el art. 112-2, 41, en ausencia de disposiciones específicas en ese sentido.

El recurso de casación basado en la violación del art. 55 de la Constitución Nacional, del estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg anexo al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, de la resolución de las Naciones Unidas del 16 de febrero de 1946, del artículo único de la ley del 26 de diciembre de 1964, de los artículos 7.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos y 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del art. 212-1 del Código Penal, de la ley de amnistía del 31 de julio de 1968, de la superioridad de la norma consuetudinaria represiva internacional sobre las leyes nacionales, del derecho de defensa, y en la ausencia de motivos y falta de base legal, fue rechazado por la Corte de Casación en los siguientes términos:

"Atento que resulta de la sentencia atacada y de las piezas del expediente que el Movimiento contra el Racismo y por la Amistad entre los Pueblos (MRAP) ha denunciado a persona indeterminada y se ha constituido en parte civil por crímenes contra la humanidad en razón de las torturas y ejecuciones sumarias que, en un libro publicado el 3 de mayo de 2001, el general Paul X reveló haber practicado u ordenado practicar sobre la población civil, en Argelia entre 1955 y 1957, cuando era oficial de inteligencia al servicio del ejército francés;

"Atento que, para confirmar la ordenanza de primera instancia, la sala de instrucción consideró que al no poder ser perseguidos bajo la calificación crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados entraban en las previsiones de la ley de amnistía 68-697 del 31 de julio de 1968;

"Atento que al pronunciarse así, los jueces justificaron su decisión;

"Que las disposiciones de la ley del 26 de diciembre de 1964 y las del Estatuto del Tribunal militar internacional de Nuremberg, anexo al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, únicamente conciernen a los hechos cometidos por cuenta de los países europeos del Eje;

"Que, por otra parte, los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de irretroactividad de la ley penal más severa, enunciados por los artículos 8 de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, 7.1 de la Convención europea de derechos del hombre, 15.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 111-3 y 112-1 del Código Penal, constituyen un obstáculo a que los artículos 211-1 a 211-3 de ese código, que reprimen los crímenes contra la humanidad, se apliquen a los hechos cometidos antes de la fecha de su entrada en vigor, el 11 de marzo de 1994;

"Que, en fin, la costumbre internacional no podría suplir la ausencia de texto que incrimine, bajo la calificación de crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados por la parte civil" (sentencia del 17 de junio de 2003, Bulletin criminel, 2003, n1 122, pág. 465; Recueil Dalloz, 2004-92).

El criterio de tan prestigioso tribunal coincide, pues, con el que se acepta en el sub lite.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se desestima la queja. Notifíquese y archívese.

AUGUSTO CESAR BELLUSCIO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077) en concurso real con participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (art. 80, incs. 2º y 4º del Código Penal, según ley 20.642).

2º) Que a raíz del recurso interpuesto por la defensa la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada, y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple.

Contra dicha decisión, la querrela en representación del gobierno de Chile interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3º) Que en lo que aquí interesa la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional CDINA exterior, dependiente del gobierno de facto chileno), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc. Dentro de la organización, Arancibia Clavel tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizó identidades falsas y ocultó sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

4º) Que al calificar la conducta de Arancibia Clavel de haber tomado parte en la asociación precedentemente descripta, el tribunal oral consideró, de conformidad con la posición postulada por el querrelante, que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el art. 210 bis, del Código Penal en su redacción actual, que reprime más gravemente las asociaciones ilícitas que reúnan al menos dos características particulares (i.a. diez o más 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. Como fundamento

para aplicar el texto actual, tuvo en cuenta que en los delitos permanentes (como la asociación ilícita) la ley aplicable al momento de comisión es la vigente al momento del cese de la conducta delictiva; en el caso, el art. 210 bis vigente en 1978 preveía un tipo penal más gravoso (versión ley 21.338: "(s)e impondrá reclusión o prisión de cinco a doce años, si la asociación dispusiere de armas de fuego o utilizare uniformes o distintivos o tuviere una organización de tipo militar. La pena será de reclusión o prisión de cinco a quince años, si la asociación dispusiera de armas de guerra y tuviere una organización de tipo militar. Los cabecillas, jefes, organizadores o instructores serán reprimidos de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. La misma pena se impondrá si la asociación estuviere organizada total o parcialmente con el sistema de células"), que, por aplicación de la ley más benigna (art. 2, C.P.) quedaba desplazado por el actual art. 210 bis.

5°) Que, en contra de ello, la cámara de casación afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, "jamás pudo contribuir 'a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional'", en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático, y concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del art. 210 bis, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (art. 210 bis, versión ley 21.338) ya no se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del art. 210, por ser "la única disposición penal que define el comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el del juzgamiento". Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años (arg. arts. 59, inc. 3°; 62, inc. 2°; 63; 67, párr. 4, y 210 del Código Penal).

6°) Que con relación a este último punto el a quo rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Dicha conducta afirmó de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los "crímenes de lesa humanidad" que definió como "...los asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados...". En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y "habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...".

7°) Que la querrela fundó sus agravios ante esta Corte en el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del art. 210 bis a la conducta del imputado, cuando la cuestión no había sido expresamente planteada por la defensa, y

cuestionó por arbitraria la interpretación que el a quo realizara de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna.

8º) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa, así como la atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto actualmente en el art. 210 bis del Código Penal, remiten al examen de cuestiones de derecho procesal y común ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48.

9º) Que tampoco es revisable por el Tribunal la decisión en cuanto declara la extinción de la acción penal por prescripción, toda vez que la querrela no mantuvo en esta instancia el agravio relativo a la imprescriptibilidad de la acción con fundamento en la calidad de crimen de lesa humanidad que podría asignarse al delito imputado.

En efecto, si esta Corte arribara a una conclusión distinta a la que adoptó el tribunal a quo se vulneraría claramente el derecho de defensa en juicio, en tanto el imputado no habría tenido en esta instancia la posibilidad de cuestionar la calificación de crimen de lesa humanidad y la consiguiente imprescriptibilidad de la acción penal, circunstancia que, por su naturaleza, no puede justificarse bajo ningún concepto.

10) Que, por otra parte, este Tribunal no podría suplir la falencia mencionada declarando de oficio la imprescriptibilidad de la acción penal.

En efecto, el "orden público" vinculado a la cuestión de la prescripción ha sido siempre invocado por los jueces con el fin de declarar de oficio la extinción de la acción penal y no para resolver su interrupción o suspensión. Y no podría ser de otro modo, a poco que se repare en el sentido de la fórmula del orden público en materia de prescripción.

En este cometido corresponde recordar que lo que conmueve al orden público es que una persecución penal que traspasó los límites materiales temporales aptos para su ejercicio Prescindiendo de la prescripción operada continúe prolongando sus efectos. Por ello la declaración de oficio constituye el procedimiento más ágil para conjurar dicha situación.

El sentido de la fórmula del orden público, puede observarse con claridad en el Digesto Italiano; al respecto D' Antonio señala que "(l)a prescripción es de orden público...Cuando el Estado...declara superflua e inútil la imposición de la pena, no corresponde al juez sino declarar de oficio la prescripción, aun ante el silencio de la parte; porque no corresponde a los particulares someterse a la pena, cuando la ley por interés público y general declara que no debe aplicarse (...). La omisión del imputado debe ser suplida por el magistrado, que encarna la autoridad del Estado, como órgano del derecho de juzgar y de condenar" (Il Digesto Italiano, vol. XIX, Parte Prima, Prescrizione (Materia Penale), Unione Tip.- Editrice Torinese, Torino, 1909-1912, págs. 540 y sgtes.).

Es por ello que las consideraciones de orden público siempre han llevado a los tribunales ordinarios a la declaración de la prescripción y no a su revocación. Así se ha sostenido desde antiguo que de otra manera se prolongaría el juicio innecesaria e injustamente en contra de los fundamentos de orden público que autorizan a declararla de oficio, pues basta para ello con la simple comprobación de su existencia, toda vez que la prescripción resta al juicio penal la acción que lo pone en movimiento (en este sentido ver JA T. 33 (1930), págs. 364 y sgtes.).

También esta Corte a partir de lo resuelto en el leading case de Fallos 186:289 (1940) ha elaborado la doctrina según la cual la prescripción en materia penal es de orden público y debe ser declarada de oficio por el tribunal correspondiente. Agregándose luego que se produce de pleno derecho (Fallos: 207:86; 275:241; 297:215; 301:339; 310:2246; 311:1029, 2205; 312:1351; 313:1224; disidencias de los jueces Fayt, Bossert y de Petracchi y Boggiano en 322:360; 323:1785, entre otros) y que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo (Fallos: 322:300). Asimismo se señaló que debe ser declarada en cualquier instancia del juicio (Fallos: 313:1224) y por cualquier tribunal (voto de la mayoría en Fallos: 311:2205).

Mas no debe perderse de vista que en todos los casos el principio fue formulado o bien para considerar que el tribunal a quo estaba habilitado para declarar la prescripción tal como lo había hecho, o bien para suspender el trámite del recurso a resultas de la decisión de los jueces de la causa en orden a la prescripción de la acción ante la posible omisión en que habrían incurrido en cuanto a su deber de declararla de oficio (Fallos: 305:652; 308:245; 322:717; 323:68 y 1785), o bien, por último, para declarar la propia Corte la prescripción de oficio (vgr. aquellas causas provenientes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal, Sala en lo Contencioso administrativo, en las que se aplicaron analógicamente los principios de derecho penal en materia de prescripción, Fallos: 300:716; 301:339 y 304:1395).

Como puede observarse, esta Corte jamás ha declarado de oficio que no se encontraba prescripta la acción penal cuando los tribunales de la causa la habían considerado extinguida. Ello por cuanto Como ya se señaló la situación descrita en nada se relaciona con el sentido de la fórmula de afectación al orden público y la consiguiente declaración de oficio, en tanto con ella lo único que procura evitarse es la continuación de un proceso penal cuando la acción se ha extinguido. Por el contrario, aquellas cuestiones vinculadas a su interrupción o suspensión Asimilables a la de imprescriptibilidad nunca han sido resueltas de oficio por el Tribunal.

De lo dicho hasta aquí cabe concluir que la situación que se presenta en el sub lite, es decir aquella en la que el juez de la causa sí declaró la prescripción de la acción penal, no puede ser revocada oficiosamente sin vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado.

Por lo demás, el hecho de que se encuentren involucrados principios del derecho internacional no permite soslayar la falta de mantenimiento del agravio en esta instancia.

11) Que si bien todo lo afirmado sería suficiente para desestimar el recurso interpuesto, resulta necesario realizar de modo complementario algunas precisiones con respecto a la aplicación de 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.

Al respecto, forzoso es distinguir dos cuestiones que no deben ser confundidas: la primera es la atinente al principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad previsto en la mencionada Convención y la segunda es la que se refiere a la posibilidad de su aplicación retroactiva.

12) Que con respecto al principio de imprescriptibilidad en cuanto rotunda exhortación desde

el plano internacional el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 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 sanción de la ley 25.778 del 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional.

Es claro que de este modo las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la mencionada Convención. Por otra parte Sin que corresponda pronunciarse aquí sobre su origen, evolución y contenido lo cierto es que el principio de imprescriptibilidad que actualmente ostenta rango constitucional no suscita conflicto alguno que deba resolverse, toda vez que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir. Tal como afirmó desde antiguo el Tribunal, la garantía de defensa en juicio no requiere que se asegure a quien la ejerce la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo (Fallos: 193:326; 211:1684 y 307:1466, entre otros).

13) Que una cuestión muy distinta es que este aceptado principio deba aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente. En efecto, toda vez que la aprobación e incorporación con jerarquía constitucional de la Convención mencionada se ha producido con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa, corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita aun admitiendo aunque resulte dudoso que se trate de un delito de lesa humanidad puede ser aplicada al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio *nullum crimen sine poena legali* formulado científicamente por Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14 ed., Giessen, 1847, Los principios primeros del derecho punitivo, parágrafos 19 y 20)C y consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

14) Que cabe adelantar que la aplicación al sub examine de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" resulta contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal, como corolario del principio de legalidad ya formulado.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha interpretado esta garantía como aquella que prohíbe la aplicación de disposiciones penales posteriores al hecho que modifiquen in malam partem cualquier requisito del que dependa la punibilidad del hecho. Así, ha sostenido que el principio de legalidad comprende "la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor Leyes ex post facto que impliquen empeorar las condiciones de los encausados...(E)l instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de 'ley penal' desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva" (Fallos: 287:76 in re "Mirás").

Este es el alcance correcto del principio de legalidad en todos sus aspectos, en tanto "la sujeción [a la ley] debe garantizar objetividad: el comportamiento punible y la medida de la

pena no deben determinarse bajo la impresión de hechos ocurridos pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino por anticipado y con validez general, precisamente mediante una ley determinada, sancionada con anterioridad al hecho. El principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable (...): especialmente, también la prescripción ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no. El aspecto de confianza de carácter psicológico, extravía hasta llevar a la asunción de que la prescripción no es objeto del principio de legalidad, dado que aquélla no desempeña en el cálculo del autor papel alguno digno de protección. Pero no se trata de eso. Más bien lo decisivo es que el Estado, al prorrogar el plazo de prescripción (...) amplía su competencia para punir, y ello, en la retroactividad deliberada [gewollte Rückwirkung], también bajo la impresión de hechos ya sucedidos, pero aún por juzgar (Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter Verlag, Berlín u. New York, 1991, 4/9; la negrita no pertenece al original).

En el mismo sentido, se ha considerado que la regulación de la prescripción es una cuestión que pertenece a los presupuestos de la penalidad, por lo que de acuerdo con lo que dispone el principio de legalidad no puede modificarse retroactivamente en perjuicio del reo (así Pawlowski, *Die Verlängerung von Verjährungsfristen*, NJW 1965, 287 ss. y *Der Stand der rechtlichen Discussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung*, NJW 1969, 594 ss.; Lorenz, *Strafrechtliche Verjährung und Rückwirkungsverbot*, GA 1968, 300 ss; Arndt, *Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung*, JZ 1965,148; Grünwald, *Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften*, MDR ZStW 80 (1968), pág. 364; Wilms, *Zur Frage rückwirkender Beseitigung der Verjährung*, JZ 1969, 61; graves objeciones contra la retroactividad formula por razones generales jurídico-constitucionales, P. Schneider, *NS-Verbrechen und Verjährung*, Festschrift für O.A. Germann, 1969, pág. 221. Todos citados por H. H. Jescheck en su *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen Segundo*, trad. Mir Puig-Muñoz Conde, ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 1239). En la doctrina española puede encontrarse idéntica postura en Muñoz R., *Campo Elías - Guerra de Villalaz*, Aura E., *Derecho Penal*, pág. 152 y Morillas Cueva Lorenzo, *Curso de Derecho Penal Español*, pág. 116.

El profesor Jescheck señala, a su vez, que incluso quienes sostienen la tesis procesalista respecto del instituto de la prescripción, deben tener en cuenta que la prohibición de retroactividad se aplica actualmente cada vez más también a los presupuestos procesales (op. cit., loc. cit). De lo dicho hasta aquí cabe concluir que conceder eficacia ex post a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afecta indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

15) Que, aun cuando pudiera entenderse que es el propio texto de una convención con jerarquía constitucional el que prevé su aplicación retroactiva así lo ha inferido, en base a los arts. I y IV de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los

Crímenes de Lesa Humanidad" un amplio sector doctrinario, aunque no sin detractores, lo cierto es que esa previsión contraria al art. 18 de la Constitución Nacional, resultaría inaplicable para el derecho argentino, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Ley Fundamental. En efecto, en el sistema constitucional argentino el art. 27 determina que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

Los alcances de dicha norma fueron motivo de examen en el seno de la Convención del Estado de Buenos Aires, reunida en 1860, según el Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859. El 30 de abril de 1860, al discutirse la enmienda 15 que abolía la esclavitud, los convencionales debatieron la cuestión de los tratados a raíz del que la Confederación había firmado con el Brasil y que permitía extraditar a los esclavos que habían ingresado al territorio de la república. Cabe recordar aquí al convencional Estévez Seguí, quien en esa oportunidad consideró que era suficiente con el art. 27 para declarar la nulidad de los tratados que no se ajustasen a los principios de derecho público establecidos por la Constitución.

El artículo citado consagra la supremacía de la Constitución más precisamente, de los principios constitucionales frente a los tratados internacionales, y de él proviene la "cláusula constitucional" o "fórmula argentina" expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se debe excluir de los tratados en materia de arbitraje "las cuestiones que afectan a las constituciones de cada país". En consecuencia, los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución, serán nulos "por falta de jurisdicción del gobierno para obligar a la Nación ante otras" (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, Sesión del 26 de agosto de 1909 y volumen IX de sus Obras Completas, págs. 306 a 309).

16) Que a través de esta cláusula, la Constitución Nacional condiciona a "los tratados sobre aquellas cuestiones que pudieran afectar la soberanía y la independencia de la Nación y los principios fundamentales de derecho público sobre los que reposa la organización política de la República. Un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos...En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respeto a la integridad moral y política de las Naciones contratantes" (Joaquín V. González, op. cit. , volumen IX, pág. 52; el resaltado no pertenece al original).

Se trata de una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Esta interpretación preserva Cante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los estados signatarios de un mismo tratado el avance de los más poderosos sobre

los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía.

Es por ello que el art. 27, a la par que prescribe al gobierno federal el deber de afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados, le impone la condición de que ha de ajustarse a los preceptos de la misma Constitución. Es, pues, nula toda cláusula contenida en un tratado que importe un avance sobre esta prescripción constitucional, porque ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo, ni ningún tribunal representativo de los poderes públicos de la Nación, tiene el derecho o la facultad para comprometer los preceptos que afectan a la soberanía. Luego es "insanablemente nula, toda cláusula o pacto que atente contra la integridad, moral, política y soberana de la Nación porque el Congreso no tiene facultad para dictarla, porque sería necesario convocar a una convención constituyente para reformar la Constitución y aprobar un pacto de esta naturaleza" (Joaquín V. González, *ibídem*). En efecto, sólo una reforma constitucional que modificara los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional podría alterar este estado de cosas.

17) Que el límite que el art. 27 de la Constitución Nacional impone a los tratados no le impide a la Nación mantener y cultivar las relaciones de paz, amistad y comercio con las demás naciones y ser partícipe del desarrollo del derecho internacional y de los diferentes procesos que se orientan a un mayor grado de interdependencia entre los estados. Las nuevas situaciones y las nuevas necesidades de carácter internacional, no son ajenas al derecho público argentino, tanto en lo que respecta a la participación activa en la formación de los organismos internacionales como las nuevas esferas en que se mueve el derecho internacional público. La protección internacional integral de los derechos humanos y su respeto universal tal como se reseñó *ut supra* constituyen principios esenciales en los que se apoya el derecho público argentino.

18) Que en absoluta concordancia con el art. 27 de la Constitución Nacional también desde la ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente lo que se denomina un "margen nacional de apreciación", doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. OC-4/84 del 19 de enero de 1984). Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional (Delmas-Marty Mireille, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit común en gestation, en AAVV, Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires, París, 2001, págs. 79 ss. y passim.*).

Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese "margen de apreciación" autónomo de cada Estado en el que la soberanía estatal no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales. De esta manera la introducción

de principios de derecho internacional encuentra su límite en la afectación de esos derechos fundamentales. Es decir, se trata de adaptar las exigencias del derecho internacional con el espacio de autonomías que se reservan los estados individuales sin restringir las garantías básicas de las personas que, en el caso del derecho penal, no son otras que las que se encuentran sometidas a enjuiciamiento. Es indudable entonces, que sobre la base del art. 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio "margen nacional de apreciación" delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus "artículos 14, 16, 17, 18 y 20 (...) franquicias (...) concedidas a todos los habitantes, como principios de derecho público, fundamentales del derecho orgánico interno y del derecho internacional argentino" (Juan Bautista Alberdi, El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853, Obras Completas, tomo IV , Buenos Aires, 1886, pág. 277, el resaltado no pertenece al original).

19) Que, en definitiva, la vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público establecido en esta Constitución (art. 18 de la Constitución Nacional), quizá uno de sus más valiosos. Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando éstos se juzguen en el país.

20) Que ello, a su vez, se condice con la posición que el gobierno argentino asumió al efectuar la reserva al segundo párrafo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aplicación de principios internacionales en caso de crímenes *iuris gentium*). Cabe recordar que el Estado argentino manifestó, para este caso, que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto debía estar sujeta al principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional (reserva del Estado argentino al ratificar el Pacto el 8 de agosto de 1986; art. 4º de la ley 23.313; al respecto ver también las manifestaciones del representante de la delegación argentina, doctor Ruda en el 15º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales, 30 comisión, sesiones 10070 y 10090 del 31 de octubre de 1960 y 2 de noviembre de 1960 respectivamente).

No debe soslayarse, asimismo, que un texto análogo al del apartado segundo, fue excluido del proyecto de lo que después fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica (conf. Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, suscrita en Santiago de Chile el 9 de septiembre de 1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la O.E.A., Washington D.C., 1959).

Con respecto a la específica posibilidad de aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad, es del caso reseñar que el 3 de diciembre de 1973, la Asamblea General de la ONU, adoptó la resolución 3074 (XXVIII) sobre "Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad". Allí se estableció que esos crímenes, dondequiera y cualquiera

que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y en caso de ser declaradas culpables, castigadas (A/CN.4/368, pág. 99). Empero, el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción, pues el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los Estados que adopten una legislación retroactiva..." (Naciones Unidas, Asamblea General, 28° período de sesiones, Documentos Oficiales, 2187 sesión plenaria, 3 de diciembre de 1973, Nueva York, pág. 4). Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación.

En síntesis: la República Argentina ha mantenido un comportamiento inalterado de rigurosa sujeción al principio de legalidad como principio de derecho público y garantía básica de toda persona que se encuentre sometida a enjuiciamiento penal.

21) Que en nada empece lo dicho hasta aquí la nueva jurisprudencia del Tribunal en materia de tratados ni la reforma constitucional del año 1994. Esto es así pues el art. 18 de la Constitución Nacional sigue resultando una barrera infranqueable, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución Nacional cuyo origen y contenido fue reseñado ut supra.

22) Que a partir del leading case "S.A. Martín & Cía. Ltda.", sentenciado en el año 1963 (Fallos: 257:99), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó las bases de su doctrina sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Allí se estableció que ni el art. 31 ni el 100 (actual 116) de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación y que, por tal razón, no existía fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno. Se seguía de lo dicho que regía respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las anteriores. En su expresión clásica: *leges posteriores priores contrarias abrogant*. Como consecuencia necesaria de la igualdad jerárquica señalada, también la doctrina y jurisprudencia norteamericanas citadas en el fallo en cuestión han admitido desde antiguo la aplicación de este principio. Idéntica doctrina se reiteró en Fallos: 271:7, in re "Esso S.A.", del año 1968.

Esta etapa que podría calificarse como la de la jurisprudencia tradicional en la materia se extendió hasta el año 1992, oportunidad en la que la Corte Suprema reelaboró su postura in re "Miguel Angel Ekmekdjian" (Fallos: 315: 1492). La doctrina que se deriva del fallo se asienta en dos argumentos distintos: el primero aludía a la condición de acto complejo federal que caracteriza a un tratado y el segundo, al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Recordemos que esa norma prevé que "(u)na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Con la incorporación de la Convención de Viena (en vigor desde el 27 de enero de 1980) se configuraba en principio para el Tribunal el fundamento normativo a diferencia de lo que ocurría in re "S.A. Martín & Cía. Ltda." para conferir primacía a los tratados internacionales sobre las normas internas.

En el voto mayoritario se establece que la Convención es un tratado internacional,

constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno. Esta convención Continúa el fallo ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley. La aplicación de tal fundamento normativo imponía, entonces, a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con una norma interna contraria. El significado que cabe otorgarle a esta última proposición se explicitará a continuación.

23) Que en ese cometido, cabe recordar que tal como ocurría al dictarse el leading case "S.A. Martín & Cía.", los arts. 27, 30 y 31 de la Constitución Nacional, continúan regulando los vínculos entre el derecho internacional y el interno, normas cuya vigencia no debe desatenderse.

Es por ello que lo afirmado hasta aquí no resulta desvirtuado por lo resuelto en la causa "Miguel Angel Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492). Allí Como ya se señaló en base al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se estableció que debía prevalecer el tratado internacional sobre la norma interna. Mas esto no significa en modo alguno que esta Corte Suprema haya conferido mediante esta norma, primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Lo que sí afirmó este Tribunal, es que a diferencia del precedente "S.A. Martín & Cía.", la incorporación de la Convención de Viena proporcionaba fundamentos para acordar prioridad al tratado sobre la ley. Sólo así el art. 27 de la Convención puede ser compatible con nuestro sistema constitucional.

24) Que tampoco la reforma constitucional de 1994 que incorporó las declaraciones y los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, logran conmovier este estado de cosas, en tanto la vigencia de los arts. 27 y 30 mantiene el orden de prelación entre la Constitución y los tratados internacionales, que de conformidad con el primer artículo citado es la que debe primar en caso de conflicto.

En efecto, los constituyentes establecieron que ciertos instrumentos internacionales de emblemático valor dos declaraciones y siete tratados de derechos humanos enunciados taxativamente gozan de jerarquía constitucional. A su vez, añadieron un mecanismo de decisión con mayoría especial para conferir ese rango a otros tratados de derechos humanos. Sin embargo, debe recordarse que a la par se precisó expresamente que esos instrumentos no derogaban "artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Ello robustece lo hasta aquí afirmado respecto de la vigencia de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional: tales instrumentos prevalecerán sobre las leyes ordinarias y los demás tratados a condición de respetar la prevalencia de los principios de derecho público constitucionales consagrados en la primera parte de ese ordenamiento (disidencia del juez Belluscio en Fallos: 321:885). De allí que su jerarquización de segundo rango exija una ineludible comprobación de su armonía con aquellos derechos y garantías que esta Corte en tanto custodio e intérprete final de la Constitución tiene el deber de salvaguardar. En efecto, es al Poder Judicial a quien

corresponde, mediante el control de constitucionalidad, realizar ese juicio de comprobación.

25) Que con posterioridad a la reforma constitucional, fue en el caso "Cafés La Virginia S.A." (Fallos: 317: 1282), en donde se subrayó que el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asegurar primacía a los tratados sobre una norma interna contraria, señalándose, a su vez, que el principio de supremacía de los tratados sobre las leyes internas deriva de los arts. 31 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

26) Que, sin embargo, la cuestión que debe dilucidarse es si la primacía del Derecho Internacional comprende a la propia Constitución Nacional. Si la respuesta fuera afirmativa, el Derecho Internacional prevalecería sobre el Derecho Interno del país, consagrándose así el monismo en su concepción más extrema. Esta postura Como ut infra se precisará resulta totalmente inaceptable en el sistema constitucional argentino.

27) Que si bien es cierto que en la causa "Fibraca Constructora S.C.A." (Fallos: 316:1669) Cy las que a ella se remiten se estableció que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asignar esa superioridad al tratado internacional "una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales", lo que podría hacer pensar en una jurisprudencia que morigera la doctrina sobre la preponderancia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, no resulta claro si esa interpretación también es aplicable respecto de los tratados de derechos humanos que gozan de "jerarquía constitucional", y en caso afirmativo, cuál sería el contenido que cabe asignar a la expresión "una vez asegurados".

28) Que en diversos votos que informan decisiones de esta Corte se ha entendido que con la incorporación de los tratados mencionados a la Constitución Nacional, ya se dejó sentada su concordancia con los principios de derecho público establecidos en ella, en tanto los constituyentes ya habrían efectuado el juicio de comprobación en virtud del cual habrían cotejado los tratados del art. 75, inc. 22 y los artículos constitucionales y verificado que no se producía derogación alguna de estos últimos. Así se ha afirmado que "la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente...que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir" (conf. causas "Monges", Fallos: 319:3148 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano y López); "Chocobar", Fallos: 319:3241 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López); "Petric", Fallos: 321:885 (votos de los jueces Moliné O'Connor y Boggiano); "Rozenblum", Fallos: 321:2314 (disidencia del juez Boggiano); "Cancela", Fallos: 321:2637 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez); "S., V.", Fallos: 324:975 (voto de los jueces Moliné O'Connor y López y de los jueces Boggiano y Vázquez); "Menem", Fallos: 324:2895 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López); "Alianza 'Frente para la Unidad'", Fallos: 324:3143 (voto del juez Boggiano); "Guazzoni", Fallos: 324:4433 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López); "Mignone", Fallos: 325: 524; entre muchas otras).

29) Que, por el contrario, la tesis que aquí se propugna toma como base normativa al art. 27 de la Constitución Nacional que prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la

Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno. En base a la norma constitucional citada, es al Poder Judicial a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, evaluar, en su caso, si un tratado internacional cualquiera sea su categoría guarda "conformidad con los principios de derecho público establecidos en [la] Constitución" (art. 27 de la Constitución Nacional). En otras palabras, debe asegurarse la supremacía constitucional, tal como ya se había declarado categóricamente en el voto de los jueces Gabrielli y Guastavino in re "Cabrera" (Fallos: 305: 2150), en el que se había ejercido el control de constitucionalidad con fundamento en la función que corresponde a la Corte de salvaguardar la vigencia de la Constitución Nacional.

30) Que, por lo demás, lo afirmado en los precedentes de la Corte ut supra reseñados, resulta inaplicable al sub lite, toda vez que la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" es uno de los tratados a los que se refiere el párrafo tercero del art. 75, inc. 22, cuya jerarquía constitucional ni siquiera ha sido otorgada por el poder constituyente, sino por un poder constituido (ambas cámaras del Congreso con mayoría especial). En efecto, resultaría de un contrasentido intolerable que un tratado de la categoría descripta desconociera principios infranqueables de nuestra Ley Fundamental, reformándola a extramuros de la técnica constitucional establecida en el art. 30 citado.

31) Que como la incolumidad de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional resulta incuestionable, es que lo dicho por el señor Procurador General en la citada causa "Cabrera" continúa manteniendo plena vigencia. Allí afirmó que "los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el art. 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución".

En efecto, en nada se ha apartado la reforma mencionada del principio seminal que consagra la supremacía de la Constitución en relación a los tratados internacionales, como lo había sostenido esta Corte con fundamento en la letra del art. 27, que permanece enhiesto. Como se dijo, esta interpretación es a su vez un corolario del sistema rígido que adopta la Constitución para su reforma (art. 30).

32) Que, entonces, los tratados de derechos humanos a los que hacen referencia los párrafos segundo y tercero del art. 75 inc. 22, son jerárquicamente superiores a los demás tratados los supralegales (art. 75, inc. 22, primer párrafo, e inc. 24)C y por ello tienen jerarquía constitucional, pero eso no significa que sean la Constitución misma. En efecto, la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la Primera Parte de la Constitución (como la retroactividad de la ley penal), aquéllos deban primar sobre el derecho interno. Distinta es la situación que se presenta cuando la norma prevista en el tratado con jerarquía constitucional no deroga y altera el "equilibrio" normativo, sino que puede compatibilizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente (conf. arg. voto del juez Fayt en "Petric", Fallos: 321:885).

De lo afirmado hasta aquí cabe concluir que la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo. En segundo término, se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del art. 75. inc. 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro tercer párrafo del art. 75, inc. 22C (hasta el momento la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad). En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso.

La reforma constitucional sólo modificó la relación entre los tratados y las leyes, ya establecida pretorianamente en la causa "Ekmekdjian" en base al art. 27 de la Convención de Viena, pero en modo alguno entre los tratados Cualquiera fuera su categoría y la Constitución Nacional, lo que jamás habría sido posible por la expresa prohibición a la Convención Constituyente de modificar los arts. 1 a 35 (ley 24.309, art. 7).

Por ello, y en virtud del orden de prelación ut supra explicitado, de concluirse que la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" prevé su utilización retroactiva, este precepto resultaría claramente inaplicable. En efecto, el art. 18 de la Constitución Nacional como norma de jerarquía superior y por lo demás más respetuosa del principio pro homine impediría que pueda aplicarse retroactivamente una derogación al régimen de prescripción de la acción penal.

33) Que a poco que se repare en ella, de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco se deriva necesariamente la posibilidad de aplicación retroactiva de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad". En efecto, de su examen no puede concluirse sin más que la omisión de los jueces de aplicarla ex post facto vulnera la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, genere responsabilidad internacional.

Sabido es que conforme al art. 1.1. de la Convención Americana coexisten dos deberes para los Estados parte: el deber de respeto Obligación de no violar los derechos y libertades proclamados en los tratados de derechos humanos y el deber de garantía Obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En casos como el sub lite el deber en cuestión consistiría en la obligación de investigar y sancionar las violaciones graves de los derechos humanos (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el leading case "Velázquez Rodríguez", sentencia del 29 de julio de 1988, serie C N° 4), que a su vez implicaría la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto sustraer a las víctimas de esos hechos de protección judicial incurriendo en una violación de los arts. 8 y 25 de la Convención (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso conocido como "Barrios Altos", párr. 43, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C N° 75).

34) Que mientras el deber negativo de no irrespetar resulta más fácilmente verificable, el deber positivo de garantizar cada vez mejor y con más eficacia los derechos humanos (desarrollo progresivo), no puede derivarse de consideraciones genéricas elaboradas por la

Corte Interamericana. Tampoco sus conclusiones relativas a la prescripción de la acción penal pueden extrapolarse, a fin de resolver otras situaciones con particularidades propias como las que presenta el sub lite.

Al respecto cabe puntualizar que la Corte Interamericana jamás ha afirmado expresamente que para cumplir con el deber de garantía descripto deba aplicarse una norma que vulnere el principio de legalidad (establecido, por otra parte, en el art. 9º de la Convención Americana y cuyo cumplimiento también ha de asegurarse como deber de garantía del Estado parte).

35) Que de tal modo corresponde efectuar un breve examen de los casos en los que la Corte Interamericana se ha expedido con respecto al deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos para así verificar si sus estándares resultan trasladables al sub lite.

Así, en el conocido caso "Barrios Altos" (República del Perú), el deber del Estado de perseguir y sancionar las violaciones a los derechos humanos, se había puesto en tela de juicio en virtud de la sanción de dos leyes de autoamnistía que exoneraban de responsabilidad a todos los militares, policías y también civiles que hubieran sido objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión por hechos cometidos entre 1980 y 1995 de violaciones a los derechos humanos. En virtud de esas leyes, las escasas condenas impuestas a integrantes de las fuerzas de seguridad fueron dejadas sin efecto inmediatamente, quedando así los hechos impunes. Por ello en "Barrios Altos" la Corte Interamericana concluyó que las víctimas tenían derecho a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes (párr. 48).

36) Que con relación al principio de imprescriptibilidad de la acción penal, resulta conveniente realizar algunas aclaraciones respecto de los pronunciamientos recientes de la Corte Interamericana.

Se trata en primer lugar de la sentencia de reparaciones in re "Trujillo Oroza vs. Bolivia" de fecha 27 de febrero de 2002, serie C Nº 92. De esta decisión nada puede concluirse en materia de aplicación retroactiva de las convenciones que consagran el principio de imprescriptibilidad. En efecto, como el delito imputado era el de privación ilegal de la libertad, el Tribunal Constitucional de Bolivia estableció finalmente su carácter permanente y, toda vez, que la víctima no había recuperado su libertad, la ejecución del delito no había cesado y, consiguientemente, la prescripción no había comenzado a correr (párr. 107). En el mismo sentido, el juez Cancado Trindade señaló en su voto razonado que la Corte Interamericana tuvo presente la situación permanente del delito y, por ende, imprescriptible (párr. 21). Del mismo modo, el juez Bustos Ramírez consideró que la prescripción no había operado en lo que toca a la perseguibilidad de la conducta típica, porque en el supuesto de delito permanente el cómputo del plazo correspondiente a aquélla sólo puede comenzar el día en que cesa la ejecución del ilícito (párrs. 10 y 11).

Si algo puede extraerse de esta decisión no es sino, por el contrario, un claro apego al principio de legalidad si bien en cuanto a la descripción del tipo penal y a la imposibilidad de

aplicación de leyes ex post facto. Al respecto, el último juez mencionado señaló que la Corte había examinado el asunto bajo el título jurídico de violación del derecho a la libertad, no como desaparición forzada, tomando en cuenta que no existía en Bolivia tipo penal sobre desaparición, ni existía vinculación del Estado, como ahora la hay, a un instrumento internacional específico en esta materia (párr. 12, el resaltado no pertenece al original).

El segundo caso sobre prescripción que ocupó a la Corte Interamericana Benavides Cevallos, fallado el 9 de septiembre de 2003C tampoco se resolvió a favor de la aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad. Allí lo que el Estado Parte impidió cumplir por medio de una declaración de prescripción fue la propia decisión de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos en los términos de las obligaciones convencionales contraídas por el Estado. Así la Corte Interamericana señaló que resultaba "inadmisibles la invocación de...la prescripción, que pretenda impedir el cumplimiento de las decisiones de la Corte...".

Al respecto, cabe recordar que el Estado de Ecuador es parte en la Convención desde el año 1977 y reconoció la competencia obligatoria de la Corte en el año 1984. Los hechos habían acaecido en el año 1985. En el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, se aclara que el caso presentaba una particularidad que debía tenerse en cuenta: se había formulado denuncia ante la Comisión Interamericana en el año 1988; la demanda había sido transmitida a la Corte en el año 1996; el Estado informó en el año 1998 que había llegado a un acuerdo para resolver el litigio mediante solución amistosa; en el mismo año el Estado aceptó y reconoció su responsabilidad y la Corte dictó sentencia.

De tal modo, en este caso particular, la extinción de la acción penal se habría producido mientras se tramitaba el procedimiento internacional ante la Comisión Interamericana. De esta suerte, el Estado habría incumplido la obligación derivada de la Convención Americana concretada en la sentencia de la Corte. El juez mencionado observó, entonces, como un contrasentido que la prescripción pudiera interrumpirse cuando se hallaba pendiente alguna instancia de cuyas decisiones dependía que el Estado pudiera avanzar en la persecución penal de los hechos punibles en el ámbito interno (párr. 12) y, sin embargo, la prescripción se produjera mecánicamente cuando lo que estaba en marcha era un procedimiento internacional (párr. 16). En ese caso es claro que la competencia de la Comisión y de la Corte hubiera caído en el vacío y, de esta manera, hubiera crecido la impunidad. De algún modo se estableció que el procedimiento internacional debía considerarse algo similar a la aquí denominada "secuela del juicio" y, por lo tanto, acto interruptor de la prescripción.

Por último, tampoco en el particular caso "Bulacio vs. Argentina" fallado el 18 de septiembre de 2003, serie C N° 100, fue la aplicación retroactiva de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", lo que constituyó el *thema decidendum*. Por otra parte, los tiempos y circunstancias que caracterizaron a esta causa, resultan totalmente disímiles a los de la presente, lo que Como *ut infra* se detallará genera inevitablemente diversas consecuencias en materia de responsabilidad internacional.

37) Que, por ello, la imposibilidad de condenar en la presente causa 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".

En efecto, en el párrafo 41 de esa sentencia se consideran inadmisibles las leyes que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. Tal fue el caso de las mencionadas leyes de autoamnistía sancionadas por el Congreso peruano a 13 años de ser parte en la Convención y a 10 de aceptar la competencia obligatoria de la Corte. Es claro que de ese modo se había incumplido con un deber de garantía. Por el contrario, las normas generales de prescripción existentes antes de la vigencia de la Convención Americana no han sido sancionadas con la finalidad de impedir las investigaciones sobre violaciones a los derechos humanos.

Y, precisamente, ante los inconvenientes que la aplicación de estas normas generales pudieran causar en el futuro, el legislador ha demostrado que a los fines de cumplir con el deber de garantía debían establecerse soluciones anticipatorias. En ese cometido el Congreso de la Nación modificó con la sanción de la ley 25.188C el art. 67 del Código Penal, incorporando una nueva causal de suspensión de la prescripción en caso de cometerse los atentados al orden constitucional y a la vida democrática previstos en los arts. 226 y 227 bis del Código Penal "hasta tanto se restablezca el orden constitucional". A su vez, como ya se reseñó, aprobó e incorporó con jerarquía constitucional a la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad". No debe olvidarse que la Corte Interamericana ha señalado en varias oportunidades que adecuar el derecho interno a sus exigencias no es algo que pueda producirse instantáneamente.

38) Que, en suma, no puede concluirse que con la decisión adoptada por el a quo el Estado argentino se haya apartado del compromiso asumido en los instrumentos internacionales citados. Lo contrario implicaría autorizar la aplicación retroactiva de la ley penal, a partir de la interpretación que la Corte Interamericana ha realizado respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para casos totalmente disímiles al que se plantea en el sub lite. De este modo se abandonaría con la gravedad que tal temperamento conlleva un principio liminar como sin dudas lo es el de legalidad a la luz de una evolución jurisprudencial que no necesariamente conduciría a su desamparo. Parece un contrasentido concluir que los arts. 1.1., 8 y 25 de la Convención Americana que según la jurisprudencia de la Corte Interamericana establecen el deber de garantía de perseguir y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos pueda condecirse con la supresión del principio de legalidad como derecho de la persona sometida a enjuiciamiento penal.

En este sentido, no debe olvidarse que la Convención Americana establece como norma de interpretación en su art. 29 que "ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". En efecto, la redacción de "esta

disposición fue elaborada con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados, en particular aquéllos previamente reconocidos por un Estado" (OC-4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 19 de enero de 1984, párr. 20; el resaltado no pertenece al original).

39) Que distintos pronunciamientos en materia de violaciones graves a los derechos humanos han exhibido un celoso respeto al principio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*. A modo de ejemplo cabe citar que el Comité contra la Tortura señaló que "a los efectos de la Convención [contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes] 'tortura' sólo puede significar la [...] practicada posteriormente a la entrada en vigor de la Convención. Por consiguiente (...) la Convención no abarca los actos de tortura cometidos [en el caso] en 1976, diez años antes de la entrada en vigor de la Convención..." (CAT/C/3/D/1,2 y 3/1988, págs. 7-8. Comunicaciones Nros. 1/1988 y 3/1988, O.R., M.M. y M.S. contra Argentina, Decisión del 23 de noviembre de 1989).

También señaló el Comité no ya al expedirse sobre el tipo penal de tortura sino sobre el deber impuesto por la Convención que impedía desincriminarlo y su relación con las leyes de punto final y obediencia debida que "la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes entró en vigor el 26 de junio de 1987. A este respecto el Comité observa que la Convención tiene efecto sólo desde esa fecha y no puede ser aplicada retroactivamente...no podían, *ratione temporis*, haber violado una convención que no había entrado todavía en vigor" (CAT, *ibídem*). En el mismo sentido Fallos: 311:401 (voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracchi).

Por último, en el caso "Augusto Pinochet" la Cámara de los Lores consideró que éste había perdido su inmunidad "*ratione materiae* en relación al delito de tortura el 30 de octubre de 1988, fecha en que la Convención [sobre la Tortura] entró en vigor en Chile...Pero resulta también aceptable que Pinochet haya seguido teniendo inmunidad hasta el 8 de diciembre de 1988, fecha en que el Reino Unido ratificó la Convención" (*in re Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others. Ex Parte Pinochet* (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), sentencia del 24 de marzo de 1999, publ. en *Investigaciones 2* (1999), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, pág. 292 sgtes.; el resaltado no pertenece al original).

40) Que, por último, no debe soslayarse que los casos examinados por la Corte Interamericana Cut supra reseñados reunían las condiciones formales para generar responsabilidad ante aquélla lo que así sucedió, en tanto los hechos allí imputados eran posteriores a la ratificación de la Convención Americana y al reconocimiento de la competencia contenciosa del mencionado Tribunal. En las decisiones vinculadas con la cuestión de prescripción se observa una clara preocupación de la Corte Interamericana por evitar pronunciarse sobre cuestiones sobre las que no tenía competencia *ratione temporis* Cart. 62(3) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto, como es sabido, las consecuencias jurídicas sólo pueden derivarse de hechos violatorios de tal Convención.

Por el contrario, los hechos de la presente causa no podrían generar deberes del Estado respecto a los derechos establecidos en la Convención Americana con la consiguiente responsabilidad ante ese Tribunal, 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 (lo que se produjo en el año 1984).

41) Que a mayor abundamiento, corresponde puntualizar que el caso presenta la singularidad de que la prescripción ya había operado conforme las normas legales que la regían Cart. 62 del Código Penal con anterioridad a la entrada en vigor de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad". Por ello, y toda vez que la prescripción penal es de orden público, por lo cual debe ser declarada de oficio, lo que quiere decir que se produce de pleno derecho por el solo transcurso del plazo pertinente (Fallos: 186:289), aun cuando hubiera de reconocerse al régimen de prescripción establecido en la Convención "efecto retroactivo, nunca lo podría tener respecto a una acción extinguida antes de que dicha norma...comenzara a regir" (doctrina de Fallos: 207:86, el resaltado no pertenece al original; en el mismo sentido ver Jescheck, op. cit., pág. 1240, donde hace referencia a la llamada "gran retroactividad" y su incompatibilidad con los principios generales del Estado de Derecho).

42) Que tampoco en base al derecho internacional no contractual podría sostenerse la imprescriptibilidad de la acción penal respecto del delito imputado en la presente causa.

Corresponde aquí recordar que en el año 1965 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa recomendó al Comité de Ministros que invitara "...a los gobiernos miembros a tomar inmediatamente las medidas propias para evitar que por el juego de la prescripción o cualquier otro medio queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, radicales o religiosos, antes y durante la Segunda Guerra Mundial, y, en general, los crímenes contra la Humanidad" (Recomendación nro. 415 del 28 de enero de 1965). Asimismo en el marco de la Organización de las Naciones Unidas la Comisión de Derechos Humanos aprobó en el mismo año la Resolución 3 (período de sesiones 21º) en la que consideró "que las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas que plantean los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, que constituyen graves violaciones del Derecho de Gentes, y que deben especialmente estudiar la posibilidad de establecer el principio de que para tales crímenes no existe en el derecho internacional ningún plazo de prescripción" (Documentos Oficiales 39º). La discusión dio lugar a la aprobación por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, el 26 de noviembre de 1968. En el debate que le precedió se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Comisión de Derechos Humanos, 22º Período de Sesiones, 1966). Es por ello que el verbo "afirmar" reemplazó al verbo "enunciar" que contenía el proyecto original.

Esta afirmación del principio de imprescriptibilidad importó, entonces, el reconocimiento de

una norma ya vigente en función del derecho internacional público consuetudinario. Así se ha sostenido que en virtud de las manifestaciones reseñadas y de las prácticas concordantes con ellas, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad integra el derecho internacional general como un principio del Derecho de Gentes generalmente reconocido o incluso como costumbre internacional.

De este modo, es claro que la aplicación de tal principio no vulneraría la exigencia de *lex praevia*. Sin embargo, tampoco en base a esta diversa fundamentación puede resolverse la cuestión a favor de la aplicación del principio de imprescriptibilidad, en tanto otros aspectos no menos importantes que subyacen al *nullum crimen nulla poena sine lege*, se verían claramente violados.

En efecto, la aplicación de la costumbre internacional 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. Sintetizando: las fuentes difusas Como característica definitoria de la costumbre internacional también son claramente incompatibles con el principio de legalidad.

43) Que los obstáculos hasta aquí examinados tampoco pueden sortearse con la aplicación directa del derecho penal internacional en virtud de una pretendida preeminencia del Derecho de Gentes que encontraría su fundamento en el art. 118 de la Constitución Nacional, derecho que no necesariamente revelaría idéntica sujeción al principio de legalidad.

Al respecto, cabe recordar que el art. 118 de la Constitución Nacional establece que "(l)a actuación de estos juicios [juicios criminales ordinarios] se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

Como se advierte, esta cláusula constitucional regula una modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los *delicta iuris gentium*. En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que, a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior) resulta inaplicable (Fallos: 324:2885). En efecto, esta Corte ya ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma. Seco Villalba (Fuentes de la Constitución Argentina, Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 225) da cuenta de su origen que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el derecho de gentes en ese momento piratería y trata de esclavos y fuera de los límites de la Nación, el Congreso determinará por una ley especial, el paraje donde haya de seguirse el juicio.

De tal modo, no cabe concluir que por esta vía el derecho de gentes tiene preeminencia sobre el derecho interno del Estado argentino. Por otra parte, no debe confundirse el valor indiscutible del derecho de gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno.

En definitiva, la mención en la Constitución del derecho de gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo más allá de su indiscutible valor se le confiere jerarquía constitucional ni menos aún preeminencia sobre la Ley Fundamental.

Parece a todas luces exagerado inferir en base al texto del art. 118 que sea posible la persecución penal en base a las reglas propias del derecho penal internacional. De allí no se deriva en modo alguno que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el derecho internacional, en tanto no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la persecución de crímenes *iuris gentium*. Por lo tanto Como se afirmó la norma citada no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad (en el mismo sentido ver Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España, Montevideo, 2003, ed. por la Konrad Adenauer Stiftung, investigadores del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional).

44) Que, por último, corresponde aclarar que las conclusiones a las que se arribó en la causa "Priebke" (Fallos: 318:2148) no pueden extrapolarse sin más a la cuestión que se debate en el sub lite. En el mencionado precedente debía resolverse una solicitud de extradición que como tal era regida por el principio de colaboración internacional. Es decir, se trataba de un supuesto de hecho muy distinto al que aquí se plantea, en tanto en el caso sub examine debe decidirse acerca de la atribución de responsabilidad penal a una persona a la que se le ha imputado la comisión de un delito en el ámbito interno de nuestro país.

En efecto, tal como señala con claridad el voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor (considerando 44) y el voto del juez Bossert (considerando 56) in re "Priebke", lo que allí estaba en tela de juicio era la vigencia de los compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición, toda vez que este tipo de trámites no tienen por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido, sino sólo establecer, si su derecho de permanecer en el país Cart. 14 de la Constitución Nacional debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada. En ese caso, se explicaba que un país soberano como la República de Italia para el que la acción no estaba prescripta en virtud de su calificación como crimen de lesa humanidad, solicitara la extradición del imputado sin perjuicio del juzgamiento definitivo incluso sobre la naturaleza del delito por los tribunales del lugar donde se había cometido.

En el mencionado precedente solamente se admitió que un tratado Cal que había adherido el país requirente y cuya aplicación éste, a su vez, permitía pudiera ser computado por nuestros tribunales a efectos de conceder una extradición. De ese modo se cumplió con lo que la Organización de las Naciones Unidas había exhortado a los Estados no Partes de la "Convención sobre Imprescriptibilidad" a través de diversas resoluciones en cuanto a su cooperación a los fines de la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de delitos de la envergadura de los crímenes de guerra o de lesa humanidad. El no acceder a esa petición, por lo tanto, contrariaba los propósitos y principios de la Carta de las Naciones

Unidas (Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la "Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad", n° 2338 (XXII) del 18 de diciembre de 1971 ; n° 2583 (XXIV) del 15 de diciembre 1969 ; n° 2712 (XXXV) del 15 de diciembre de 1970 ; n° 2840 (XXVI) del 18 de diciembre de 1971).

Tan así es, que diversas normas que regulan actualmente cuestiones de extradición, han hecho hincapié en la observancia de los intereses del país requirente como modo de evitar con facilidad los obstáculos que presentaban causas como la aquí reseñada. A modo de ejemplo corresponde citar la nueva Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal Ley 24.767 del 16 de enero de 1997C que establece como requisito a los fines de la extradición que el delito no esté prescripto en el Estado requirente, sin importar en base al principio de cooperación internacional que ya hubiera prescripto en el país requerido (a diferencia de lo que sucedía con la ley 1612). Idéntica postura se adopta en el nuevo convenio en materia de cooperación suscripto con los Estados Unidos de América. De este modo recupera su vigencia un antiguo principio del derecho internacional, según el cual la prescripción debe regirse en virtud del Derecho del país que solicita la entrega (conf. Werner Goldschmidt, La prescripción penal debe aplicarse de oficio, ED, Tomo 110, pág. 384 y sgtes.)

Como ya se afirmó, esta particular problemática que fue materia de decisión en el precedente de Fallos: 318:2148, en modo alguno puede ser trasladada a la situación que se plantea en el sub lite, la que requiere de la elaboración de un examen novedoso, en tanto lo que aquí debe decidirse se vincula directamente con el art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto establece que "ningún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso..." Ese es el principio que integra el orden público argentino y que no puede ser vulnerado con la aplicación de una norma sancionada ex post facto.

45) Que todo lo dicho reafirma la imposibilidad de aplicación retroactiva o consuetudinaria del postulado de imprescriptibilidad.

En efecto, reiteradamente ha sostenido este Tribunal que una de las más preciosas garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional es que ningún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (Fallos: 136:200; 237:636; 275:89; 298:717; 308:892); principio que se encuentra también reconocido aunque con menor extensión a través de los instrumentos que han sido incorporados por mandato del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (arts. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11.2 y 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Lo dicho no significa que esta Corte pase por alto el indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados en esta causa. Sin embargo, sería de un contrasentido inadmisibles que por ese motivo se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso. Precisamente, el total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado son las bases sobre las que se asienta y construye un verdadero Estado de Derecho.

Es por ello que los preceptos liberales de la Constitución argentina deben ser defendidos férreamente Conf. Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, ed. Losada, 1964, T. II, págs. 406 y sgtes., a fin de conjurar que el enfoque inevitablemente difuso del derecho penal internacional conduzca a la destrucción de aquéllos.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se desestima la queja. Notifíquese y archívese.

CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

Considerando:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077) en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (art. 80, incs. 2º y 4º del Código Penal, según ley 20.642).

2º) Que a raíz del recurso interpuesto por la defensa la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple y sobreseyó en la causa y respecto de Arancibia Clavel.

Contra dicha decisión, la querrela en representación del Gobierno de Chile interpuso recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3º) Que en lo que aquí interesa la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978 de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional CDINA exterior dependiente del gobierno de facto chileno), que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc. Dentro de la organización, Arancibia Clavel tenía por función formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, estuvo presente durante el allanamiento y la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta, fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, utilizaba identidades falsas y ocultaba sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

4º) Que al calificar la conducta de Arancibia Clavel de haber tomado parte en la asociación precedentemente descrita, el tribunal oral consideró, de conformidad con la posición postulada por el querellante, que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el art. 210 bis, Código Penal en su redacción actual, que reprime más gravemente las asociaciones ilícitas que

reúnan al menos dos características particulares (diez o más 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. Como fundamento para aplicar el texto actual, tuvo en cuenta que en los delitos permanentes (como la asociación ilícita) la ley aplicable al momento de comisión es la vigente al momento del cese de la conducta delictiva; en el caso, el art. 210 bis vigente en 1978 preveía un tipo penal más gravoso (versión ley 21.338: "se impondrá reclusión o prisión de cinco a doce años, si la asociación dispusiere de armas de fuego o utilizare uniformes o distintivos o tuviere una organización de tipo militar. La pena será de reclusión o prisión de cinco a quince años si la asociación dispusiera de armas de guerra y tuviere una organización de tipo militar. Los cabecillas, jefes, organizadores o instructores serán reprimidos de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. La misma pena se impondrá si la asociación estuviere organizada total o parcialmente con el sistema de células"), que, por aplicación de la ley más benigna (art. 2 Código Penal) quedaba desplazado por actual art. 210 bis.

5°) Que, en contra de ello, la Cámara de Casación afirmó que la conducta atribuida a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, "jamás pudo contribuir a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional", en el sentido de poder contribuir efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático, y concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del art. 210 bis, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (art. 210 bis, versión ley 21.338) ya no se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del art. 210, por ser "la única disposición penal que define el comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el del juzgamiento". Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que Arancibia dejó de cometer el delito (la de su detención, el 24 de noviembre de 1978) hasta la de su llamado a prestar declaración (15 de mayo de 1989) transcurrieron más de diez años (arts. 59, inc. 3°, 62, inc. 2°, 63, 67 párr. 4 y 210 del Código Penal).

6°) Que en relación a este último punto el a quo rechazó la posición de los querellantes con respecto a la imprescriptibilidad de los hechos imputados a Arancibia Clavel, por tratarse de delitos de lesa humanidad, sobre la base de que en la sentencia no quedaban comprendidos los delitos que pudieren haber cometido los miembros de la banda, sino únicamente el haber integrado una asociación ilícita. Dicha conducta afirmó que de ningún modo se ha demostrado que pueda encajar dentro de los "crímenes de lesa humanidad" que definió como "...los asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación a la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados...". En su opinión, sólo se cuenta hasta el momento con definiciones inseguras, y

"habrá de verse si acaso permitan superar la aludida inseguridad las definiciones que acuña el estatuto de la Corte Penal Internacional...".

7º) Que la querrela fundó sus agravios ante esta Corte en el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del art. 210 bis a la conducta del imputado, cuando la cuestión no había sido expresamente planteada por la defensa, y cuestionó por arbitraria la interpretación que el a quo realizara de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna.

8º) Que tanto la cuestión relativa a la forma de introducción del planteo de la defensa, así como la atinente a la subsunción de la conducta imputada a Arancibia Clavel en el tipo penal previsto por el art. 210 bis del Código Penal remiten al examen de cuestiones de derechos procesal y común ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48.

9º) Que sin perjuicio de lo indicado en el considerando que antecede el recurso extraordinario resulta procedente. En efecto, se ha configurado en autos una cuestión federal de trascendencia, en atención a que el planteo del recurrente referido a la inteligencia de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" comporta la interpretación y aplicación de tratados internacionales y, por ende, el cumplimiento por el Estado Nacional de sus obligaciones internacionales (doctrina de Fallos: 319:2411).

10) Que por otra parte, 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 querrela ante la Cámara de Casación Cfs. 7328/7352C 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, debiendo, en consecuencia, analizarse su planteo.

11) Que corresponde entonces, determinar si el delito de asociación ilícita investigado en autos, independientemente de su adecuación típica al Código Penal argentino, constituye un delito de lesa humanidad, y verificar si la acción penal se encuentra prescripta o no.

12) Que las propias definiciones utilizadas por el a quo califican a la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, pues la agrupación de la que formaba parte estaba destinada a perseguir a los opositores políticos del gobierno chileno presidido por el general Augusto Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos con la aquiescencia de funcionarios estatales. Así pues, de acuerdo con el texto del Estatuto de Roma que en la resolución apelada se cita sólo en su art. 7, queda alcanzada toda forma posible de intervención en esta clase de hechos. Así, no sólo quedan incluidas en las formas "tradicionales" de participación (art. 25, inc. 3º, ap. a, b y c), sino que expresamente menciona el contribuir "de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común" (art. 25, inc. 3º, ap. d), cuando dicha contribución es efectuada "con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de

la Corte" (ap. d, supuesto i).

13) Que, el formar parte de un grupo destinado a perseguir, reprimir y exterminar sistemáticamente a opositores políticos del régimen dictatorial instaurado en la República de Chile, a partir de septiembre de 1973 (DINA exterior), que operaba dentro del territorio nacional, y abarcó la comisión de homicidios, desapariciones forzadas, tormentos, falsificación de documentos, disposición de armas y explosivos, entre otros; asumiendo como función el encausado, al menos, el facilitar y apoyar los delitos del grupo por medio de la consolidación de una "red de informantes" y "contactos" con funcionarios policiales y militares destinados a obtener datos sobre posibles perseguidos y, en su caso, a garantizar la impunidad de los autores materiales de crímenes de lesa humanidad, constituiría también un crimen contra la humanidad, independientemente del rol funcional que se ocupe. Sostener lo contrario sería un contrasentido, pues 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 también lo es, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros.

14) Que debe aceptarse que la problemática del derecho inherente al ser humano asumió un cariz internacional a partir de todo lo acaecido en la Segunda Guerra Mundial. Así, el 8 de agosto de 1945 se concluyó el Acuerdo de Londres firmado por Estados Unidos, Gran Bretaña, la Unión Soviética y el gobierno provisional de Francia, por el que se anunció la creación de un Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieran localización geográfica particular y que funcionaría en la ciudad de Nuremberg. En el art. 6, ap. c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, se definió como "crímenes contra la humanidad" a los asesinatos, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes de, o durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Dicho concepto fue confirmado por la Carta de Naciones Unidas de 1945; Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13 de febrero de 1946 y 95 (I) del 11 de diciembre de 1946; Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; Proyectos de Códigos de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1951, art. 10; de 1991, art. 21: y de 1996, art. 18; Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia; Estatuto de Roma, art. 7.

15) Que ello no obstante, tales situaciones puntuales o de excepción nunca dejaron de lado los avances que en materia de derecho penal había logrado la civilización luego de siglos de evolución humanista, tales como los institutos que garantizaban o establecían límites a la voluntad omnímoda de los monarcas, dictadores, vencedores de guerra, etc. contenidos en tratados internacionales de derechos humanos y en el orden interno, como por ejemplo, hábeas corpus, el principio de legalidad, la inaplicabilidad de leyes ex post facto, límites de la extensión de la pena Cdentro de los cuales la prescripción toma especial relevanciaC, el in dubio pro reo, ley penal más benigna, nulla poena sine lege, etc.

16) Que aclarado ello y en razón de la aprobación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (conf. ley 24.584 y decreto 579/2003), que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778, corresponde despejar el segundo interrogante planteado en el considerando 11). Es decir, examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita Ccomo crimen de lesa humanidadC puede ser aplicada al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio nulla poena sine lege.

17) Que el presente caso se caracteriza por ser de aquellos en los cuales el juez se encuentra ante la confrontación de principios y derechos constitucionales y tal circunstancia le obliga a extremar la ponderación de los valores e intereses en juego en el caso concreto para dar la respuesta más adecuada teniendo en cuenta el objetivo preambular de afianzar la justicia, propósito liminar y de por sí operativo que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad (doctrina Fallos: 302:1284).

18) Que el Preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad señala que una de las razones del establecimiento de la regla de la imprescriptibilidad fue la grave preocupación en la opinión pública mundial suscitada por la aplicación a los crímenes de guerra y lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes. A ello se agrega el texto del art. IV, de conformidad con el cual "los Estados Parte en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los arts. I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida".

Tales formulaciones, como puede advertirse, no resultan categóricas con respecto a la retroactividad de la Convención, razón por la cual deben ser conjugadas con el principio de nulla poena sine lege consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional. Si esto fuera así, tal criterio pudo ser declarado por el propio Tratado, cosa que no ocurrió.

19) Que esta Corte, al definir el principio de legalidad, ha señalado que "toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca" (Fallos: 191:245). Y agregó que el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, exige que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, y es competencia exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza para garantizar una protección suficiente por ser el derecho penal la última ratio del orden jurídico (Fallos: 314:424).

20) Que desde los albores de la jurisprudencia de esta Corte se ha entendido de manera pacífica que, según el principio de legalidad, el tipo penal exige para su existencia la doble determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar, y proscribire, en consecuencia, la aplicación por analogía, o de modo extensivo la ley penal (doctrina Fallos: 16:118; 137:425; 150:293; 169:309; 184:116; 191:245; 204:345, 359; 220:129; 237:636; 307:550 y 1114; 310: 1909; 314:1451 entre muchos otros). Vale decir que abarca todos los presupuestos de la punibilidad y no sólo la descripción de la conducta típica en sentido estricto. En consecuencia, también los plazos de prescripción han de estar legalmente determinados con carácter previo, y no cabe prorrogarlos retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como en el caso contrario. En tal sentido se ha pronunciado doctrina autorizada: "El comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino por anticipado y con validez general, mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho" (conf. Günter Jakobs, Derecho Penal, Parte General, Madrid, 1995, 4/9).

21) Que el instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado. El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes ex post facto, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte. En el caso "Mirás" (Fallos: 287:76, y sus numerosas citas sobre el punto) se señaló expresamente que tal principio alcanza también a la prescripción de la acción penal. Se dijo en esa ocasión: "el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de 'ley penal', desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva".

22) Que, de los enunciados contenidos en los Tratados Internacionales reseñados se desprende que no establecen ningún tipo penal que según el principio de legalidad entendido tradicionalmente por la Corte, exige para su existencia la descripción del hecho punible y las penas a aplicar. Sin que obste a lo expuesto considerar como delito de lesa humanidad la asociación ilícita integrada por Arancibia Clavel, ya que no resulta posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del derecho de gentes. Lo contrario importaría violentar el principio del debido proceso adjetivo consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, que integra el orden público internacional argentino y a él debe conformarse no sólo todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina, sino también todo procedimiento que concluya en la sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República Argentina (doctrina de Fallos: 319:2411).

23) Que por otra parte, el principio de irretroactividad de la ley penal también se encuentra reconocido en los instrumentos incorporados por el art. 75, inc. 22, de la Constitución

Nacional. Así, el art. 11, párrafo 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito"; reglas que fueron reiteradas en el art. 15, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscripto en Nueva York el 19 de diciembre de 1966; en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, y, en el ámbito europeo, por el art. 7, párrafo 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos. Cabe señalar que el segundo párrafo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos agrega que "nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional", pero ese párrafo fue objeto de la reserva dispuesta en el art. 4 de la ley 23.313 que lo aprobó, según el cual "El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional", de modo que la República no se adhirió incondicionalmente a los principios o normas del derecho de gentes, entre los cuales podría incluirse la imprescriptibilidad retroactiva de la acción penal destinada a perseguir los delitos de lesa humanidad; la adhesión se formuló de manera condicionada, y la condición fue que la aplicación de aquellos principios o normas no pudiera realizarse de modo retroactivo, violando la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, sino a partir del momento en que nuestras normas internas les dieran vigencia y hacia el futuro.

La cuestión fue expresamente considerada en el Senado de la Nación durante el debate previo a la sanción de la ley 25.778, en el cual el senador Baglini en opinión compartida por los senadores Usandizaga, Maestro, Salvatori, Prades y Gómez Díez expresó: "Nuestra Carta Magna tiene una primera parte dogmática que ni siquiera fue tocada por la reforma constitucional de 1994, donde existe una piedra angular, que no es sólo de nuestra Constitución sino del derecho internacional, el de todos los países, que es el art. 18, por el que se establecen principios fundamentales que son la garantía común de todos, aun de los ciudadanos que sin merecer el título de tal negaron a algunos el ejercicio de sus derechos...En esta norma está contenido el principio de legalidad. No hay condena sin ley previa al hecho del proceso. Allí está el principio de irretroactividad en materia penal seguramente lo volvamos a mencionar cuando tratemos la siguiente iniciativa, el principio de los jueces naturales y el de la cosa juzgada. Sobre estas cuatro piedras angulares se arma la legislación penal no sólo de la Argentina sino de todo estado democrático". Y después de destacar que "el art. 27 de nuestra Carta Magna señala con toda claridad que cualquier tratado que celebre la Nación tiene que ser conforme a los principios de derecho público que la propia Constitución establece" concluyó en que debía quedar "claramente establecido y entendido que la modificación atinente a la prescripción de los hechos acontecidos con anterioridad a la aprobación de la Convención sobre

Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra es inconstitucional. Solamente puede regir con relación a los hechos que hubieren tenido lugar a partir del establecimiento de la Convención. De lo contrario, se va a generar una enorme confusión en el campo jurídico y, paradójicamente, se va a producir el efecto contrario al deseado".

24) Que tampoco, el artículo 118 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que: "...La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio", no constituye obstáculo ya que se refiere al derecho de gentes sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior en contra de sus preceptos. En modo alguno se le confiere al ius cogens jerarquía constitucional y tampoco lo menciona en este aspecto el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

25) Que esta Corte ha interpretado que el citado precepto constitucional regula la modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los delicta iuris gentium (conf. doctrina de Fallos: 324:2885 - punto VI del dictamen del señor Procurador General), expresando en tal sentido que dicho artículo impone un mandato al legislador: la sanción de una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, por lo que a falta de la ley especial que prevé la norma para los hechos acaecidos en el exterior resulta inaplicable.

En consecuencia, resultaría una conclusión dogmática inadmisibles que desconocería además de su sentido literal el verdadero alcance que la Corte le ha otorgado, afirmar que el texto del art. 118 de la Constitución Nacional otorga preeminencia al derecho de gentes sobre las propias normas constitucionales o bien las desplaza, lo cual, como es obvio, no se ha dado ni en su texto original ni en sus reformas.

26) Que ese criterio, de hacer prevalecer las declaraciones, derechos y garantías establecidos en la parte liminar de la Ley Fundamental, se ve reafirmado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que expresamente prescribe que los tratados con jerarquía constitucional "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". A ello se suma el art. 21 de la ley 48 en cuanto dispone que "Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido".

27) Que ello resulta armónico con el art. 27 de la Ley Fundamental, en cuanto dispone que los tratados suscriptos por el gobierno federal deberán estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en ella. De esa forma, se marca el respeto por la jerarquía normativa, subordinando el derecho de gentes en la aplicación de las normas fundamentales de la Carta Magna, y al ser ello así, el ius cogens sólo podrá aplicarse en la medida que no las contradigan.

28) Que tal solución, lejos de atentar contra el principio de colaboración entre estados, lo reafirma, ya que la realización de los altos fines de la justicia penal, instituida en todos los países civilizados para garantía de sus habitantes (Fallos: 154:157, pág. 162; 154:332, pág. 336; 156:169, pág. 180; 166:173, pág. 177) se vería frustrada y aquéllos privados de contenido, si so pretexto de aquel principio el Tribunal acudiera a razones extralegales genéricas, como son las atinentes a la conveniencia universal del enjuiciamiento y castigo de todos los delitos y al interés y a la seguridad de las sociedades humanas (Fallos: 261:94 y 311: 1925), para apartarse de su inveterada jurisprudencia consagrada en salvaguarda del derecho humano a la defensa en juicio (Fallos: 319:2257).

Lo contrario llevaría al extremo opuesto, pues sería como decir que los autores de delitos de violación a los derechos humanos, no tendrían a su vez derechos humanos que los protejan, lo que es impensable en el estado de derecho nacional ni en el propio *ius cogens*.

29) Que en efecto, y a mayor abundamiento, ya en el orden regional, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas aprobada por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994, incorporada a nuestra legislación positiva mediante la ley 24.556 y que adquirió rango constitucional a través del dictado de la ley 24.820, al enunciar sus principios y objetivos reafirma que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad. Sin embargo, luego de explicar lo que la expresión "desaparición forzada" significa (art. II), determina que los estados parte se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada y a imponerle una pena apropiada.

De lo dicho se desprende en primer lugar, que la Convención no establece ningún tipo penal según las exigencias del principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional), sino que describe la figura que deberá contener el tipo penal de la desaparición forzada de personas y como una secuencia lógica, exigir a los Estados Partes la sanción de ese tipo penal según sus procedimientos constitucionales, para poder otorgar a los estados jurisdicción sobre el mismo (arts. IV y IX).

30) Que de lo expuesto, cabe concluir que a la fecha de comisión de los hechos investigados, la única norma que los tipificaba en resguardo del principio de *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, fue la escogida por el tribunal a quo. Y en esa dirección, no se le puede oponer la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad en la medida que ha sido ratificada por ley y adquirió jerarquía constitucional con posterioridad a los hechos materia de análisis en el sub *judice*.

31) Que la solución aquí adoptada, no controvierte la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, esta Corte ha reconocido que la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de las convenciones incorporadas a la Constitución por el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 321:3555,

considerando 10), pero ello en modo alguno implica la facultad de los jueces de violar el orden jurídico interno so pretexto de proteger los derechos humanos, pues el aseguramiento de la vigencia del derecho no puede concretarse mediante su aniquilación.

32) Que en razón de ello, esta Corte no puede dejar de advertir la tensión existente entre la obligación que, en la actual evolución del derecho, tienen los estados de perseguir las violaciones a los derechos humanos y el hecho de que ellos puedan declararse prescriptos. Sin embargo, resulta peligroso para la seguridad jurídica y la convivencia internacional que se entienda que el *ius cogens* puede tipificar delitos.

33) Que asimismo, no caben dudas de que el instituto de la prescripción de la acción penal no puede ser considerado como un principio general del derecho internacional y menos aún del derecho internacional de los derechos humanos, pero si lo es el principio de *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

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

Al ser ello así, la doctrina relativa a la imprescriptibilidad de esa conducta, no resulta aplicable al sub lite donde, como se vio, se ventilan hechos cometidos en el país, resultando de aplicación lo dispuesto por el art. 21 de la ley 48 en cuanto marca el respeto por la jerarquía normativa, subordinando el derecho de gentes en la aplicación del derecho interno a la escala de prelación que fija dicho precepto, en cuya cumbre se encuentran las normas constitucionales. Ello, en consonancia con el art. 27 de la Constitución Nacional, en cuanto exige que los tratados internacionales deben ajustarse a los principios de derecho público establecidos por la Ley Fundamental, y el art. 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si se entiende que ese precepto alcanza la nulidad de un tratado celebrado por un país en violación manifiesta a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. A lo que cabe reiterar lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional en cuanto prescribe que los tratados con jerarquía constitucional "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

35) Que el indiscutible carácter aberrante de los delitos aquí 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 imperativo...Ello implicaría marchar a contramano de la civilización, sujetando la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no puede ser encuadrada en ley previa al arbitrio de una seudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados" (conf. doctrina de Fallos: 318:2148 - disidencia de los jueces Belluscio y Levene (h)).

36) Que en el sentido indicado, debe recordarse como lo hace el juez Belluscio, el criterio concordante de la Sala Criminal de la Corte de Casación francesa citado en el considerando 17, voto de dicho magistrado, al que corresponde remitirse por razones de brevedad.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance indicado y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y devuélvase.

ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.