

RICARDO ALEJANDRO TERRILE

LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL “IUS COGENS”
LOS NUEVOS FALLOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
(LIBRO DE CASOS – CASE BOOK)

UNA INTRODUCCION A MANERA DE PROLOGO

¿Cuál es el mejor método de enseñanza para estudiar Derecho?. La respuesta se impone: Aquel que transmita de la mejor manera la metodología que el profesional necesita para cumplir su rol. ¿Cuál es el rol?. En realidad pueden ser diferentes roles: El ejercicio profesional, abarcativo de la procuración, la magistratura, la función pública, la asesoría privada, la docencia, etc.

En cada uno de ellos, los docentes debemos alentar, entre los alumnos, comunes denominadores: leer, escribir, pensar, reflexionar, trazar distintas alternativas, resolver conforme a derecho, crear, fundamentalmente crear a partir de la sagacidad innata que debe animar a un abogado que a la par que percibe los hechos, separe lo principal de lo accesorio para brindar soluciones razonables y fundadas.

El método de casos es una de las formas de enseñar el derecho. Exige y necesita de una herramienta que es el “case book” o “libro de casos”. En él, el estudiante va a encontrar un aliado, un apoyo frente a cada interrogante del profesor. Un libro de consulta, en el cual se transcriben diferentes fallos jurisprudenciales en forma sistematizada que procuran desarrollar el programa de la materia; interrogantes que surgen de los mismos a modo de preguntas que van dirigiendo al alumno. El texto puede incorporar otros documentos que explicitamos más adelante.

Hace algunos años nos dimos a esa tarea .Desde aquella primitiva edición ¹ a la presente, la cátedra ha consolidado, como uno de los criterios de análisis, el método de casos y los profesores, en diferentes materias, vienen adoptando, con algunas resistencias, aspectos propios de aquel. La doctrina sigue siendo para muchos docentes la mejor herramienta para enseñar el derecho. El análisis exegetico de la norma, la manera más conveniente de enseñar sus conceptos. Critican el método de casos con el equivocado argumento que se limita al estudio de los precedentes jurisprudenciales y “olvida” la norma. Nada más erróneo. El texto que elaboramos en su momento colaboró con la comprensión y desarrollo del método y sigue siendo, en su contenido, de actualidad.

La interpretación judicial cambia, se modifica, se contradice, muda y ello hace a la dinámica del derecho. Los fallos que marcaron una etapa trascendental en la comprensión de la supremacía constitucional, el adecuado contralor y sus límites, fueron superadas por nuevas interpretaciones en las que se incorporaron aspectos reconocidos por los tratados internacionales, en un mundo integrado y en muchos aspectos globalizado.

En aquella oportunidad el análisis de los primeros capítulos tenía en cuenta los “leading cases” tradicionales en la doctrina judicial argentina. Dada la reforma constitucional de 1994, el texto no podía evitar referirse a los nuevos criterios de la SCJ inmediatamente después de instalada la constitución reformada.

Después de doce años de vigencia, con una nueva composición de la SCJ, se han dictado algunos fallos que han trascendido y devienen en transformarse en referentes

¹ TERRILE, Ricardo Alejandro “La Interpretación Judicial de la Supremacía Constitucional-Case Book – Ed. Iuris- 2000

de otros futuros, por la calidad expositiva y la incorporación como fuente del "ius cogens".

Un "CASE BOOK" implica una actualización permanente. Con la realidad editorial en nuestro país ese es un objetivo imposible.

Nos hemos impuesto, en consecuencia, analizar los casos "ARANCIBIA CLAVEL, Enrique S/HOMICIDIO CALIFICADO Y ASOCIACIÓN ÍLÍCITA" (Causa 533/02-Tomo 38 de fecha 24 de Agosto de 2004), "LARIZ IRIONDO, Jesús María S/ SOLICITUD DE EXTRADICIÓN" (Causa 845/04-Tomo 40 de fecha 10 de Mayo de 2005) y "SIMON, JULIO HECTOR(Causa 1467/05- Tomo 38 de fecha 14 de Junio de 2005) ², tres casos resueltos recientemente por la SCJ que han producido una importante modificación en los precedentes interpretativos que el propio tribunal venía sosteniendo en materia de supremacía constitucional, a partir del cual, los Ministros incursionan en numerosas áreas temáticas del Derecho Constitucional, exponiendo valiosos aportes que reelaboran algunos contenidos de la enseñanza actual.

Para ello, hemos comenzado por resaltar el "metodo de casos" como la mejor herramienta para analizar dichos precedentes. Luego desarrollamos en forma sintética la evolución de la doctrina de la SCJ en el alcance interpretativo sobre la supremacía constitucional y finalmente hacemos referencia a los casos antes citados.

Es preciso sobre cada uno de éstos fallos, efectuar una distinción muy común en el sistema anglosajón, que también ha sido utilizada en la Argentina, entre el "holding" y el "obiter dictum". El "holding" es la parte de los fundamentos del fallo que resulta indispensable para decidir el caso y entonces tiene mucha fuerza como precedente en casos posteriores. El "obiter dictum" consiste en pronunciamientos, elaboraciones y razonamientos que están en el fallo, pero no son necesarios para decidir el caso, y entonces, como regla general, no tienen la misma importancia como precedentes para el futuro.

Está claro que la parte más importante del fallo, la que declara el carácter relativo de las pautas objetivas, es básicamente obiter dictum porque esa regla no fue utilizada para la resolución del caso.

En los sistemas anglosajones es habitual decir que lo que "sienta precedente" dentro de un tribunal es el *holding* y no el *obiter dictum*, pero la verdad es que muchas de las doctrinas consolidadas tienen su origen en consideraciones que parecían exceder la solución estricta del caso. De hecho, *Marbury v. Madison* (C.S. USA 1803, fallo fundacional del control de constitucionalidad judicial) es puro obiter dictum.

Un buen ejemplo de lo expuesto, puede verse en el "obiter dictum" de los casos que sirven de análisis en el presente "case book". Los Ministros de la SCJ "utilizan" los casos para trazar los diferentes alcances interpretativos sobre el "ius cogens"; la definición de los delitos de lesa humanidad; su imprescriptibilidad; el principio de "legalidad"; la evolución de la doctrina de la SCJ en materia de supremacía constitucional; el alcance del artículo 75 inc. 22) de la CN en cuanto a la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos "en las condiciones de su vigencia"; el "juicio de comprobación" de los convencionales

² Ver "www.scj.com.ar"

constituyentes de 1994 sobre la constitucionalidad de los tratados en el marco del segundo párrafo del citado artículo; la facultad de delegar o no, en el Congreso Nacional, el mencionado “juicio de comprobación” frente a los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos reconocidos por el art.75 inc. 22) párrafo tercero; la supremacía constitucional y los límites del art. 27 de la C.Nacional; los criterios de prescripción en el derecho y su diferencia en el orden internacional; la amnistía y el indulto y las potestades condicionales del Congreso y el Poder Ejecutivo, respectivamente, para su dictado, frente a la investigación y condena de delitos de lesa humanidad y el imperio de los tratados internacionales vigentes. Asimismo se interrogan sobre ¿los tratados internacionales sobre Derechos Humanos que reconoció el convencional constituyente y los que en un futuro puedan otorgar jerarquía constitucional los legisladores con la mayoría agravada que prevee la carta fundamental, son incorporaciones, recepciones, adaptaciones o afirmaciones?; ¿Cuál es el alcance, en consecuencia, del término “referencia” en los precedentes de la SCJ; ¿Quién interpreta a los tratados internacionales de Derechos Humanos?; ¿las condiciones de su vigencia, implica tener en cuenta la reserva que el país formalizó en el acto de aprobación y ratificación o implica adoptar la interpretación que internacionalmente se formalizó en la autoridad de aplicación del respectivo pacto o convención?; ¿el terrorismo es un delito de lesa humanidad?. ¿el Congreso de la Nación puede nulificar leyes que previamente sancionó y derogó?; ¿el control de constitucionalidad que habilita a la nulidad de la norma y, en consecuencia, le quita todo efecto, es monopolio del Poder Judicial?. Los Ministros analizan el art. 29 de la Constitución Nacional, las fuentes del “ius cogens”, la vigencia de las sentencias de los tribunales internacionales...etc.

En cada uno de ellos, el holding y el obiter dictum se entrelazan y conforman un punto de partida esencial para entender los nuevos criterios interpretativos de nuestra SCJ que han modificado, en mi criterio, sustancialmente, sus propios precedentes.

Ello justifica que ensayemos y proyectemos un nuevo “case book” en el que muchas de las conclusiones que efectuamos hace algunos años atrás han quedado superadas por un mundo cada vez más globalizado, que procura constituir y consolidar un sistema internacional de protección de los derechos humanos para no dejar impunes los crímenes aberrantes que afectan la misma condición humana.

Cariló, Enero de 2006

CAPITULO I

EL METODO DE CASOS³

1.-LA IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO:

Es importante el conocimiento y estudio de la norma basada en la doctrina. Nos permite conocer las diferentes opiniones, de destacados autores especializados, sobre un mismo tema, y colabora con nuestro estudio a partir de conocer las alternativas convenientes. Es, por otra parte, la que nos facilita la búsqueda de la información apropiada en la jurisprudencia para trazar la estrategia del caso. Pero la enseñanza del derecho no se debe limitar a ella.

Una Facultad que prepare a los estudiantes para el ejercicio profesional procurando la excelencia, indispensable en un mercado tan competitivo, debe impulsar el “método de casos” como una de las herramientas válidas para el conocimiento del derecho.

El alumno no debe memorizar todos los artículos de la Constitución, sus leyes o los respectivos Códigos y menos aún, repetirlos con fidelidad. Debe ser educado procurando que piense “como abogado”, esto es, frente a un caso, distinguir el derecho de los hechos, diferenciando lo principal de lo accesorio y luego encontrar las alternativas posibles y dentro de las mismas, las convenientes para su estrategia.

La primera pregunta que siempre surge en el desarrollo de la materia ,frente al método adoptado, es :¿Porqué el método de casos ?.¿Qué importancia tiene el estudio de la jurisprudencia que justifique distanciarse del estudio tradicional de la doctrina, las definiciones de los diferentes institutos, la historia constitucional, los cuadros clasificatorios etc.?

En el aprendizaje del ejercicio de la abogacía, es necesario que el estudiante: 1º) Tome conciencia del valor del estudio de la jurisprudencia, es decir, del fallo de los Tribunales en sus distintas instancias y fundamentalmente la establecida por la Suprema Corte de Justicia, dado que ella se convierte en un importante referente para el justiciable ;2º) El valor del acatamiento de las sentencias de los tribunales superiores con respecto a los inferiores, atendiendo a los mecanismos de contralor constitucional difuso adoptado por nuestra constitución ; 3)La importancia de la doctrina y el conocimiento de la norma, para justificar o criticar la decisión judicial, cuyo antecedente jurisprudencial analizamos .

Una vez valorada la importancia del estudio de los fallos judiciales y su examen critico sin perjuicio de concluir sobre la obligatoriedad de su cumplimiento y acatamiento por los Tribunales inferiores, el análisis de la jurisprudencia nos permite

³ TERRILE, Ricardo Alejandro. Ob.cit. El desarrollo del presente capítulo se ha transcripto parcialmente de la obra citada.

abordar un caso desde la perspectiva de: a) Hechos que efectivamente han ocurrido; b) Partes que han agotado eventualmente instancias extrajudiciales; c) Cuestiones de derecho que aparecen controvertidas ; d) El conocimiento de las estrategias de los abogados ;e) Los procedimientos elegidos; f) La sentencia y sus fundamentos,(con los votos de mayoría y minoría de existir los mismos); g) Los recursos interpuestos; ,h) Medios y formas de llegar a otras instancias.

Dentro del método de casos, es posible analizar todos los aspectos que en un juicio se van presentando y el alumno observa , frente a un caso que el profesor desarrolla, que los temas a resolver no aparecen divididos en unidades, en "bolillas", constituyendo compartimentos temáticos estancos, como nos acostumbró el estudio tradicional de la materia basada exclusivamente en doctrina, sino que, por el contrario, todo se "vincula" .

Ante la exposición de los hechos de un caso determinado, que "liga" al estudiante a la realidad cotidiana y lo distancia de los casos abstractos analizados durante sus primeros años en la carrera, se procura hacer colisionar dos o más normas con la misma jerarquía constitucional , que las partes invocan.

En el análisis del caso, el alumno adquiere conciencia que los derechos que la Constitución reconoce no pueden ser estudiados fuera de contexto y sin tener en cuenta el "caso concreto". Es decir, no "alcanza" la norma ni la doctrina para explicarlos.

Asimismo," descubre" y "percibe", que el Juez ,traduce con marcado subjetivismo, su propia filosofía de vida, al priorizar una norma ,en detrimento de la otra, pese a que ambas tienen igual jerarquía constitucional, interpretando valores que juzga son aplicables al caso (por ejemplo, el derecho de intimidad ante la libertad de prensa – "Ponzetti de Balbin"-; el derecho de intimidad frente al resguardo de la salud pública –Bazterrica"-; el derecho a la vida frente al derecho a una muerte digna o de suicidio asistido- "Vacco, Attorney General of New York v. Quill", etc).

Aquella "teoría" acerca de la objetividad del Poder judicial se desmorona y el alumno comienza a visualizar, el verdadero campo del derecho.

Más adelante aprenderá que la Corte Suprema de Justicia es "apartidaria" por una imposición legal, pero es fundamentalmente "política", y sus sentencias tienen una íntima relación con el Poder, ("Marbury", "Merck", "Dromi", "Rodriguez"etc).

Para evitar que la sentencia en análisis, no sea atacada de arbitraria, visualizará que la conducta adoptada por el Juez , no obedece a un "capricho" interpretativo sino que tiene asidero en los antecedentes jurisprudenciales, que han interpretado la misma norma, de parecido ángulo.

En algún momento de su reflexión, el estudiante se interrogará:

¿La jurisprudencia que conforma la sentencia, es tal , porque alguna publicación la transcribió arbitrariamente o ha sido jerarquizada como precedente por haber sido invocado por jueces en sus respectivos fallos ‘?

El estudiante conoce de la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias por los tribunales inferiores y que la interpretación final de la Constitución es facultad de la Suprema Corte de Justicia , por aquello que “...la Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es....”.Sin embargo, el método de casos nos permite deducir que **ello no es del todo exacto**, dado que existen mecanismos de contralor, recursos de apelación y potestades que el propio Congreso ha establecido al aprobar y el Poder Ejecutivo ratificar convenios como el de Viena, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o degradantes, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa Humanidad , Pacto de San José de Costa Rica, entre otros, en el que nuestra propia Corte ha admitido y reconocido en materia interpretativa, que hay que estarse a los criterios sustentados por aquellos tribunales.

A esta altura, es necesario “aclarar” en el estudiante, que el derecho definido por los Tribunales no es definitivo ; tan solo se limita a dar su interpretación en un momento y bajo circunstancias determinadas y que es función del Abogado, como auxiliar de la justicia, enriquecerlo con la critica constructiva.

La interpretación que efectuemos sobre la aplicación del derecho al caso concreto, en materia de tratados internacionales ratificados por nuestro país, tengan o no jerarquía constitucional, sean o no, de integración, nos introduce en lo programático u operativo de la norma y ello también conforma un “descubrimiento”, dado que en el caso, el estudiante adopta la interpretación sobre la base del hecho real, su estrategia y el argumento que es necesario para sostenerlo .

El valor de dicha sentencia y su comparación con otras aparentemente contradictorias , nos permite entender que la solución de ese Juez, ha sido “la posible” dentro de su interpretación subjetiva y en el marco de las alternativas trazadas por la estrategia de las partes, (habida cuenta que en algunas materias, no puede ir más allá de lo que, efectivamente, las partes debatieron), pero que existen otras alternartivas, diferentes interpretaciones, distintos modos de dictar sentencias frente a casos semejantes.

El método no se limita a formar un buen abogado litigante, sino que colabora en la formación de futuros legisladores y jueces. Para el futuro legislador, porque le permite analizar y criticar la norma por el conocimiento que toma desde su aplicación al caso. Para el futuro juzgador, el método se transforma en un valioso aliado de los fundamentos en los fallos que debe sentenciar.

2.-UN INSTRUMENTO PARA "ESTUDIAR EL DERECHO":

El "case method" constituye un sistema de enseñanza y estudio del derecho, que tiene por objetivo "preparar abogados" (practitioners), dotando a los estudiantes del mínimo de conocimientos y habilidad técnica necesaria para desenvolverse en la actividad profesional.

La nota distintiva es la participación del alumno y el esfuerzo que se le impone para lograr por si mismo la doctrina del caso, comprender el mecanismo mental que lo llevó a la decisión, discriminar los elementos fácticos relevantes y ejercitar su juicio crítico.

El profesor debe alentar al alumno a un proceso mental necesario para captar el principio involucrado en la sentencia, en análisis, la técnica utilizable para resolver el caso y la capacidad crítica del alumno..

El "case method" enseña a los estudiantes a razonar de la misma manera que lo hace el Juez, cuando se encuentra frente a un litigio que requiere decisión. El Juez acude a los precedentes y procura determinar su "ratio decidendi" (el sentido de la decisión) y su aplicabilidad al caso en cuestión, en función de los hechos considerados relevantes en el precedente y de los que él considera relevantes en el pendiente.

El ejercicio de la abogacía ha abandonado su práctica tradicional. Hoy ser abogado significa muchas cosas diferentes. Están quienes litigan y comparecen ante los tribunales frente a jueces; otros que nunca concurren a la sala de un tribunal; socios en enormes bufetes jurídicos de las grandes ciudades que emplean de 50 a 200 abogados que hacen un trabajo especializado para corporaciones multinacionales; abogados que trabajan en las gerencias de compañías; abogados que practican por su cuenta o en pequeños bufetes, que ayudan a familias y pequeñas empresas en problemas legales tales como divorcios, disputas o quiebras; abogados que representan a individuos en problemas personales graves, tales como las víctimas de accidentes o los sospechosos acusados de cometer delitos; abogados del gobierno, fiscales y jueces; profesores de derecho; abogados de servicios legales que sirven a los pobres; y abogados de "interés público" que luchan en favor de causas.

A todos ellos los unifica el conocimiento del derecho y el hecho de haber participado de estudios universitarios en los que alguna vez han analizado jurisprudencia.

La cita judicial puede invocarse como un aporte doctrinario que sostiene y defiende una determinada estrategia o utilizarse socráticamente con el objeto de profundizar el conocimiento del derecho,

Analicemos una típica clase en el que se examina un caso ficticio:

Los estudiantes participan del curso luego de haber leído el "caso" sugerido por el Profesor recopilados en el "libros de casos". El docente entabla con los estudiantes un diálogo

Profesor: *Señor Garcia, ¿cuáles son los hechos que dieron lugar al caso de Cozodoy c/ Vicente ?*

Garcia: Bueno, Cozodoy se había lastimado la mano en un accidente, de modo que consultó al doctor Vicente y éste le dijo que podía repararle la mano quirúrgicamente, de modo que sería una "mano 100 por ciento perfecta". Pero la operación resultó mal,

y la mano quedó desfigurada. Entonces Cozodoy entabló demanda contra el doctor por incumplimiento de contrato.

Profesor: *Y, ¿cuál fue la defensa del doctor Vicente?*

Garcia: Vicente dijo que no había hecho esa promesa y que, incluso si la hubiera hecho, los doctores no pueden ser responsabilizados de declaraciones que hacen a los pacientes acerca de los resultados de los tratamientos médicos.

Profesor: *Desde el punto de vista procesal, ¿cómo se resolvió el caso en el tribunal de primera instancia? Y, ¿cómo llegó al conocimiento de la Cámara de Apelaciones y luego hasta la SCJ?*

Garcia: Cozodoy interpuso una demanda contra Vicente fundado en mala praxis y los daños y perjuicios que ello le ha significado. El tribunal de primera instancia admitió la demanda. Vicente apeló, con el argumento de que el juez de primera instancia no ha tenido en consideración que las declaraciones de los médicos no lo hacen responsables, dado que se trata de una obligación de medios y no de resultados. La Cámara de Apelaciones confirmó la decisión del juez de primera instancia, pero dijo que el juez había dado instrucciones erróneas respecto a los daños. Vicente sostuvo que la sentencia era arbitraria, lesiva del debido proceso dado que se había omitido a su juicio importantes pruebas periciales e interpuso recurso de inconstitucionalidad provincial y luego recurso extraordinario ante la CSJ

Profesor: *¿No había dejado el señor Garcia algo importante fuera de los hechos? ¿Presentó Cozodoy alguna otra reclamación?... ¿Sí, señorita Barros?*

Barros: Cozodoy demandó también a Vicente por negligencia médica, diciendo que había sido negligente. El juez dijo que no había pruebas de negligencia médica.

Profesor: *¿Por qué? ¿Que pruebas habría tenido que presentar Cozodoy? ¿Qué testigos, documentos o cosas? ¿Quién podría prestar testimonio en ese asunto? ¿Señor Rivero?*

Rivero: Creo que habría necesitado pruebas de que el doctor cometió un error, cosa que habría tenido que obtener de otro doctor a través de una pericial

Profesor: *Señor Garcia, volvamos a la opinión del tribunal sobre la apelación. ¿Llegó el tribunal a la conclusión correcta? Si usted argumentara por Vicente, ¿cuál sería su argumento para probar que los doctores no deben ser responsables de rompimiento de contrato, incluso si prometen una cura y la promesa no se cumple?.....*

El “libros de casos” transcribe los fallos que el Profesor aborda en el desarrollo de la materia. El estudiante se introduce en el conocimiento de la materia participando activa e interactivamente mediante el diálogo con el profesor, en lugar de hacerlo pasivamente escuchando conferencias.

El método no se limita a enseñar sólo reglas y principios de derecho formales, doctrina jurídica o dogma jurídico. El derecho, tiene que estudiarse y enseñarse como un producto social, que se alimenta de los conflictos individuales y sociales, integrándolos con las ciencias sociales, llevando a cabo prácticas en y enseñando a los estudiantes a argumentar para obtener resultados basados en política social.

Una vez expuesto los hechos del caso, el estudiante se ve sometido a un proceso de análisis que responde a las siglas en inglés "IRAC", que nosotros hemos traducido por "C.R.A.C" :

- A) CUESTION PLANTEADA EN EL CASO : Pregunta que se haría el Juez frente a los hechos del caso para resolverlo (ISSUE);
- B) Regla de derecho, respuesta (RULE);
- C) ANALISIS , de la regla del derecho que surge frente a los hechos del caso y otras fuentes del derecho (ANALYSIS);
- D) CONCLUSION, es decir, la conclusión que el propio alumno puede extraer de las pautas precedentes, sus propios puntos de vista, la similitud con otro caso que analizó o alguna breve síntesis del contenido del fallo (CONCLUSSION).

Al estudiante se le enseña a pensar como abogado, razonar como abogado, ora defendiendo al actor, ora al demandado, ora alegando por un apelante, ora argumentando en beneficio de un apelado, ora juzgando el caso como si fuera el Juez de la causa.

Es importante resaltar, que el "método" requiere algunos requisitos, sin los cuales es imposible desarrollarlo con éxito:

- 1.Solidaridad de intereses comunes;
- 2.Obligación reglamentaria de asistir a clase;
- 3.Una estrecha cooperación y vinculación entre alumno y profesor.

Existen cinco elementos sustanciales que aseguran el éxito del sistema:

- a.El conocimiento previo de las reglas de juego , en el curso regular y la obligación de su cumplimiento;
- b.La discusión de los estudiantes en clase;
- c.El estudio en el "case book";
- d.La búsqueda de nueva jurisprudencia y precedentes judiciales que avalen las afirmaciones e invocaciones sostenidas por el estudiante;
- e.El tipo de examen requerido de los alumnos.

a. El alumno debe conocer al iniciar el curso regular, como se desarrollará el método. Ello implica tener presente, que es imprescindible la asistencia a clase. Debe "familiarizarse" y conocer como se realiza la búsqueda de jurisprudencia, las distintas editoriales , los límites y alcances de cada una, sus colecciones , sus respectivas voces .

El Profesor y el estudiante deben mantener una estrecha relación de comunicación, transformándose el primero en una "guía" que colabore con la búsqueda del material apropiado y lo ayude, en las primeras clases, a distinguir aquellos hechos relevantes para el caso en análisis, de aquellos otros que no lo son.

b. El "case method" es socrático. El Profesor propone el tema y lo encuadra en doctrina. Cita la bibliografía y la opinión de los diversos autores y hace mención de la jurisprudencia o precedentes judiciales que se han referido a ella.

No solamente cita sentencias que han fallado en el caso concreto, y que colaboran con el estudiante en el conocimiento de la “técnica” que el Juez empleó para llegar a su solución, sino que , propone un problema que aguarda solución, que es hipotético , y que apela a que el estudiante “piense por cuenta propia”.

El alumno adopta la condición de actor y/o demandado y/o Juez y/o relator y/o fiscal , etc. Y debate con sus compañeros, con la conducción del profesor, procurando “actuar como abogado” en el caso que sea parte o como Juez, en el caso que deba sentenciar el caso hipotético. Es obligatorio el fundamento normativo y el precedente judicial.

c. El case book ,el cual nos referimos anteriormente, se amplía con disposiciones legales, referencias normativas que por la fecha de su sanción, y sin perjuicio de su vigencia, son de difícil hallazgo, en la sistematización de los textos de la materia; reglamentaciones publicadas en el Boletín Oficial.

Se transcriben sentencias que pertenecen a distintas jurisdicciones territoriales de la República Argentina. El carácter nacional de las universidades y el hecho que los estudiantes pertenezcan a diversas provincias, justifica la importancia de su inclusión, y adquiere relevancia para el sistema federal .

Los tratados de integración y la trascendencia de los fallos de la Corte Interamericana, se traduce con la cita y transcripción de sentencias de Tribunales de algunos países latinoamericanos. El alumno estudia y conoce el procedimiento de la Corte Interamericana de Justicia de San José de Costa Rica y se impone de la reciente legislación sobre el Mercosur.

Existen algunos fallos que han constituido verdaderos “leading case” internacionales, que provienen de la Corte Suprema de EE. UU., tales como “Marbury”, “Bakke”, “Roe vs Wade”, que son de lectura obligatoria y que también forman parte del “case book”.

d. El “case book” debería actualizarse anualmente; y en los hechos, mensualmente, con la incorporación de nuevos fallos y precedentes judiciales que los propios estudiantes y el profesor van conociendo y en consecuencia, incorporando al “libro de casos”.

De la misma manera ,la sanción de nuevas leyes, reglamentaciones, modificaciones normativas, comentarios a fallo, debates doctrinarios etc., son “captados” por el “case book” y “agregados”.

El profesor y el estudiante, colaboran activamente para transformar al texto en un instrumento básico de trabajo procurando transmitir conocimiento teórico sobre el derecho positivo en forma más eficaz y sistemática.

e. Las evaluaciones son escritas y consisten en someter al análisis de los examinados, casos hipotéticos para que sean resueltos, desafiando la capacidad analítica del alumno, quien deberá razonar tal como lo hace el Juez de la causa, visualizar la forma en que “conectan” los diferentes temas abordados y el procedimiento que debe seguir

para arribar a la sentencia, procurando que la misma sea justa, legal y fundada en precedentes judiciales.

De la misma manera que en el Estudio Jurídico o buffet de cualquier abogado, la elaboración de la demanda, o su contestación, la estrategia o el ofrecimiento de prueba o en su defecto el alegato, el profesional consulta en forma permanente a sus apuntes, textos doctrinarios, o las editoriales donde se transcriben los fallos que fundamentan sus dichos; de la misma manera, el alumno elabora su prueba escrita, con los textos, apuntes, códigos, precedentes judiciales y jurisprudenciales, desplegados, en su propio pupitre.

El método no tiene la pretensión de sustituir el conocimiento de la doctrina y mucho menos de la norma, sino constituirse en complemento necesario de su análisis. No tiene, el presente texto, otra pretensión que ser un instrumento útil para el estudiante, que lo ubique frente a la aplicación práctica del derecho y comprender que existe otra manera diferente de abordar el estudio de la Constitución, en la que se requiere a "pensar" como abogado, con criterio más racional y menos memorioso.

CAPITULO II

EL IUS COGENS Y EL ALCANCE INTERPRETATIVO EN LOS FALLOS DE LA SUPREMA CORTE

1.-LA INTERPRETACION DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL HASTA 1994.

En la Constitución el orden de supremacía surge en forma expresa de su art.31 , al disponer el Convencional constituyente : “...*Esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras, constituyen la ley suprema de la Nación...*”.

En el texto , la cúspide del ordenamiento esta en la constitución formalmente considerada y debajo de ella el resto del ordenamiento jurídico. Joaquín V. González, en su “Manual de Derecho Constitucional”, nos decía hacia 1920, “...*Esto se reafirma en su art.27 que determina que los tratados no pueden modificar los principios de derecho público por ella establecidos. 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 el derecho lo facultan para comprometer los preceptos que afectan a la soberanía. En efecto, sólo una reforma constitucional que modificara los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional podría alterar este estado de cosas. Es por ello que el citado 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"*.

En un mundo que no imaginaba la globalización, los medios de comunicación satelital y en el cual la relación comercial seguía siendo en gran medida entre países, el concepto “soberanía”, se resguardaba celosamente.

La doctrina judicial de esa época remarcaba 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.

De la citada disposición del art. 31 y del art. 28 de la Constitución Nacional, surge que también la constitución resulta suprema respecto de las leyes que el Congreso Nacional dicte en consecuencia de ella.

Del anterior art.86 inc.2 (hoy art. 99 inc.2) se desprendía también la superioridad jerárquica de la Constitución formal respecto de los decretos y reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo.

Las sentencias no estaban divorciadas del marco de supremacía que deben respetar, dado que las mismas, deben ser dictadas , de acuerdo con el orden constitucional, ante el imperativo de fundarlas en derecho a los efectos de resolver todo conflicto que en concreto se presente .

La Constitución Federal es también suprema respecto de las constituciones provinciales de acuerdo a lo estipulado en los arts.31, 5 y los actuales arts. 121, 123, 124, 125, 126, 127 y 128 de la Constitución Nacional.

Hasta la reforma de 1994,y en atención a las disposiciones citadas precedentemente, existía un debate con el fin de determinar quien imperaba ante la eventual colisión de una norma establecida en un tratado internacional aprobado y ratificado por nuestro país y una disposición legal vigente.

Al disponer el mencionado art.31,que..." **la Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras, SON LA LEY SUPREMA DE LA NACION...**"; el "son" determinaba que el marco de supremacía lo constituía un tríptico . La lectura de los arts. 27 , 28 y 31 de la C. Nacional, ratificaban lo que nadie dudaba: La Constitución estaba por sobre tratados y leyes, pero , no alcanzaba a discernir el texto, como resolvemos el marco de supremacía cuando la colisión se producía entre éstos dos últimos.

La jurisprudencia había interpretado, en forma pacífica, desde 1853/60, la aplicación de la teoría **dualista**, exigiendo, ante la aprobación y ratificación de un tratado internacional, la sanción de la respectiva ley, en el ámbito del derecho interno, que lo pusiera en vigencia, que la "reglamentara"

Sin embargo, en las postrimerías de la segunda guerra mundial, la Corte Suprema introdujo y convalidó la teoría **monista**, en el caso "**Merck**"⁴ distinguiendo entre períodos de paz y de guerra ,justificando en el segundo caso, la primacía del derecho de gentes por sobre la Constitución Nacional.

Tiempo después, partiendo que un tratado internacional al ser incorporado a nuestro derecho interno, debe aprobarse por el Congreso de la Nación, adoptando la formalidad de una ley , el tiempo de su sanción determinaba su vigencia y la

⁴ (F.211:193)

correlativa derogación y/o abrogación tácita o expresa de aquella ley que se le oponía. El principio “ La ley posterior deroga la anterior..” (“Lex Posterior derogat priori”) fue adoptado en el caso “**S.A. Martín y Cia Ltda.**”⁵

Con el mencionado *leading case* "S.A. Martín & Cía. Ltda.", sentenciado en el año 1963 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 art. 100 (actual art. 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. Equiparaba tratados internacionales con leyes federales en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las anteriores.

Esta etapa que podría calificarse como propia 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**"⁶. La doctrina que se deriva del fallo se asienta en dos argumentos distintos: a) La condición de acto complejo federal que caracteriza a un tratado y b) El 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 modificaba el criterio adoptado *in re* "S.A. Martín & Cía. Ltda." para conferir primacía a los tratados internacionales sobre las normas internas.

En el voto mayoritario, sustentado en dicho fallo, se establece que la Convención de Viena 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 ratificada por nuestro país alteró el ordenamiento jurídico argentino 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 sentencia conformó una verdadera transformación interpretativa, habida cuenta que la Suprema Corte abandonó la teoría dualista o monista con los fundamentos vertidos hasta ese entonces y comenzó a distinguir entre normas operativas o programáticas. El tratado o la convención internacional, aprobado y ratificado, en las condiciones de su vigencia, conteniendo normas operativas, se imponía en el derecho interno y en consecuencia, se asimilaba al monismo. El mismo instrumento internacional, con normas programáticas, necesitaba de la sanción de otra norma, en el derecho interno, para ponerla en vigencia.

No solamente, la Suprema Corte avanzó en esa materia, sino que fue mucho más allá. Se adelantó a los postulados de la reforma de 1994 y admitió la jurisdicción de la Corte Interamericana de Justicia en materia de interpretación sobre derechos

⁵ (F. 257:99)

⁶ (Fallos: 315: 1492)

humanos, renunciando de hecho y por derecho, al monopolio interpretativo en materia de contralor constitucional. Hasta 1994, fecha en que se reformó la Constitución Nacional, la propia Constitución, los tratados o convenciones internacionales aprobados y ratificados por nuestro país, las leyes federales, los decretos del Poder Ejecutivo, las Constituciones provinciales, las leyes de cada provincia, las ordenanzas municipales etc., conformaban en ese orden, el ordenamiento de supremacía, y la interpretación del Poder Judicial, con ligeros matices, lo había admitido y reconocido

2.- LA INTERPRETACION DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL ENTRE 1994/2005.

Una situación inédita y, en consecuencia nueva, surge en la Constitución reformada, a partir de 1994, con la incorporación de los arts.75 inc.22 y 24 y las disposiciones del art.124 de la C. Nacional .

La SCJ, con posterioridad a la reforma constitucional, y en consecuencia, interpretando a ésta, se pronuncia en el caso "**Cafés La Virginia S.A.**"⁷, 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.

En la causa "**Fibraca Constructora S.C.A.**"⁸ 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".

En diversos fallos de la SCJ 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.

Como consecuencia de la reforma constitucional de 1994, el Ministro Fayt, en el caso "**Petric**"⁹ afirmaba que 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) 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...*"

⁷ (Fallos: 317: 1282)

⁸ (Fallos: 316:1669)

⁹ Fallos: 321: 885

En ésta etapa, se coincide, en:

a) La decisión de incorporar determinados tratados internacionales y convenciones en el art. 75 inc. 22) de la constitución reformada, obedece a un análisis de comprobación o verificación sobre la constitucionalidad de esos instrumentos internacionales por parte del convencional constituyente y esa decisión esta exenta del control judicial, asumiendo la naturaleza política no judicial.

b) Interpretar que la jerarquización de los instrumentos internacionales “..en las condiciones de su vigencia...”, debe entenderse con las reservas y aclaraciones que la República Argentina incluyó en el respectivo instrumento de ratificación.

Ese marco de coincidencia se modifica en la actual integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El “análisis de comprobación”, sostiene la mayoría, lo realizó el convencional en su oportunidad y es legítima la delegación que realizaron en los legisladores con referencia a los tratados y convenciones que éstos puedan jerarquizar con la mayoría agravada exigida por el artg. 75 inc. 22) tercer párrafo de la C.Nacional. Dicho temperamento no es compartido por algunos de ellos, los cuales admiten la posibilidad de revisar, verificar y controlar la constitucionalidad de dicha delegación. Fayt, por ejemplo, admite el juicio de comprobación como facultad del convencional constituyente al momento de la incorporación de los instrumentos internacionales cuando la reforma de 1994, en los términos del segundo párrafo del citado art. 75 inc. 22 de la CN, pero niega que los legisladores tengan esa misma facultad, manifestando que el control de constitucionalidad en materia interpretativa y con referencia a los tratados y convenciones que se incorporen por imperio del tercer párrafo, son monopolio del Poder Judicial.

Tampoco han coincidido en el alcance que debe darse al término “...en las condiciones de su vigencia...”. La mayoría de los Ministros de la SCJ en la actual composición han modificado el anterior temperamento y adoptaron un nuevo criterio al precisar que “...*son las condiciones vigentes internacionalmente al momento de la reforma constitucional, cuando han adquirido rango constitucional y para ello es necesario consultar cual ha sido la interpretación que el tribunal internacional mantuvo a ese momento...*”.

El desarrollo de estas diferencias se analizan en el próximo capítulo.

Sin perjuicio de la doctrina judicial sentada en dichos fallos, se consolidó la línea argumental impulsada por el distinguido profesor Germán Bidart Campos, sobre el “bloque de constitucionalidad” y el “principio de irreversibilidad de los derechos humanos”, con la figura extrapolada del derecho germánico sobre el “stoppel”, es decir, “...la imposibilidad de contradecir el propio acto anteriormente cumplido por ella reconocido...”

Se ensaya, en consecuencia, para esta etapa, un orden de prelación:

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. En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las

normas dictadas a propósito de los tratados de integración; seguidamente, las leyes del Congreso.

La reforma de 1994 vino a establecer, en la norma escrita, el antecedente jurisprudencial del caso “Ekmekdjian”, precisando el alcance interpretativo del art. 75 inc. 22) de la C. Nacional, sin perder de vista el límite preciso de su art. 27.

Tuvo un significativo valor dado que se actualizó la constitución en consonancia con los más importantes precedentes internacionales, incorporando a los tratados y convenciones de derechos humanos con la misma jerarquía que la propia constitución. No se limitó a los expresamente citados en la disposición que comentamos, sino que el convencional estableció un mecanismo a partir del cual, en cualquier momento y con la mayoría calificada que el apartado tercero de dicha norma impone, el legislador (ya no el convencional) tiene la misma competencia para jerarquizar a otros tratados y convenciones que no están expresamente consignados en el segundo párrafo.

En el análisis de los fallos que seguidamente efectuaremos, verificamos que “Emekdjian” y los postulados de la reforma de 1994 conformaron una herramienta esencial para la modificación de la postura interpretativa de la SCJ.

3.- LA INTERPRETACION DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL A PARTIR DE 2005:

Tres fallos van a ser motivo de nuestro análisis. Las causas “Arancibia Clavel”, “Lariz Iriondo” y “Simón” han modificado sustancialmente los precedentes del Superior Tribunal de la Nación y han conformado un “quiebre” en la jurisprudencia sobre la supremacía constitucional y el rol que cumple el “ius cogens” y las fuentes del derecho internacional consuetudinario y convencional. Es cierto que en fallos anteriores y sobre todo después de “Ekmekdjian”, la mirada hacia las convenciones y tratados en materia interpretativa se había transformado en una constante necesaria e incluso la adopción de las decisiones de los tribunales internacionales comenzó a formar parte de las sentencias de la SCJ como criterios a seguir y respetar, admitiendo que en materia de derechos humanos, aquella conclusión devenía obligatoria para los tribunales nacionales, renunciando a su condición de “...interprete final de la constitución...”.

Lo interesante que surge de las respectivas lecturas es que los fallos no se pronuncian solamente sobre el alcance de la supremacía constitucional y su relación con las convenciones y tratados internacionales y el lugar que ocupa el “ius cogens” en nuestro ordenamiento interno, sino que avanza sobre aspectos que hasta la fecha conformaban materias políticas no justiciables como la amnistía, el indulto y sus limitaciones frente a los delitos de lesa humanidad, la ratificación del Poder Judicial como contralor de la constitución, el alcance de las nulidades sancionadas por el Congreso de la Nación sobre disposiciones legales dictadas por el propio cuerpo en el marco de sus atribuciones, entre otros.

La calidad expositiva de cada uno de los Ministros de la SCJ, la profundidad de sus planteos, el tolerante debate de ideas y los fundamentos expuestos independientemente de la concepción que cada uno de nosotros tengamos sobre los

hechos y el derecho expuesto, potencia un "volver a creer" en que la SCJ recupere su independencia y función de control.

3.A.) LA CAUSA "ARANCIBIA CLAVEL, ENRIQUE LAUTARO S/ HOMICIDIO CALIFICADO Y ASOCIACIÓN ÍLÍCITA Y OTROS.

HECHOS:

Enrique Lautaro Arancibia Clavel fue condenado por el Tribunal Oral Federal Nro 6, con asiento en la ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la pena de reclusión perpetua y accesorias por considerarlo:

- a) Partícipe necesario del homicidio, agravado por el uso de explosivos y por el concurso de dos o más personas, del matrimonio Prats Cuthbert y
- b) 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 Código Penal.

La defensa recurrió la decisión y la Cámara Nacional de Casación Penal revocó parcialmente la sentencia. Consideró que no correspondía aplicar la disposición penal que condena la conducta contra el orden democrático, dado que la acción desplegada por la asociación " no contribuía 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 corrido en su vigencia por la Constitución Nacional..." .

Finalmente concluyó que considerando cualquiera de las opciones posibles la acción igualmente se habría extinguido.

En el recurso extraordinario interpuesto por la Republica de Chile, ésta se agravia:

- a) 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.
- b) 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.

La Cámara en el rechazo del recurso, 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, 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.

La República de Chile, en consecuencia, interpone el recurso directo ante la Corte Suprema, sustentando sus fundamentos en que la Cámara Nacional de Casación Penal incurrió en un nuevo exceso de jurisdicción al "defender" su pronunciamiento anterior. Sostiene la querrela 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 9 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre.

EL DICTAMEN DEL SR. PROCURADOR:

El Procurador General, el Dr. Nicolás Eduardo Becerra, expone que la verdadera controversia esta signada 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). Deduce ello del hecho que el acusado haya sido detenido el 24/11/1978 y recién el 15/05/1989 se lo haya citado para la declaración indagatoria, excediendo el plazo de diez años.

Teniendo en cuenta, expone, 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 opinión del Procurador que los agravios del recurrente resultan insustanciales para ser tratados por el Tribunal puesto que la decisión de la alzada no ha sido arbitraria y por lo tanto debe rechazarse la queja en todo cuanto fuera materia de agravio.

Así los hechos y los antecedentes procesales previos al dictado de la sentencia por parte de la SCJ

LA DECISION DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

Parte por ratificar la sentencia del tribunal oral que tuvo por acreditado la participación de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978, de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional DINA 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, se encuentra probado en autos, que

el acusado 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.

La SCJ consideró que la conducta de Arancibia Clavel se encontraba tipificada como **'crímenes 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, con la aquiescencia de funcionarios estatales.

Expresamente el texto del Estatuto de Roma menciona que comete delito el que contribuye "...de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común" (art. 25, inc. 3°, ap. d), cuando dicha contribución es efectuada con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo..."

Se impone, en consecuencia, en la interpretación de la SCJ, que, 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" (ley 24.584 y decreto 579/2003), que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778.

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 hecho de 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.

Conforme a los postulados de la "Carta de las Naciones Unidas, del 26/06/1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30/04/1948 y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10/12/1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 02/05/1948 (ver 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), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ha reafirmado 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.

Lo expuesto deviene en una conclusión muy importante y trascendente: El 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...", aplicando sus disposiciones "...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".

En consecuencia, 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.

Habiendo concluido que la asociación ilícita para perpetrar hechos considerados delitos de lesa humanidad, también pasa a ser un delito contra la humanidad, resta por verificar si la acción penal se encuentra prescripta o no, instituto 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) se señaló expresamente que tal principio alcanza también a la prescripción de la acción pena.

Sin embargo, 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 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*.

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.

La doctrina de la Corte señalada en el precedente "**Mirás**"¹⁰, 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

¹⁰ Fallos: 287:76

respecto a la normativa internacional en el precedente "**Priebke**"¹¹, 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.**

La Convención, en la interpretación de la SCJ afirma la imprescriptibilidad, no la declara a partir de ese momento, 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.

Por ello, se ha dicho que "...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*."

La SCJ ha mencionado en anteriores sentencias, al derecho internacional consuetudinario, el llamado por el derecho romano "Derecho de Gentes"; pero nunca con la fuerza y la entidad que la invoca en los fallos que estamos analizando.

Por ello, cabe detenerse tan solo un momento en su naturaleza y alcance como fuente del derecho interno.

¿Cuál es la función primordial del *ius cogens*? "*..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).

El Ministro Maqueda desarrolla en su voto el alcance del "ius cogens", uno de los elementos básicos de los fundamentos del cambio de postura de la SCJ .

Lo define como "*..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 XX en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas...*". En el informe 62/02, caso 12.285 Michael Domínguez v. Estados Unidos del 22 de octubre de 2002, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se amplía éste concepto : "**un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir**" y "**como normas que han**

¹¹ Fallos: 318: 2148

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 diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia (su voto)

La SCJ modificando el criterio adoptado en "Ekmekdjian c/ Neustad", afirma 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*".

Una de las afirmaciones más interesantes está dado por el alcance interpretativo que la SCJ ha otorgado a la vigencia de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, la que en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, la considera parte de los principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional. 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 efectúa 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.

Este criterio ha sido sostenido por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en dos causas: "Barrios Altos" y "Velázquez Rodríguez", que transcribe como parte integrante de su resolución y cuyos alcances se obliga a observar.

En el caso "Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C N° 75, la CIDH, manifestó: "*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...*"

En "Velázquez Rodríguez", sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C N° 4), el citado tribunal internacional estableció: "*..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".

Se asume, en la interpretación de nuestra SCJ, por parte del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano un deber de respeto a los derechos humanos y un deber de garantía. Por el primero, el Estado se obliga a 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.

En tales condiciones, la SCJ dispuso que **“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).**

Al fallo lo suscriben por la mayoría, Enrique Santiago Petracchi (según su voto), Antonio Boggiano (según su voto), Juan Carlos Maqueda (según su voto), E. Raul Zaffaroni y Elena I. Highton de Nolasco. En disidencia, Augusto Cesar Belluscio, Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vazquez .

¿Cómo llega la SCJ a trazar sus postulados?; ¿Cuáles son los argumentos y fundamentos de los diferentes Ministros que colaboraron con el contenido de la sentencia y su resolución final?.

He seleccionado alguno de los votos, en el convencimiento que aportan elementos de análisis novedosos que modifican sustancialmente los precedentes que el superior tribunal venía adoptando o se reiteran abroquelados en un concepto en el que resisten cualquier influencia globalizadora en materia de derechos humanos, acentuando el principio tutelar del art. 27 de la CN que condiciona la aprobación y ratificación de tratados internacionales a que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en nuestra constitución.

Todo ello nos lleva a un primer interrogante, que no vamos a responder ahora sino como conclusión de los interesantes fundamentos vertidos en los casos en análisis: Los principios de derechos públicos del art. 27 de la CN ¿son los que imaginaron nuestros convencionales constituyentes históricos o los que contemporaneamente se incorporaron por ser parte de la comunidad internacional , despues de la segunda

guerra mundial con los instrumentos internacionales sancionados en su consecuencia?.

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. Aquel derecho de gentes basado en principios no escritos fue paulatinamente transformándose en convenciones y tratados que a la par que definían el derecho positivo internacional, fueron creando tribunales internacionales cuyas sentencias, motivadas por la idoneidad de sus miembros, trazaron precedentes obligatorios para los Estados miembros.

Los derechos humanos han salido del ámbito de la jurisdicción interna de los estados. Frente a ello, el Dr. Boggiano se detiene en el concepto "referencia". Precisa que 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 humano...*"s. Ello ya había sido citado en "Monges"¹²

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.

Esta "referencia", nos dice Boggiano, "*... No debe confundirse con "incorporación" "recepción" ni "adaptación". Al Tratado o Convención no se lo incorpora, para hacer derecho 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 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 internacional a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones evitando la irracionalidad internacional en los delitos de lesa humanidad y éste es sin lugar a duda, el gran avance contenido de la cuestionada reforma de 1994

Para el voto mayoritario de la SCJ, los tratados y convenciones sobre derechos humanos tienen la jerarquía que tutela y reconoce el art. 75 inc.22) de la C.Nacional, deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la prudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente.

¹² Fallos: 319:3148 (ya citado)

Boggiano puntualiza un importante principio interpretativo del derecho internacional público vigente: Los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. 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"*

En el caso *Monges*, ya citado, se 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.

Fayt, al respecto, coincide, pero veremos más adelante, que ese juicio de comprobación no lo extiende a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que el Congreso pueda jerarquizar con la mayoría agravada establecida en el tercer párrafo del citado artículo.

Para Boggiano, 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"* (ver considerando 22).

El "Juicio constituyente" es uno de los conceptos cuyos alcances interpretativos dividen a los Ministros de la SCJ. Boggiano manifiesta que 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. Por ello, el Congreso no 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, conformando una armonía y concordancia por la que se ajusta al art. 27 de la Constitución. *"...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. Por-*

que no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución 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 la Constitución... No es necesario que sea el poder constituyente el que confiera directa jerarquía constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos, si aquél ha asignado el 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 inconstitucional que el poder constituyente no pudiese reformar el mismo art. 30 de la Constitución” (Del Dr. Boggiano).

Lo expuesto adquiere una importante entidad dado que modifica criterios que la SCJ ha adoptado hasta ahora. Sin embargo, el “nudo gordiano” del debate y las diferencias entre los respectivos votos adquiere relevancia en la posición sustentada con referencia a la vigencia de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad y las consecuencias que implican sus conclusiones sobre la prescripción en el caso concreto y o no del principio de legalidad.

¿ 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, su art. I 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 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 cometidos debido a la política de 'apartheid' y el delito de genocidio definido en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen un delito de 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 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 participen en la perpetración...”.*

Participando que Arancia Clavel ha cometido delitos contra la humanidad, la mayoría de los Ministros de la SCJ se avocan a precisar y analizar si esos delitos están prescriptos.

Boggiano ratifica que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo, éste 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 establece una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad (art. I).

Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito *corpus delicti* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre la imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, dice Boggiano, dado que tutela normas imperativas de “*ius cogens*”, *“...normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad”*. A tales efectos, los Ministros mencionan en sus respectivos

precedente "*Priebke*"¹³, como uno de los casos testigos de la nueva concepción en materia de interpretación.

El fallo por el cual el gobierno de Italia solicitaba la extradición de Priebke, dispuso "*..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*"

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.

¿Existe alguna responsabilidad internacional para el Estado Argentino, de incumplir con su deber de respeto a los derechos humanos y la garantía de investigarlos ?, se interroga Boggiano.

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 y que por su imperatividad las torna aplicables aun retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional.¹⁴

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

El Dr. Maqueda, uno de los nuevos integrantes de la SCJ, adopta como punto de partida de su análisis, la dignidad humana, complementando la postura internacionalista de Boggiano. Invoca a tales efectos, del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en razón de que en el mismo, se postula el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y dicho instrumento es fuente de derecho interno para nuestro país. En dicho Preámbulo se 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. Además, en la Carta de las Naciones Unidas, cuya organización integramos desde su conformación, se 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(art. 55 inc. c) y 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 mencionado art. 55.

¹³ Fallos: 318:2148

¹⁴ Fallos: 319:2779

La protección de los derechos humanos básicos se estructura sobre la base de interpretados tratados y convenciones mencionados por la C.N. no se crean a partir de 1994 o desde su aprobación, ratificación y depósito del respectivo instrumento internacional, sino que se admitir su existencia y el acto en sí, constituyen una afirmación.

Frente a ello, Maqueda refiere, intentando un desarrollo histórico, “..que el derecho importaba un sistema complejo estructurado a partir de principios generales del derecho, justicia, igualmente adaptable para el gobierno de los individuos en un estado de naturaleza, y para las relaciones y conductas entre las naciones, basado en una colección de costumbres, en el crecimiento de la civilización y del comercio y en un código de convenciones y positivas. Dicho concepto suponía **una suerte de moralidad básica** debía atarse la conducta de las naciones entre sí y con relación a sus habitantes estructuraba en un ordenamiento jurídico y ético que iba más allá de los sistemas jurídicos positivos entonces existentes. Los elementos obligatorios del derecho de gentes no pueden ser violados por la legislación positiva, eran vinculantes para todos, las legislaturas no podían prevalecer sobre ellos y el orden jurídico se entendía como declarativo de tales derechos existentes”.

A la luz de lo expresado, Maqueda concluye “..que la Constitución Nacional de 1853 reconoce la supremacía de ese derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente con el deber de su aplicación correspondiente por los tribunales respecto a los crímenes abarcan 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 tribunales constitucionales de nuestro país el legislador lo consideraba como preexistente y necesario para el desarrollo de la función judicial...”.

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, en 1978, se estableció en su 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 que, en virtud de los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general que sea 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 un acuerdo ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

Esta doctrina relacionada con obligaciones internacionales de un rango superior que prevalece 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* que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho.

Maqueda admite en sus interesantes reflexiones que el “*ius cogens*” también se encuentra en 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 un contexto de normal convivencia entre estados (enfocado esencialmente hacia la protección de los estados 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.

¿Quién califica los delitos contra la humanidad tutelados por el “*ius cogens*”?

Para Maqueda, la calificación “*..no depende de la voluntad de los estados nacionales sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional, 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*”

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.

Nuestra constitución, en los tratados incorporados por su art. 75 inc. 22) con jerarquía constitucional ha admitido y reconocido 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.

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 violacio-*

nes de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares"(del voto Maqueda).

Hemos procurado sintetizar los fundamentos de los votos mayoritarios que rechazan la de la acción penal intentada por Arancibia Clavel, analizando aspectos del "obiter dictum". ¿Qué ha sostenido la minoría?; ¿Cuales han sido los argumentos ensayados para esos conceptos vertidos precedentemente?.

Belluscio formula una distinción entre el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad previsto en la mencionada Convención y lo que se refiere a la posibilidad de aplicación retroactiva.

Que con respecto al principio de imprescriptibilidad, Belluscio dice que "*el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584 del 29 de noviembre de 1995, por la que aprobó la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", así como también con la sanción de la ley 25.778 del 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional. Que de este modo las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la mencionada Convención. 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 siempre prescriban; pero es una cuestión muy distinta 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 Convención establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita, aplicada al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio nullum crimen sine poena que está consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional".*

Para Belluscio, en consecuencia, la aplicación al *sub examine* de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" es contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal, como corolario del principio de legalidad ya formulado.

Se resiste a conceder eficacia *ex post* a normas que prolonguen los plazos de prescripción y establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal porque se afecta, indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Es cierto, sostiene Belluscio que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por ley 24.584 del 29 de noviembre de 1995 y con jerarquía constitucional otorgada por la ley 25.778 del 3 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*... embargo, esa disposición comprende, evidentemente, los delitos cometidos antes de la aprobación de la Convención".....(el subrayado es mio). Belluscio rechaza como inaceptable "*la gravedad o aun el carácter aberrante de los hechos que se pretende incriminar justifican un lado el principio de irretroactividad de la ley penal, preciosa conquista de la cultura jurídica y política...*".

Para llegar a esas conclusiones, Belluscio se aparta del alcance interpretativo del "ius cogens" que hacen sus pares de la mayoría y rechaza que al momento de cometido el delito por Arancibia Clavel, se encontraba preexistente el derecho de gentes.

El Dr. Vazquez, que acompaña con su voto la decisión de la minoría, se detiene en una cuestión procesal, y expresa 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 y por lo tanto haría improcedente la concesión del recurso.

Sin embargo, sostiene, se ha configurado en el proceso una cuestión federal de trascendencia, referido a la inteligencia de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", lo que 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).

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 y no fue mantenido explícitamente ante la SCJ, interpreta que corresponde que sea tratado por el Tribunal *"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"*

Vazquez parte de considerar y determinar que el delito de asociación ilícita investigado en autos, independientemente de su adecuación típica al Código Penal argentino, constituye 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. Fundamenta sus dichos en el texto del Estatuto de Roma que extiende su aplicación a toda forma posible de intervención en esta clase de hechos, no sólo 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"*.

El hecho de 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, 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; aún 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 e sería un acto preparatorio punible de los otros”.

El antecedente que Vazquez cita lo remonta al Acuerdo de Londres firmado por Estados Unidos, Gran Bretaña, la Unión Soviética y el gobierno provisional de Francia, por el que se estableció la creación de un Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los criminales nazis cuyos crímenes no tuvieran localización geográfica particular y que funcionaría en la ciudad de Nuremberg. En el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, se definió "crímenes contra la humanidad" a los *“asesinatos, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o en 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

Sin embargo, tomando en consideración antecedentes de la propia Corte, exige para la aplicación del principio de legalidad normado por el art. 18 de la C.N. que la conducta y la sanción encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto y determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar (doctrina desarrollada en 16:118; 137:425; 150:293; 169:309; 184:116; 191:245; 204:345, 359; 220:129; 237:636; 1114; 310: 1909; 314:1451 entre muchos otros). El principio de irretroactividad de la ley es el sustento de su voto y lo fundamenta en el expreso reconocimiento en los instrumentos internacionales 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"*; 1948 fueron reiteradas en el art. 15, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito 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 Europa, por el art. 7, párrafo 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

No solamente el voto mayoritario viola el principio de irretroactividad de la ley pero también las reflexiones del Dr. Vazquez, sino que no ha tomado en consideración el alcance interpretativo de la doctrina tradicional había adoptado con referencia a *“...las condiciones de su voto”*. Vazquez señala 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 que condena a 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" el primer 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 somete incondicionalmente a los principios o normas del derecho de gentes, entre los cuales no se incluye la imprescriptibilidad retroactiva de la acción penal destinada a perseguir los*

*lesa humanidad*¹⁵; *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.*(el subrayado es mio)

Sostiene que acentuar el principio de legalidad con límite preciso a la tipificación del delito no atenta “*..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*”.

Por ello, el Dr. Vazquez, que suscribe el fallo en disidencia, concluye 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 iudice.

Concluye que “*..el indiscutible carácter aberrante de los delitos aquí imputados no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente*.”

El Dr. Fayt es el otro Ministro que firma en disidencia, participando de la necesidad de distinguir dos cuestiones que, en su interpretación, 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. Precisamente, con referencia a ésta última afirmación, rechaza su aplicación en el entendimiento que 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. Coincide con los argumentos sostenidos por Belluscio y Vazquez por los que, el fallo de marras, lesiona el principio de legalidad sustentado en la C.Nacional.

¿Cuáles son los fundamentos vertidos por el Dr. Fayt que complementan los expuestos por sus pares de la minoría?

Fayt sigue sosteniendo la postura tradicional de la SCJ en cuanto a la vigencia del art. 27 de la C.N. y que ésta es un límite preciso y objetivo que no autoriza la

¹⁵ Ver voto del Dr. Fayt en éste mismo caso.

incorporación de aquellos tratados y convenciones que esten en contrario con los principios de derecho público de la C.N.

Sostiene la nulidad de 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...*". El texto transcrito fue efectuado por Joaquín V. Gonzalez, en su Manual de Derecho Constitucional, editado en 1920, en el marco de una situación totalmente distinta al mundo globalizado que contemporaneamente se nos presenta.

Para Fayt, 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.

Para llegar a ésta conclusión, Fayt rechaza los argumentos interpretativos de la mayoría sobre la preexistencia del "ius cogens" y que la incorporación de los tratados y convenciones internacionales constituyen una "afirmación" de derechos ya reconocidos. Es más: niega que la frase "...en las condiciones de su vigencia..." implica que la interpretación es la efectuada por el tribunal internacional que constituye la autoridad de aplicación del respectivo instrumento. Por el contrario, reitera y ratifica la doctrina judicial que la SCJ venía adoptando tradicionalmente al disponer que el contenido de la mencionada frase implica tener en cuenta el contenido de la reserva que el gobierno argentino asumió en el 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, al respecto, 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. 4° de la ley 23.313 y las manifestaciones del representante de la delegación argentina, doctor Ruda en el 15° período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales, del 31 de octubre de 1960 y 2 de noviembre de 1960 respectivamente).

Para Fayt, la decisión de la mayoría de otorgar primacía del Derecho Internacional sobre la propia Constitución Nacional, consagrando el monismo, constituye una concepción extrema que "*...resulta totalmente inaceptable en el sistema constitucional argentino...*".

Recuerda que en diversos votos que informan decisiones de la CSJ, 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. *"...la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente...que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir..."*. Pero, al referirse a la propia "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", manifiesta que 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); por lo que *"...resultaría de un contrasentido intolerable que un tratado de la categoría descrita desconociera principios infranqueables de nuestra Ley Fundamental, reformándola a extramuros de la técnica constitucional establecida en el art. 30 citado..."*.

Coincide que 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) y por ello tienen jerarquía constitucional, *"...pero eso no significa que sean la Constitución misma..."*. En efecto, la inclusión de tratados con jerarquía constitucional, en el pensamiento de Fayt, 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. Argumento del voto del juez Fayt en "Petric"¹⁶

Por ello, concluye que la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" al prevér su utilización retroactiva, *"...resultaría claramente inaplicable, para nuestro derecho interno en virtud del art. 18 de la Constitución Nacional que, 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..."* y agrega *"...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. 9° de la Convención Americana y cuyo cumplimiento también ha de asegurarse como deber de garantía del Estado parte)..."*.

¹⁶ Fallos: 321:885

Fayt se resiste a reconocer la preeminencia del derecho de gentes sobre el derecho interno del Estado argentino. Sin perjuicio del “...valor indiscutible del derecho de gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional, no debe confundirse con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno...”.

Arancibia Clavel delata un “holding” muy preciso y acotado y un “obiter” generoso que nos introduce en diversos aspectos de nuestra materia trazando nuevos precedentes, imprescindibles para comprender el estado actual de la jurisprudencia de la SCJ.

La discusión argumentativa entre mayoría y minoría; la preexistencia del derecho de gentes y la definición intentada; el alcance del principio de legalidad y su inmediata relación con el instituto de la prescripción; el disenso interpretativo de los Ministros en torno al alcance de la frase “...en las condiciones de su vigencia...”, la importancia de las fuentes del derecho internacional consuetudinario y convencional son conceptos que se van a reiterar y repetir en los otros fallos que vamos a desarrollar seguidamente.

3.B) EL CASO “LARIZ IRIONDO, JESÚS MARÍA S/ SOLICITUD DE EXTRADICIÓN¹⁷

(Extradición. Convenio con España. Prescripción de la acción en el país requerido. Actos de terrorismo. Delitos de lesa humanidad).

La SCJ rechaza el pedido de extradición efectuada por el Gobierno de España en el entendimiento que se ha extinguido la acción penal correspondiente al delito por el cual se fundamenta la extradición, en el ámbito de nuestro país.

En el marco del proceso, los Ministros se involucran en un debate en torno al concepto y alcance de la definición de “terrorismo” y la diferencia entre los crímenes cometidos participando de un aparato de poder estatal y aquellos actos usualmente considerados de terrorismo pero que no se encuentran tipificados como tales en los instrumentos internacionales.

Sin perjuicio de algunas consideraciones procesales y el debate en torno a la aplicación de determinados convenios de extradición entre nuestro país y el gobierno de España, el “obiter dictum” nos introduce en una trascendental discusión sobre el concepto de terrorismo y la ausencia de consenso en sus alcances.

DE LOS HECHOS:

Estos son los hechos por los que se requiere la extradición de Lariz Iriondo, tal como surge del pedido de extradición

¹⁷ Causa 845/04-Tomo 40-Letra L- 10/05/2005

Se le imputa a Lariz Iriondo que: *"puesto de acuerdo con Juan Ignacio Jayo Bustinduy, Miguel Alberdi Zubizarreta y Juan Ignacio Iriondo Gárate, todos ellos miembros activos de la Organización terrorista E.T.A., deciden acabar con la vida de varios funcionarios de policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipuzcoa) que circulaban en un vehículo policial camuflado modelo K y los que ocupaban vehículos de escala (las furgonetas de la Policía Nacional), cuando circulaban por el lugar conocido como Alto del Malzaga (lugar elegido por Juan Ignacio Jayo Bustinduy y Miguel Alberdi Zubizarreta entre las localidades de Elgoibar y Eibar. El artefacto explosivo a base de goma 2, tornillos y tuercas como metralla es confeccionado por Alberdi Zubizarreta (a) 'el gordo', y tras una reunión de todo el grupo la noche del 8 de octubre de 1984 en el bar Txarridana de Elgoibar, los cuatro miembros del grupo se dirigen en dos coches hasta el lugar elegido, con carácter previo colocan dos detonadores al artefacto y luego de comprobar que el camino está libre llegan al sitio donde tendrá lugar la acción al día siguiente. Una vez en el Alto de Malzaga, ubican el artefacto consistente en una especie de 'hornillo' (olla a presión) en una leve depresión del terreno junto a uno de los márgenes de la autopista, con un puesto de control por cable a más de 30 metros en un camino forestal. La colocación la hacen Juan Ignacio Jayo y Juan Ignacio Iriondo, mientras que la conexión del cable al detonador la realizan Jesús María Lariz Iriondo y Miguel Alberdi Zubizarreta. Al día siguiente, 9.10.1984, por la mañana Alberdi y Jayo deciden comprobar si las víctimas están en el Ayuntamiento de Elgoibar trabajando en el Documento Nacional de Identidad, lo que da resultado positivo sobre las 11 horas. Seguidamente se encuentran con Iriondo a la entrada de la autopista. Desde allí, se dirigen en el vehículo de Alberdi hasta Ermua en donde secuestran 'a punta de pistola' el vehículo Renault 12, matrícula BI-0742-C, a su propietario Ramón Álvarez Arias, al que secuestran y transportan hasta un pinar, a unos 700 metros del lugar del atentado y lo dejan atado a un tronco. Sobre las 14.20 horas comprueban como los funcionarios y sus escoltas suben a sus respectivos vehículos tomando la dirección de Eibar. Delante de la comitiva policial circula Alberdi para avisar, Iriondo aguarda en la autopista con el turismo sustraído y Jayo activa el artefacto pero lo hace anticipadamente. Como consecuencia de la acción resultan heridos dos Auxiliares de la Dirección General de la Policía y el Conductor del vehículo, también funcionario público..." (fs.110).*

Además de este hecho puntual se le imputa, asimismo, que anteriormente, también como miembro de la organización E.T.A., había colocado y hecho explotar artefactos explosivos en diversas sucursales bancarias, a saber: el 8 de diciembre de 1982 en la sucursal del Banco Santander de Azcoitia; el 9 de enero de 1983 en el Banco Guipuzcoano de Deva; el 11 de junio de 1983, en el Banco de Santander de Vergara; el 15 de agosto de 1983 en el Banco de Vizcaya de Motrico y, ese mismo día, otro en el Banco Guipuzcoano de la misma localidad. Así también, se le imputa que, en fecha no determinada, junto con otros miembros del comando, sustrajo un automóvil R 12, matrícula SS-7634-B, amenazando con sus armas al propietario, a quien dejaron atado en un descampado, para luego dirigirse a una sala de fiestas llamada Guass para secuestrar a su propietario, intento que se vio frustrado al no poder localizarlo.

Por último, se le atribuye que el 6 de agosto de 1984, junto con los miembros del comando, utilizando cócteles Molotov, quemó un automóvil Peugeot de matrícula francesa, y el 16 de agosto de ese mismo año, con otros miembros del comando, procedió a quemar otros vehículos de matrícula francesa con la misma metodología (fs. 109/110).

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro 11 dictó sentencia por la cual se denegó la extradición de Jesús María Lariz Iriondo solicitada por las autoridades judiciales del Reino de España.

Para rechazar el pedido el magistrado consideró que la acción por la que se requería a Lariz Iriondo se encontraba extinguida para la ley argentina, circunstancia que impedía el extrañamiento pues, conforme a lo estipulado en el artículo 91, inciso "c", del "Tratado de Extradición y Asistencia Judicial Internacional en Materia Penal con el Reino de España" (ley 23.708), se requiere que la acción penal se encuentre vigente para los dos órdenes jurídicos.(argentino y español)

En tal sentido, consideró que desde la fecha de comisión de los hechos hasta el pedido de arresto preventivo que concluyera con la detención de Lariz Iriondo habían transcurrido los términos previstos para la prescripción de la acción penal.

Para determinar cuál es el plazo de prescripción a tener en cuenta, el magistrado aseveró que el "hecho" por el que se requiere la extradición consiste en: "la comisión del delito de atentado contra el orden constitucional (artículo 213 bis del Código Penal argentino) que concurre en forma real con el delito de homicidio agravado en grado de tentativa, siendo que este último concurre en forma ideal con los delitos de lesiones graves y estrago agravado".

A partir de esta calificación e interpretando el precedente "**Mario Fabbrocino**"¹⁸, argumentó que debía, por un lado, considerarse la prescripción del delito del artículo 213 bis (ocho años) y, por el otro, la del concurso ideal del homicidio agravado tentado, las lesiones graves y el estrago (doce años). Sobre la base de estos cálculos y, contrariamente a lo alegado por el fiscal en el debate, juzgó que el plazo de prescripción había transcurrido por no verificarse actos de carácter interruptivo anteriores al pedido de arresto preventivo que originara este proceso.

El representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso ordinario de apelación que le fue concedido

DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS POR EL REPRESENTANTE FISCAL:

Teniendo en cuenta de que es facultad del magistrado español producir el encuadramiento típico en sus normas internas, el cual no puede ser debatido en el proceso de extradición, puesto que a los tribunales argentinos les está vedado

¹⁸ Fallos: 323:3699

controvertir o modificar la calificación efectuada por el Estado requirente¹⁹, el Procurador General analiza la calificación en el ordenamiento punitivo argentino en virtud del requisito de la "doble subsunción".

El juez de la instancia calificó los hechos como atentado contra el orden constitucional en concurso real con los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa, lesiones graves y estrago agravado, que concurren idealmente entre sí.

El Procurador General no coincide con ello. *"..En efecto, la múltiple tipificación intentada por el sentenciante no acierta, a mi juicio, a englobar el elemento subjetivo constituido por la voluntad final que une los numerosos hechos ilícitos que se le atribuyen a Lariz Iriondo, ni considera la especial peligrosidad del medio empleado y, además, desdeña el objetivo de este accionar, cual es el hacer zozobrar la tranquilidad pública mediante la intimidación a una cantidad indeterminada de personas. En el caso, de una u otra forma, la subsunción en tipos penales del Código Penal argentino, si bien podría contemplar ciertos aspectos de los hechos que se le imputan al extraditable, dejan fuera características trascendentales, ocultando la magnitud de los ilícitos perpetrados... "*

Esteban Righi, representante del Ministerio Público, conforme a las disposiciones del art. 120 de la C.N., interpreta que los hechos por los cuales Lariz Iriondo es requerido deben ser calificados, a la luz del derecho de gentes, como actos de terrorismo.

Si bien no existe en el ámbito del derecho internacional convencional una definición de terrorismo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por imperio de la Resolución 51/210 -A/RES/51/210- del 16 de enero de 1996, "Medidas para eliminar el terrorismo internacional" ha expresado que en dicha categoría deben ser comprendidos *"los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas"* y ha dicho, asimismo, que tales actos *"son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos"*.

En el dictamen del Procurador General, se citan diferentes documentos que abordan el fenómeno del terrorismo como materia de preocupación jurídica para la comunidad internacional: La Resolución 3034 (XXVII) sobre medidas para prevenir el terrorismo internacional del 19/12/1972; el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1269 (1999) sobre la adopción de medidas destinadas a eliminar el terrorismo internacional del 19/10/1999 y la Comisión de Derecho Internacional en 1990 incluyó su tratamiento en el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

Los Estados miembros y los órganos de las organizaciones internacionales regionales se han empeñado análogamente en abordar las manifestaciones del terrorismo en sus respectivas jurisdicciones: Consejo de Europa: "Convención Europea para la Eliminación del Terrorismo", del 27/01/1997; la Organización de la Unidad Africana:

¹⁹ Fallos: 284:459; 305:725 y 315:575, entre muchos otros.

"Convención sobre la Prevención y el Combate contra el Terrorismo", aprobada en Argel el 13/07/1999.

En el sistema interamericano, en particular, las iniciativas contra el terrorismo más notables incluyen la promulgación en 1977 de la "Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando éstos tengan trascendencia internacional", aprobada el 02/07/1971, la labor actual del Comité Interamericano contra el Terrorismo, conforme a la Resolución 1650 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, del 07/06/1999, donde se establece el Comité Interamericano contra el Terrorismo y la "Convención Interamericana contra el Terrorismo", recientemente adoptada, en su segunda sesión plenaria, el 03/06/2002 aprobada por nuestro país mediante la ley 25.762.

Es importante detenerse en la definición que dicho texto convencional ha efectuado como crimen de terrorismo. Lo ha hecho remitiendo a distintos textos convencionales sobre la materia. Así, dicha norma establece: "*Para los propósitos de esta Convención, se entiende por 'delito' aquellos establecidos en los instrumentos internacionales que se indican a continuación:*

- a) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970;*
- b) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971;*
- c) Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973;*
- d) Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979;*
- e) Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980;*
- f) Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988;*
- g) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988;*
- h) Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988;*
- i) Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997;*
- j) Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999".*

Para el Procurador General de la Nación, Esteban Righi, la hipótesis fáctica por la cual se requiere la extradición de Jesús María Lariz Iriondo encuadra, dentro de las previsiones del "Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas", aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997, suscripto por la República Argentina el 2 de septiembre de 1998, aprobado por ley 25.762, del 16 de julio de 2003, y ratificado el 25 de septiembre de 2003.

La mencionada disposición en su artículo 2 establece: "*..Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico. 2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1. 3. También comete delito quien: a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o, [...] c) Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate*".

Teniendo en cuenta los hechos descriptos en el pedido de extradición, reseñados más arriba y la circunstancia que el Estado requirente es parte del Tratado, por haberlo suscripto el 11/05/1998 y ratificado el 30/04/1999, el Procurador aconseja hacer lugar a extradición requerida.

Tomando en cuenta conceptos vertidos en alguno de los fallos que hemos reseñado en el presente "case book", Esteban Righi sostiene "*..que la ratificación en años recientes del "Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas" por parte de nuestro país sólo ha significado, la reafirmación por vía convencional del carácter de delito contra el derecho de gentes que, como se desprende de los antecedentes mencionados, ya se postulaba desde antes para el terrorismo; en otras palabras, es una manifestación más del proceso de codificación del Derecho internacional no contractual preexistente.*(Ver al respecto el voto del Ministro Boggiano en torno a la extensión del concepto "referencia" en "Arancibia Clavel", ya citado.) – el subrayado es mio-

La aplicación preferente al caso del "Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas", en tanto ley de cooperación internacional determina también la solución que cabe adoptar acerca de la cuestión relativa a la subsistencia o extinción de la acción penal. Como se advierte ya de los tratados e instrumentos internacionales mencionados en el acápite precedente, la comunidad internacional ha avanzado en una unánime condena del terrorismo y ha expresado una clara voluntad de juzgarlo y sancionarlo en la conciencia de que su

erradicación no interesa sólo al Estado directamente perjudicado, sino que constituye una meta cuyo logro beneficia, en última instancia, a todas las naciones civilizadas, que están obligadas, por ello, a cooperar en la persecución y sanción del terrorismo, tanto por la vía de los tratados internacionales vigentes, como por la coordinación de sus derechos internos.²⁰

Esta es la concreción del conocido principio "aut dedere aut iudicare", también incluido entre las obligaciones del "Convenio", que expresamente consigna: "*..cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 ó 2*"; o la obligación de su art. 8.1, que dispone: "[...] *el Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, si no procede a su extradición, estará obligado a someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave, de acuerdo con el derecho de tal Estado*".

Para Arrighi, un rechazo de la extradición fundada en la eventual prescripción de la acción sería incompatible con la obligación de cooperar, sin excepción alguna fundada en el derecho interno, en la persecución y sanción de los actos de terrorismo acordada entre Argentina y España en virtud de ese mismo Convenio.

Sostiene, en consecuencia, que la sentencia dictada por el Aquo, resulta arbitraria, pues soslaya toda interpretación de lo dispuesto por el tratado multilateral, dado que sólo hace referencia al tratado de asistencia entre el estado argentino y el español celebrado en 1987, pero omite toda consideración a la norma que específicamente se aplicaba al caso.

Sin perjuicio de ello, el artículo 27 de la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados" al precisar que "*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*", impide que pueda alegarse que ha operado la prescripción de la acción penal en el caso sin frustrar el objeto del "Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas", al que nuestro país voluntariamente se ha sometido.

El Convenio no tipifica o crea un nuevo delito (terrorismo) sino que establece un marco de cooperación según el cual los Estados Partes se someten a sus reglas para hacer efectiva "*la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores*" (cfr. exordio del Convenio).

El propio convenio establece la obligación de que cada estado parte ejerza su jurisdicción criminal cuando los hechos se cometieran: "a) En el territorio de ese

²⁰ Fallos 319:510, voto del juez Boggiano

Estado, o b) Abordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito, o c) Por un nacional de ese Estado". Y, subsidiariamente, cuando: "a) Sea cometido contra un nacional de ese Estado, o b) Sea cometido en o contra una instalación gubernamental en el extranjero, inclusive una embajada u otro local diplomático o consular de ese Estado, o c) Sea cometido por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado, o d) Sea cometido con el propósito de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto, o e) Sea cometido a bordo de una aeronave que sea explotada por el gobierno de ese Estado" (artículo 6).

El fundamento del instituto de extradición radica en el interés común a todos los estados de que los delincuentes sean juzgados en el país a cuya jurisdicción internacional corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictivos .

Para el Procurador General de la Nación, *"..De no compartirse la interpretación que aquí se ha propuesto acerca de la utilización preferente del citado "Convenio" para resolver la procedencia de la extradición de Lariz Iriondo, considero, de todos modos, que debe ser rechazada por arbitraria la interpretación en materia de prescripción efectuada por el juez de la instancia a la luz de los antecedentes del caso.."*

En efecto, la sentencia en crisis pretende encontrar respaldo a su argumentación en que no existieron actos con entidad suficiente para interrumpir el plazo de prescripción entre la fecha en que acaecieron los hechos y el de la solicitud de arresto preventivo.

Para Arrighi, no se han tomado en cuenta los efectos interruptivos tanto a la resolución de fecha 18 de marzo de 1985 dictada por el juez español, como al requerimiento de extradición ante la República Oriental del Uruguay del año 1992.(ver fallo).

El "Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal" argentino-español y el Convenio ya citado, reconocen, como excepción para la remisión del individuo a la nación que lo requiere, la posibilidad de que éste pueda ser sometido a tratos o penas crueles (artículo 10 del tratado de extradición y 12 de la convención). A tales efectos, el propio Lariz Iriondo ha expuesto un supuesto peligro de ser sometido a tratos y penas crueles.

Arrighi, tomando en consideración los antecedentes del Fallos: 324:3484 en el que se trajeron agravios de similar índole respecto de un pedido de la República del Paraguay, concluye que *"debe tenerse en cuenta en estos casos, no tanto las referencias genéricas a una situación determinada sino si en la causa existen elementos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación en este proceso en particular de la justicia del país requirente" y, en el caso, no existe absolutamente ninguna circunstancia objetiva que permita inferir este peligro"*.

Sin embargo, y a todo evento, resultará aplicable la solución adoptada por el Tribunal en Fallos: 322:507 donde sostuvo que, en caso de comprobarse la verosimilitud del planteo efectuado por el requerido -la existencia de torturas y malos tratos en el país requirente-, el Poder Ejecutivo deberá disponer su entrega en condiciones que preserven su seguridad personal

Por todo lo expuesto, el Procurador General de la Nación, dictamina que *corresponde revocar la sentencia apelada y conceder la extradición solicitada por el Reino de España.*

DE LA SENTENCIA Y SUS FUNDAMENTOS:

La sentencia data del 10/05/2005, y los Ministros manifiestan que “..*Que de todas las cuestiones que integraron el debate en este procedimiento de extradición, ha de considerarse en primer término la referida a la prescripción de la acción penal según la legislación argentina, toda vez que fue el fundamento de la resolución denegatoria y, por ende, materia central de la apelación fiscal que mantuvo el señor Procurador General de la Nación en esta instancia...*”

Al respecto se menciona el art. 9 del Tratado de Extradición aplicable, aprobado por ley 23.708 que consagra "*No se concederá la extradición:...c) cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición*".

¿Cuál ha sido ese delito?

Para el a quo, son los “..*hechos y delitos de los días 8 y 9 de octubre de 1984 de la forma narrada en el pedido de extradición*” en el que *Jesús María Lariz Iriondo (a) Maki, junto con otros miembros activos de la organización terrorista ETA atentaron, mediante el empleo de explosivos, contra la vida de varios funcionarios de policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipúzcoa). A resultas del cual resultaron heridos dos auxiliares de la Dirección General de la Policía Josefa Pimental Muñoz y Nieves Amigo Recondo y el conductor del vehículo, también funcionario, José Rubio Charco. Y que, en la misma fecha, secuestraron "a punta de pistola" al propietario del vehículo Renault 12 matrícula BI-0742-C Ramón Alvarez Arias a quien transportaron hasta un pinar cercano al atentado y lo dejaron atado a un tronco..*”. Calificó tales hechos, según la legislación argentina, como infracción al art. 213 bis del Código Penal en concurso real con el delito de tentativa de homicidio calificado (art. 80, incs. 5 y 6 del Código Penal) que concurre, a su vez en forma ideal, con el delito de lesiones graves (art. 90 del Código Penal) y estrago agravado (art. 186, inc. 4 del Código Penal) (fs. 852 vta./853).

Sobre esa base y con sustento en lo resuelto por el Tribunal en Fallos: 323:3699 (considerando 5º y sus citas), aplicó el principio del paralelismo para computar el plazo de prescripción en el caso de los hechos típicos que concurren en forma real. Así, por un lado, fijó la prescripción de la acción penal nacida del tipo penal del art. 213 bis del Código Penal (asociación ilícita) en ocho años por ser el máximo de pena previsto (art. 62. inc. 2 del Código Penal) para ese tipo de delito. De otra parte, seleccionó entre los hechos típicos que concurren en forma ideal tentativa de homicidio calificado, lesiones graves y estrago agravado el plazo de prescripción de 12 años previsto para la figura del homicidio agravado en grado de tentativa por contemplar la pena mayor (arts. 54 y 62, inc. 2º del Código Penal). Tomó como fecha de inicio del plazo el 8 y 9 de octubre de 1984 por ser la de comisión del delito y consideró que a la fecha de interposición del pedido habían transcurrido 18 años y 1

mes, sin que se hubieran verificado actos interruptivos del curso de la acción penal. Desestimó que tuvieran entidad interruptiva los dos actos procesales extranjeros invocados por el Ministerio Público Fiscal en posición a la que adhirió el representante del país requirente en esta instancia: tanto la orden de procesamiento y prisión del juez español dictada el 18 de marzo de 1985 (fs. 123/131) como el pedido de extradición formulado por el Reino de España a la República Oriental del Uruguay en 1992.

El a quo concluyó que tuvo en cuenta que el propio juez del país requirente reconoció, en el auto de procesamiento del 5 de marzo de 2002 *"en relación a los hechos y delitos de los días 8 y 9 de octubre de 1984, que Jesús María LARIZ IRIONDO no fue procesado en el auto del 18 de marzo de 1985"* y que *"En consecuencia, no puedo tener por probado que el actual pedido es por los mismos hechos que se ha solicitado en 1992 la extradición...al Uruguay"*.

Para la mayoría de los ministros de la SCJ, sin perjuicio de la alternativa típica que el Tribunal adopte y aun las soslayadas en la instancia anterior, y si, incluso, entre ellas, optara por la calificación más gravosa prevista para cada tipo penal en cuestión, ello no permitía superar el límite de 12 años que el art. 62, inc. 2º del código de fondo fija como tope máximo de prescripción de la acción para tipos penales. Ello, aun utilizando las calificaciones agravadas contempladas para las figuras penales básicas que a continuación se individualizan, e incluso sujetas al aumento de pena contemplado en el art. 227 ter del Código Penal, si se considerara que acciones como las imputadas contribuyen, en el contexto en que se llevaron a cabo, a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.

En efecto, el hecho imputado a Lariz Iriondo por su pertenencia a la asociación calificada como ilícita E.T.A. se extiende desde por lo menos el 8 de diciembre de 1982 y hasta al menos el 9 de octubre de 1984. En el marco de esa asociación, se habrían llevado a cabo los siete hechos constitutivos del delito de estrago de fecha 8 de diciembre de 1982, 9 de enero de 1983, 11 de junio de 1983, 15 de agosto de 1983 en dos oportunidades 6 de agosto de 1984 y 16 de agosto de 1984. Estos concurren entre sí en forma real y, a su vez, con dos hechos de robo calificado uno de ellos cometido el 9 de octubre de 1984 y el otro en fecha no determinada, pero necesariamente anterior a esa y no más allá del 8 de diciembre de 1982. El del 9 de octubre de 1984, a su vez, en concurso real con el delito que el juez a quo calificó como de tentativa de homicidio agravado (art. 80, incs. 5 y 6 del Código Penal).

Por aplicación de la teoría del paralelismo (Fallos: 323:3699), transcurrieron más de 12 años o incluso más de 15 años desde la fecha de comisión de cada uno de los hechos descriptos en el considerando anterior como así también desde el 9 de octubre de 1984, última fecha que se tiene de referencia acerca de la pertenencia de Lariz Iriondo a la organización E.T.A.

Que, por lo expuesto, la SCJ, dispuso *que la acción penal nacida de los hechos imputados a Lariz Iriondo estaría prescripta a la luz de la legislación argentina. Tal conclusión no variaría aun cuando se soslayaran las mayores restricciones introducidas en ese precepto legal por la reciente ley 25.990 al enunciar cuáles son los actos interruptivos de la acción penal y se mantuviera, en materia de extradición, el criterio del Tribunal de Fallos: 323:3699 ("Fabbrocino").*

Con referencia al efecto interruptivo que tanto el Ministerio Público Fiscal como el país requirente pretenden asignarle al pedido de extradición que el Reino de España le habría formulado en el año 1992 a la República Oriental del Uruguay respecto de Lariz Iriondo por los mismos hechos que dan sustento a este trámite, el aquo desestimó esa postura invocando que el magistrado omitió toda referencia sobre el particular y no acompañó documental que probara las anteriores gestiones que el Reino de España realizó ante el Estado uruguayo respecto del requerido.

Para la SCJ *“No hay elementos que controviertan el punto ni existen antecedentes que permitan considerar viable ese acto como interruptivo del curso de la acción penal”*.

El Procurador General de la Nación propone superar el óbice que en el sub lite representa la prescripción de la acción penal para el país requerido a partir de considerar aplicable al caso el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas.

Como ya vimos, argumenta que las disposiciones de este convenio multilateral modifican, para los delitos en él contemplados y en los que deberían subsumirse los que motivan este pedido de extradición, el tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (ley 23.708). Específicamente en lo que respecta a la prescripción de la acción penal para el país requerido como causal para denegar la colaboración internacional, según el art. 9, inc. c. y concluye, invocando el parágrafo 9 del Preámbulo de ese convenio multilateral que reza *“Convencidos de la necesidad urgente de que se intensifique la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores”*.

En ese contexto, considera que *“...un rechazo de la extradición fundada en la eventual prescripción de la acción sería incompatible con la obligación de cooperar, sin excepción alguna fundada en el derecho interno, en la persecución y sanción de los actos de terrorismo acordada entre Argentina y España en virtud de ese mismo Convenio”*

Para la SCJ , *“...tal conclusión se apoya en una interpretación exclusivamente literal que atenta con el objeto y fin del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas ...En efecto, el objeto y fin del Convenio en cuestión fue ampliar el ámbito material de aquellos hechos pasibles de ser calificados como “actos de terrorismo” y, por ende, delictuales. Su Preámbulo consagra el propósito de “intensificar la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores” atento que “...las disposiciones jurídicas multilaterales vigentes no bastan para hacer frente debidamente a esos atentados” al no contemplar “los atentados terroristas con explosivos u otros artefactos mortíferos” (parágrafos 7 a 9).*

El texto aprobado preservó dentro del ámbito de las regulaciones nacionales tanto la obligación de *“...tipificar, con arreglo a su legislación interna...”* los actos definidos en el art. 2 como delictuales y *“sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su naturaleza grave”* (art. 4) como la de regular las condiciones

que rigen la cooperación penal incluida la extradición respecto de tales delitos a los que consideró sujetos a extradición.

El art. 9 consagra este último, al considerar "delitos extraditables" los consagrados en el Convenio (art. 2) y fijar distintas consecuencias jurídicas a resultas de ello, según si los Estados que han de prestarse cooperación jurídica están unidos o no convencionalmente. Para aquellos Estados Partes que como sucede entre la República Argentina y el Reino de España están unidos por tratados de extradición anteriores a la entrada en vigencia de este convenio multilateral, fija la obligación de considerar como "extraditables" los delitos alcanzados por el ámbito de aplicación material del Convenio (art. 9.1.). Por último, el Convenio no incluye ningún tipo de referencia al extremo de la prescripción de la acción penal, sea a los fines de la extradición o del juzgamiento en las jurisdicciones nacionales.

El art. 9.5. del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas consagra que "Las disposiciones de todos los tratados de extradición vigentes entre Estados Partes con respecto a los delitos enumerados en el art. 2° se considerarán modificadas entre esos Estados en la medida en que sean incompatibles con el presente Convenio". En razón de ello, el señor Procurador General de la Nación considera que este dispositivo convencional, al fijar un criterio de relación con otros tratados vigentes entre las partes, modifica dada su incompatibilidad el art. 9, inc. c) del tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (ley 23.708) en cuanto exige que la acción penal nacida del delito en que se funda el pedido de extradición no esté prescripta para el país requerido. En este sentido, el primero de los tratados adoptados en la década del 60 en el ámbito internacional fue el Convenio para las Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves suscripto en Tokio, aprobado por ley 18.730. Consagra que "...ninguna disposición de este convenio se interpretará en el sentido de crear una obligación de conceder la extradición" (art. 16.2.).

Sin embargo, esta cláusula no fue recogida en los demás convenios sobre terrorismo. En consecuencia, una interpretación del citado art. 9.5. a partir del texto y dentro del contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio (art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) pone de manifiesto que la modificación de los acuerdos bilaterales vigentes entre estados partes de este Convenio sólo rige en la medida en que regulen aspectos que también aparecen contemplados en el tratado multilateral dando lugar a una situación de incompatibilidad.

El Convenio no es en sí un tratado de extradición propiamente dicho, sino un complemento de los tratados de extradición en vigor entre los estados partes. De allí que, al margen de las disposiciones previstas en el propio Convenio, todas las otras condiciones de la extradición definidas en el ámbito del derecho internacional o por el derecho interno deben cumplirse. Lo contrario implicaría tanto como decir que el tratado ha consagrado una obligación de extraditar sin condicionamientos o, a todo evento, de juzgar por parte de las autoridades nacionales sin sujeción a condición alguna, lo cual resultaría contrario al texto mismo.

El Tribunal no es ajeno a las mayores facilidades que presenta, a los fines de la extradición, regular el recaudo de la prescripción de la acción penal **sólo respecto del país requirente, tal como reflejó siempre la ley interna** (art. 655, inc. 5 de la ley

2372 y el art. 11, inc. a de la ley 24.767 vigente) y actualmente el Tratado de Extradición con la República Oriental del Uruguay (aprobado por ley 25.304) en su art. 9. **Sin embargo, otro es el criterio que recoge el tratado bilateral con el Reino de España en el art. 9.c., que no es ajeno a la práctica seguida en este punto por la República Argentina al celebrar tratados de extradición.** Efectivamente, así, con el Reino de Bélgica, aprobado por ley 2239 (art. 3.5); con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Canadá, Pakistán, San Vicente, Sudáfrica y Kenya, aprobado por ley 3043 (art. 5); con los Países Bajos, aprobado por ley 3495 (art. 3.5.); con la Confederación Suiza, aprobado por ley 8348 (art. 3.5); con los Estados Unidos del Brasil, aprobado por ley 17.272 (art. III); con la República italiana, aprobado por ley 23.719 (art. 7.b.); con Australia, aprobado por ley 23.729 (art. 3.e.); con la República del Paraguay, aprobado por ley 25.302 (art. 6.1.c.) y con la República de Corea, aprobado por ley 25.303 (art. 3.c.).

Para la SCJ, el pedido de extradición se funda exclusivamente en el tratado bilateral y no incluye ningún tipo de consideración en el sentido que plantea el dictamen. Tampoco invoca y menos aun da razones por las cuales habría que aplicar la Convención para la Represión de los Atentados terroristas cometidos con bombas en el caso. Sólo pone de manifiesto la posibilidad de que los hechos prescriban en el país requirente y, sobre esa base, formula el pedido.

En tales condiciones, los Ministros de la SCJ admiten que “..se ve impedido de sortear el recaudo convencional de la prescripción de la acción penal para el país requerido como óbice a la entrega aun cuando ello conduzca en el caso a denegar la cooperación solicitada; de lo contrario, se estaría apartando de su inveterada jurisprudencia conforme a la cual los convenios y leyes de extradición no deben ser entendidos exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial destinados a reglar las relaciones entre los estados en la materia, sino que también deben considerarse como garantía sustancial de que una persona no será entregada a un Estado extranjero sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la ley, con respecto a sus derechos humanos fundamentales”

Y sigue diciendo “..Que a ello se une que tal doctrina no puede soslayarse por la naturaleza del delito involucrado toda vez que, si bien la extradición es considerada casi universalmente como un poderoso medio de prevenir la impunidad y, por consiguiente, de reducir el terrorismo, al propio tiempo se reafirma el delicado equilibrio que debe imperar en la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos tanto de las víctimas de tales hechos como de quienes resulten imputados, incluso en el campo de la cooperación internacional..”

Para la SCJ en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como "actos de terrorismo" puedan reputarse, tan sólo por esas circunstancias delitos de lesa humanidad.

Es más, interpretan que en el presente caso no resultan análogas a las que debió considerar el Tribunal en la causa A.533.XXXVIII. "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros. Causa n° 259C", de fecha 24 de agosto de 2004, y por lo tanto no considera de aplicación el criterio seguido en esa oportunidad.

Por todo lo expuesto, el Tribunal resolvió : **Rechazar el recurso de apelación ordinaria interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y confirmar la resolución de fs. 836/875 en cuanto declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España. Notifíquese, y devuélvase al tribunal de origen a sus efectos.**

Firman el mismo por la mayoría, los Doctores Enrique Santiago Petracchi, Augusto Cesal Belluscio (según su voto), Carlos S. Fayt (según su voto) Juna Carlos Maqueda (según su voto)- E. Raul Zaffaroni (según su voto), Elena I. Highton de Nolasco, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen Argibay y Antonio Boggiano (en disidencia).

Nos ha parecido conveniente analizar el voto de los señores Ministros Doctores Juan Carlos Maqueda y E. Raul Zaffaroni, quienes coinciden con los considerandos 1al 26 del voto de la mayoría pero se extienden en algunas consideraciones que, contradecidas por el Dr. Antonio Boggiano, constituyen unos de los debates más interesantes que refleja el fallo con respecto al alcance del concepto de "terrorismo". Interpretan, como lo ha hecho la mayoría, que los casos **Priebke²¹** y **Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros²²**, no son de aplicación al caso en análisis.

¿Porqué?

Si bien los delitos tipificados y probados en dichas causas, según el derecho internacional convencional, son crímenes contra la humanidad y también éste establece expresamente su imprescriptibilidad, existe una diferencia sustancial en razón que la punición e imprescriptibilidad de los crímenes cometidos participando de un aparato de poder estatal y con su cobertura, consistentes en la eliminación de opositores bajo un régimen de estado de policía y adoptados como metodología programada, al igual que los crímenes de guerra, consistentes en la toma y eliminación de rehenes, era ius cogens desde mucho antes de su tipificación internacional precisa y cierta en tratados internacionales. Justamente, el derecho internacional penal evolucionó en este aspecto desde las incertidumbres del ius cogens a la certeza de la legislación por tratados y convenciones. La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, en su art. I dispone que esos crímenes "*son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido*", lo que no implica que su aplicación sea retroactiva, sino que recoge en ley internacional lo que estaba desde antes vigente en el derecho internacional de fuente consuetudinaria, a tal punto que "afirma" la imprescriptibilidad, en lugar de "establecerla".²³

En cambio, en los delitos descriptos en el requerimiento de la extradición, su tipificación no se afirma en la existencia de un derecho internacional consuetudinario previo a éstos.

²¹ Fallos: 318:2148 ya citado.

²² Causa N° 259C

²³ Ver "Arancibia Clavel"

El concepto de terrorismo, exponen Zaffaroni y Maqueda, ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido, al punto que ni siquiera se logró un consenso en el Estatuto de Roma, donde no fue posible lograr una definición, pese a la unánime condena. Tampoco en el sistema regional americano la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Barbados el 3 de junio de 2002 (ratificada por ley 26.023). En dichos documentos, no se ha logrado un consenso sobre su tipificación ni sobre su consideración como crimen de lesa humanidad. *“Mal puede considerarse la vigencia de un derecho internacional consuetudinario consagratorio de la tipicidad e imprescriptibilidad de delitos sobre cuya definición no se ha logrado acuerdo entre los estados hasta el presente”*

Sostienen que *“..no debe confundirse la consideración del terrorismo como crimen de lesa humanidad y, por ende, imprescriptible, lo que no ha sido en general consagrado por el derecho internacional consuetudinario, con el tratamiento de algunos actos usualmente considerados de terrorismo como ajenos al concepto de delito político y, por ende, privados de los privilegios humanitarios que en general se reconocen a esta categoría de delitos y, consiguientemente, sujetos a extradición. Es verdad que ciertos actos de esta naturaleza se han declarado extraditables desde mucho antes, pero por excluirlos de los beneficios del delito considerado político, lo que nada tiene que ver con la calificación de delito de lesa humanidad y, por consiguiente, con su prescriptibilidad, pues esta exclusión sólo servía para considerarlos delitos comunes y como tales sujetos a extradición. De cualquier manera, el mismo concepto de delito político, no sujeto a extradición y susceptible de asilo por razones humanitarias, tampoco fue nunca muy claro en el derecho internacional, dado que la calificación corresponde al Estado requerido "conforme a su política pública o a sus intereses políticos”*.

Para los doctores Zaffaroni-Maqueda, *es completamente diferente considerarlos delitos comunes (meramente extraditables) a considerarlos delitos de lesa humanidad (no sólo extraditables sino también imprescriptibles).*

Por ello, consideran *“..imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las convenciones, pero no puede adoptar igual criterio respecto de aquellos que antes de las convenciones respectivas no eran reconocidos en esa categoría ni con esas consecuencias en materia de imprescriptibilidad por el derecho internacional consuetudinario; pues en este último supuesto estaría haciendo aplicación retroactiva de la convención..”*

En su voto, ensayan una preocupación *“..Que lo anteriormente expuesto en nada empaña el reconocimiento por parte de esta Corte de la formidable gravedad y creciente amenaza del terrorismo en el plano mundial, ni su preocupación y cuidado por el estricto cumplimiento de las obligaciones de cooperación internacional en la materia asumidas por la República, y tampoco abre juicio alguno respecto de las opiniones acerca del cumplimiento de las obligaciones de respeto a las garantías y derechos de las personas por parte del Estado requirente, formuladas en la sentencia apelada, materias todas que por cierto, son ajenas por entero a la cuestión aquí considerada que, como se ha visto, se halla limitada al planteo de la prescripción.*

El Dr. Augusto Cesar Belluscio, sostiene que en la actualidad, el extremo de la prescripción de la acción penal para el país requerido ha dejado de ser, en ese ámbito, un óbice para la procedencia de un pedido de extradición, a menos que el país requerido se considere también con jurisdicción penal internacional para conocer del hecho. Esa mayor flexibilidad no es sino producto del desarrollo progresivo de las relaciones entre los estados sobre el punto y su consecuente reflejo en las reglas jurídicas que rigen sus relaciones en el ámbito de la cooperación penal.

En tales condiciones, toda vez que los estados partes en este trámite de extradición mantuvieron los términos de sus relaciones en materia de extradición en general, en el marco del acuerdo bilateral que los une, pese a suscribir con anterioridad y luego de esa negociación, la serie de tratados que integran el acervo jurídico internacional existente en la lucha contra el terrorismo, el Tribunal se ve impedido de sortear el recaudo convencional de la prescripción de la acción penal para el país requerido como óbice a la entrega, aun cuando ello conduzca, en el caso, a denegar la cooperación solicitada.

Interpretar lo contrario, se estaría apartando de su inveterada jurisprudencia conforme a la cual los convenios y leyes de extradición no deben ser entendidos exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial destinados a reglar las relaciones entre los estados en la materia, sino que también deben considerarse como garantía sustancial de que una persona no será entregada a un Estado extranjero sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la ley, con respeto a sus derechos humanos fundamentales.

Es por esta razón que el Tribunal ha afirmado que el cumplimiento de las disposiciones que contienen los tratados y las leyes que regulan la materia se vincula con las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garantizan al requerido que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento .

Para Belluscio, *"..tal doctrina no puede soslayarse por la naturaleza del delito involucrado toda vez que, si bien la extradición es considerada casi universalmente como un poderoso medio de prevenir la impunidad y, por consiguiente, de reducir el terrorismo, al propio tiempo se reafirma el delicado equilibrio que debe imperar en la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos tanto de las víctimas de tales hechos como de quienes resulten imputados, incluso en el campo de la cooperación internacional.."*

Belluscio, expone, por último, que aun cuando pudiera considerarse a los actos de terrorismo como delitos de lesa humanidad, fuera de que no existe tratado internacional que establezca la imprescriptibilidad de la acción penal derivada de aquéllos y vincule a la República Argentina, tampoco sería posible llegar a un resultado similar por aplicación de un derecho de gentes consuetudinario en virtud de las razones expuestas en su disidencia en la causa A.533.XXXVII "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros causa nº 259C".

Fayt, por su parte, coincide con los considerandos 1 a 26 del voto del juez Belluscio y expone que *"..en suma, el Tribunal considera que en el derecho internacional no*

existe al menos por el momento un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como "actos de terrorismo" puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancia, delitos de lesa humanidad. Tampoco que de ello o de algún otro extremo deba necesariamente derivarse su imprescriptibilidad..."

Admite que existen objetivas *"dificultades para lograr una definición del terrorismo, tornando infructuosas las iniciativas que, tanto en el ámbito universal como en los regionales, surgieron para calificar al terrorismo como delito contra la humanidad"*. Cita al respecto, el antecedente de las negociaciones del Estatuto de Roma para la creación de una Corte Penal Internacional, en la que, si bien lograron un consenso para afirmar que los "actos de terrorismo" constituyen "graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional", no pudieron llegar a un acuerdo sobre una definición y, por ende, quedó diferido para una etapa de revisión el examen del punto con miras a llegar a una definición aceptable y a que queden comprendidos en la lista de crímenes de la competencia de la Corte.

Por ello, el Doctor Fayt, manifiesta que *"...resulta innecesario cualquier pronunciamiento acerca de la aplicación del principio de imprescriptibilidad, en tanto no existe el presupuesto lógico necesario que permita, por un lado, establecer la correspondencia entre "actos de terrorismo" y "delitos de lesa humanidad" tal como plantea la parte y por otro, que aquel principio se encuentre consagrado autónomamente. Por lo demás, no hay fundamentos históricos ni actuales que autoricen a concluir que el delito de terrorismo se encuentra alcanzado por la "Convención sobre Imprescriptibilidad"*.

Es el Dr. Antonio Boggiano el que fundamenta el voto que contradice la opinión mayoritaria y provoca un intercambio de opiniones que tornan trascendente el debate. Boggiano comienza por compartir el dictamen del señor Procurador General en cuanto califica a los hechos por los cuales es requerido Lariz Iriondo como acto de terrorismo que integra el género de los delitos iuris gentium, entre los que también cabe incluir el formar parte de una organización destinada a cometerlos en la formulación y ejecución de un plan común.

A juicio de Boggiano los hechos por el que se requiere la extradición de Lariz Iriondo encuadra dentro del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997, suscripto por la República Argentina el 22 de septiembre de 1998, aprobado por ley 25.762 y ratificado el 25 de septiembre de 2003 y suscripto por el Reino de España el 1º de mayo de 1998, aprobado el 22 de abril de 1999 y ratificado el 30 de abril de 1999, toda vez que se le imputa al requerido pertenecer a la organización E.T.A. y, en ese carácter, se le atribuye haber cometido una serie de delitos que han sido descriptas precedentemente.

El art. 2 de dicho instrumento internacional, conforme se expuso precedentemente y ahora reitero, establece que *"Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una*

instalación de infraestructura: a. Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b. Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico. 2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1. 3. También comete delito quien: a. Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o b. Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o c. Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate".

El terrorismo es una de las formas más brutales de violencia que actualmente perturba a la comunidad internacional, pues siembra odio, muerte, deseo de venganza y de represalia. Algunas organizaciones tienen un deliberado objetivo que esta dirigida a la destrucción de las cosas y al asesinato de las personas, muchas de ellas, absolutamente inocentes.

El terrorismo se ha transformado en una red oscura de complicidades políticas, que utiliza también sofisticados medios técnicos, se vale frecuentemente de ingentes cantidades de recursos financieros y elabora estrategias a gran escala, atacando personas totalmente inocentes, víctimas casuales de las acciones terroristas. Los objetivos de los ataques terroristas son, en general, los lugares de la vida cotidiana y no objetivos militares en el contexto de una guerra declarada. El terrorismo actúa y golpea a ciegas, fuera de las reglas con las que los hombres han tratado de regular sus conflictos, por ejemplo mediante el derecho internacional humanitario: en muchos casos se admite como nuevo sistema de guerra el uso de los métodos del terrorismo. No se deben desatender las causas que originara esta inaceptable forma de reivindicación. La lucha contra el terrorismo presupone el deber moral de contribuir a crear las condiciones para que no nazca ni se desarrolle.

Boggiano sostiene que al ".terrorismo se lo debe condenar de la manera más absoluta. Manifiesta un desprecio total de la vida humana, y ninguna motivación puede justificarlo. En cuanto el hombre es siempre fin y nunca medio. Los actos del terrorismo hieren profundamente la dignidad humana y constituyen una ofensa a la humanidad entera: existe por tanto, un derecho a defenderse del terrorismo. Este derecho no puede, sin embargo, ejercerse sin reglas morales y jurídicas, porque la lucha contra los terroristas debe conducirse respetando los derechos del hombre y los principios de un estado de derecho. La identificación de los culpables debe estar debidamente probada, ya que la responsabilidad penal es siempre personal y, por tanto, no se puede extender a las religiones, las naciones o las razas a las que pertenecen los terroristas. La colaboración internacional contra la actividad terrorista no puede reducirse sólo a operaciones represivas y punitivas. Es esencial que, incluso el recurso necesario a la fuerza vaya acompañado por un análisis lúcido y decidido de los motivos subyacentes a los ataques terroristas.." "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..”

En ese contexto, Boggiano participa con el dictamen del señor Procurador General, el cual alcanza su sentido más inteligible si se integra el principio de gravedad de los delitos iuris gentium con el principio de imprescriptibilidad de la persecución penal. El Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas no contiene disposiciones sobre la materia. El Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal suscripto con el Reino de España dispone en el art. 9º inc. c, que no se concederá la extradición: "*cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición*"

Ello significa que basta que la pena no se hubiere extinguido de acuerdo a la ley del país requerido para que se conceda la extradición²⁴. En tales condiciones, resulta aplicable la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa humanidad, que tiene jerarquía constitucional, en cuanto hace expresa, a los que define como "*..los cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz*", según la definición dada en el Estatuto de Tribunal Militar Internacional de Nürenberg, del 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 1945. El art. 6 (c) de la Carta o Estatuto del Tribunal Internacional antes 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.

El derecho internacional 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. Boggiano cita una importante cantidad de instrumentos internacionales que receptan la condena al terrorismo: 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; la Convención sobre la

²⁴ Doctrina de Fallos: 321:1409

Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1970; la Convención sobre la Prevención y Castigo de Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas, incluyendo Agentes Diplomáticos, aprobado por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973; el Acuerdo suscrito con el gobierno de la República de Italia sobre la Cooperación en la Lucha contra el Terrorismo, el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y la Criminalidad Organizada (ley 24.530); la Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 1979; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1994 y que aún no está vigente; el Convenio sobre los delitos y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963; la Convención sobre la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmada en La Haya el 16 de diciembre de 1970; la Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, concertada en Montreal el 23 de septiembre de 1971 y el Protocolo Adicional firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; la Convención sobre la protección física del material nuclear, aprobada en Viena el 3 de marzo de 1980; la Convención para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecha en Roma el 10 de marzo de 1988; el Protocolo para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas situadas en la plataforma continental, hecha en Roma el 10 de marzo de 1988; la Convención sobre el mercado de explosivos de plástico para fines de detección, hecha en Montreal el 1º de marzo de 1991; 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); el Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo, firmada el 9 de diciembre de 1999, de Naciones Unidas.

En el ámbito regional, se ha celebrado la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional, en Washington, D.C., el 2 de febrero de 1971; la Convención europea para la represión del terrorismo, concertada en Estrasburgo el 27 de enero de 1977; el Acuerdo de Dublín relativo a la aplicación de la Convención europea sobre la represión del terrorismo en los Estados miembros (Unión Europea), firmado en Dublín el 4 de diciembre de 1979; la Convención regional sobre la eliminación del terrorismo de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional, firmada en Katmandú, el 4 de noviembre de 1987; la Convención árabe sobre la represión del terrorismo, firmada en una reunión celebrada en la Secretaría General de la Liga de Estados Arabes, suscripta en El Cairo, del 22 al 24 de abril de 1998; Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA)

sobre la prevención y lucha contra el terrorismo firmada en Argel en julio de 1999; Tratado de Cooperación entre los Estados miembros de la Comunidad de Estados independientes para combatir el terrorismo suscripta el 4 de julio de 1999 y la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Bridgetown Barbados el 3 de junio de 2002.

También existe un considerable cuerpo de resoluciones sobre el terrorismo adoptados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas que se citan en el fallo. En igual sentido se destacan las resoluciones 1269 (1999), 1373 (2001) y 1566 (2004) adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante las cuales 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.

En la citada resolución 1566/ 2004, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas:

1. Condenó "en los términos más enérgicos todos los actos de terrorismo, cualquiera que sea su motivación y cuando quiera y por quienquiera sean cometidos, que constituyen una de las más graves amenazas a la paz y a la seguridad";
2. Instó "a todos los Estados a que, de conformidad con las obligaciones que les impone el derecho internacional, cooperen plenamente en la lucha contra el terrorismo, especialmente con aquéllos en cuyo territorio o contra cuyos ciudadanos se cometan actos de terrorismo, a fin de encontrar, negar refugio seguro y someter a la justicia, sobre la base del principio del enjuiciamiento o la extradición a quien apoye o facilite la financiación, la planificación, la preparación o la comisión de actos de terrorismo o la provisión de refugio seguro o participe o intente participar en esos actos";
3. Recordó "que los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, u abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza...".

Todas las convenciones mencionadas y las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad sobre el terrorismo reflejan claramente, por una parte, una creciente determinación en el seno de la comunidad internacional de condenar todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo donde quiera que se cometan y quienquiera que los cometa y por otra parte, una creciente conciencia internacional entre la relación existente entre los derechos humanos y el terrorismo, tal como se destacó en el Informe preliminar preparado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Kalliopi K. Kuofa, el 7 de junio de 1999.

En el mismo sentido, los países de la comunidad europea en su derecho interno han prestado particular atención al fenómeno del terrorismo adoptando una legislación

específica. Así, el art. 55.2 de la Constitución Española referente a la suspensión de derechos y libertades establece una excepción aplicable únicamente a "las bandas armadas o elementos terroristas", independientemente de las restricciones consagradas para los estados de excepción. El citado art. 55.2 dispone: "Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17.2 y 18.2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Por su parte, también condenan el terrorismo, la ley irlandesa contra el terrorismo de 1973, la ley provisional británica sobre prevención del terrorismo de 1974, las diversas leyes alemanas para reformar el código penal y la legislación procedimental en materia de terrorismo y las leyes italianas contra el terrorismo de 5 y 28 de abril de 1978, entre otras, demuestran la intención estatal de recoger los principios internacionales en la materia. Cabe destacar que España, Francia, Reino Unido y Portugal han adoptado una definición de terrorismo en su legislación.

Los Estados Unidos de Norte América han adoptado una ley interna, la USA Patriot ACT, de octubre de 2001, Secciones 808, 809 y 810 en la que define al delito de terrorismo, tipificando nuevos delitos federales, aumentan las penas, modifica el procedimiento criminal federal, particularmente respecto de actos de terrorismo.

La resolución 54/164 de la Asamblea General del 17 de diciembre de 1999, titulada "Derechos humanos y terrorismo", condenó las violaciones del derecho de vivir sin temor y del derecho a la vida, la libertad y la seguridad, así como la incitación al odio étnico, a la violencia y al terrorismo. Reiteró su condena inequívoca de todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo, por ser actividades, cuyo objeto es la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia que constituyen una amenaza para la integridad territorial y la seguridad de los Estados, desestabilizando gobiernos legítimamente constituidos, socavando la sociedad civil y pluralista y redundando en el detrimento de desarrollo económico y social. Instó también a la comunidad internacional a intensificar la cooperación regional e internacional en la lucha contra el terrorismo de IX. Creciente conciencia internacional terrorismo humanos conformidad con los instrumentos internacionales pertinentes, incluidos los relativos a los derechos humanos. En el mismo sentido la resolución del 16 de marzo de 2000 del Parlamento Europeo hizo mención del terrorismo y los derechos humanos.

Para Boggiano, el terrorismo constituye delito de lesa humanidad, y por lo tanto, en su criterio, no rigen las disposiciones del derecho interno en materia de prescripción. *"Tales normas importan un obstáculo para la investigación y el eventual castigo de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y, en el caso de la extradición, atenta, además, contra el deber impuesto a los estados de cooperar en la lucha contra el flagelo del terrorismo que, como se dijo, afecta a toda la comunidad internacional por hallarse reñido con los más elementales principios de la convivencia humana civilizada.."*

No obsta a las conclusiones precedentes, en la interpretación de Boggiano, que la "Convención Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidas

con bombas" no estuviera vigente al momento de la comisión de los hechos en que se sustenta el pedido de extradición.

Para sostener ésta posición, se basa en la naturaleza del delito y lo resuelto en la citada causa "Arancibia Clavel", votado por el juez, quien expuso "*...no se presenta en el caso 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*"²⁵.

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 Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad. Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan videntes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad.

La inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho.

Por ello, Boggiano manifiesta 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 los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad..*", en los casos de terrorismo. Sigue diciendo "*..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 puede 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..*" Además, la imperatividad de tales normas las torna aplicables aún retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional²⁶.

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

Este mismo principio surge del Preámbulo de dicha Convención cuando expresa que "*... en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones por 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*

²⁵ Ver considerando 29 del caso "Arancibia Clavel"

²⁶ Fallos: 319:2779

preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes".

Antonio Boggiano participa de las conclusiones del Procurador General de la Nación y se pronuncia por conceder la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España.

Como es posible verificar de la lectura del fallos de marras, existe una diferente calificación del delito por parte del a quo y el Fiscal General. El primero considera que conforme al pedido de extradición y ajustándose a la letra de la petición, el delito por el cual se lo requiere a Lariz Iriondo es "atentado contra el orden constitucional en concurso real con los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa, lesiones graves y estrago agravado. Para el segundo constituye liso y llanamente "actos de terrorismo", conforme al derecho de gentes.

La dificultad estriba, manifiesta el a quo y la mayoría de los Ministros, en la ausencia en el derecho internacional convencional de una definición consensuada sobre el terrorismo.

¿Ello es así?

La Asamblea de las Naciones Unidas intentó una definición que transcribimos en el presente case book y en el cual refiere que son actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas y atento a ello no pone en cabeza del sujeto activo el requerimiento y la condición que sea el Estado; de tal manera que los actos terroristas no es monopolio del accionar del poder de imperio estadual sino que puede ser ejecutado por cualquier grupo de personas o personas individualmente consideradas como parte de una organización que mantenga como objeto y finalidad el propósito enunciado.

Tales actos son injustificables en toda circunstancia, cuales quiera fueran las consideraciones políticas, filosóficas, religiosas, ideológicas, raciales, étnicas o de cualquier otra índole que se invoquen para justificarlo.

No parece ser un concepto difuso que merite ser dejado de lado por el hecho que no este configurado en el derecho internacional positivo. Son actos contrarios a la dignidad humana y encuadran perfectamente como delitos de lesa humanidad, que han sido receptados por el "ius cogens" consuetudinariamente. La falta de un consenso internacional en el alcance de su definición por parte de algunos Tribunales internacionales no justifica que se los tenga por inexistente.

La ley 25.762 encuadra la tipificación del delito de terrorismo y la convención que la habilita conforme los precedentes de la misma SCJ no conforma una "incorporación", "recepción" o "adaptación", sino una AFIRMACIÓN de un derecho que ha sido admitido por el "ius cogens".

El debate ha sido instalado y no tengo dudas que se va a enriquecer con futuros fallos a partir de la nueva jurisprudencia internacionalista que adopta nuestra SCJ, en un mundo cada vez más interesado en no dejar impunes delitos contra la humanidad.

3.C) CASO “SIMON, JULIO HECTOR Y OTROS S/ PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD. CAUSA N° 17.768”²⁷

DE LOS HECHOS:

Las actuaciones se iniciaron con motivo de la querrela formulada por Buscarita Imperi Roa, quien afirmó que el 28 de noviembre de 1978 las denominadas "fuerzas conjuntas" secuestraron a su hijo José Liborio Poblete Roa, a su nuera Gertrudis Marta Hlaczik y a su nieta Claudia Victoria Poblete; y que distintas denuncias recibidas en la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo señalaban que el militar retirado Ceferino Landa y su esposa Mercedes Beatriz Moreira, tenían en su poder a la menor anotada bajo el nombre de Mercedes Beatriz Landa.

Tras el correspondiente impulso fiscal en torno al hecho denunciado, se llevaron a cabo diversas medidas de prueba que, en efecto, determinaron que Claudia Victoria Poblete se encontraba con vida, que se hallaba inscripta con el nombre de Mercedes Beatriz Landa como hija de Ceferino Landa y de Mercedes Beatriz Moreira y que este estado se constituyó poco tiempo después de que las fuerzas armadas la privaran de su libertad cuando contaba con ocho meses de edad.

A raíz de ello, el 25 de febrero de 2000, se decretó el procesamiento con prisión preventiva del militar retirado teniente coronel Ceferino Landa y de Mercedes Beatriz Moreira en orden a los delitos previstos por los arts. 139, inc. 2°, 146 y 293 del Código Penal y se declaró la nulidad de la inscripción del nacimiento de Mercedes Beatriz Landa como hija de los nombrados.

De acuerdo a los elementos colectados, la menor Claudia Victoria Poblete fue secuestrada junto con sus progenitores José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik el 28 de noviembre de 1978. Esta familia ha permanecido detenida en el centro de detención clandestina conocido como 'El Olimpo', lugar éste en que el matrimonio Poblete fuera despojado de su hija Claudia, mediante el artilugio de que sería devuelta a sus abuelos, hecho éste que jamás tuvo lugar. De acuerdo con las constancias de autos, y el testimonio de algunas personas que permanecieron en calidad de detenidos clandestinos en 'El Olimpo', centro éste que estuvo a cargo del General Suárez Mason, algunos de los represores que habían estado encargados de dicho lugar serían responsables del secuestro y la operatoria que culminara en la entrega de Claudia Victoria Poblete a manos del Teniente Coronel Ceferino Landa. Entre aquellos que tendrían conocimiento del destino que se le diera a la menor, se encontrarían Juan Antonio Del Cerro, alias 'Colores', Roberto Rosa, más conocido como 'Clavel', Julio Simón quien actuaba bajo el seudónimo de 'Turco Julián', Carlos Alberto Rolón 'Soler', Guillermo Antonio Minicucci 'Rolando', Raúl Antonio

²⁷ S-1467 . Tomo 38- de fecha 14/06/2005

Guglielminetti 'Mayor Guastavino', el Coronel Ferro entre otros. Asimismo, y en lo concerniente al secuestro de la familia Poblete, los intervinientes habrían sido Juan Antonio Del Cerro, Carlos Alberto Rolón y Julio Simón" (fs. 963/964 del principal). En función de ello el juez instructor dispuso recibirles declaración indagatoria a Juan Antonio Del Cerro (apodado "Colores") y a Julio Héctor Simón (apodado "Turco Julián"), a cuyo efecto ordenó la detención. A su vez, con fecha 6 de octubre de 2000, tuvo por parte querellante a Horacio Verbitsky, en su carácter de presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), con arreglo a los fundamentos que lucen en las actuaciones.

Tras escuchar los descargos de los imputados, el juez de primer grado dispuso el procesamiento, con prisión preventiva, de Del Cerro y Simón por haber secuestrado, retenido y ocultado a Claudia Victoria Poblete, conforme al art. 146 del Código Penal.

Tras recibirle declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (fs. 1967/1969), se dictó el procesamiento con prisión preventiva del nombrado sobre la base de las siguientes circunstancias de hecho: *"en su calidad de miembro de la Policía Federal Argentina e integrante de un grupo de tareas que dependía del Primer Cuerpo de Ejército Argentino y que formaba parte del sistema clandestino de represión (1976/1983), secuestró, junto a otros funcionarios de las fuerzas de seguridad fuertemente armados, a José Liborio Poblete, quien era lisiado de ambas piernas y se movilizaba en silla de ruedas, hecho ocurrido el día 27 de noviembre de 1978, en horas de la tarde y en la zona del barrio 'Once' de esta Ciudad...que en horas de la noche, junto a un grupo de personal de seguridad fuertemente armado, secuestró a la esposa de Poblete, Gertudris Marta Hlaczik (que se encontraba con la hija de ambos, Claudia Victoria), quien fue capturada en su domicilio, sito entre las calles 41 y 42 de Guernica, Provincia de Buenos Aires. Poblete y Hlaczik eran adherentes al grupo político 'Cristianos para la Liberación'. Los secuestros de ambas personas se realizaron con el objeto de conducirlos al centro clandestino de detención denominado 'Olimpo' que se encontraba ubicado en la calle Ramón Falcón, entre Lacarra y Olivera, de esta ciudad; con pleno conocimiento de que allí serían sometidos a torturas y vejámenes y que, luego, en estado de total indefensión, su destino probable sería la eliminación física (muerte), a manos de integrantes de las fuerzas de seguridad que formaban parte del sistema clandestino de represión. Ya en el centro 'Olimpo' José Poblete y Gertrudis Hlaczik fueron torturados por Julio Héctor Simón, entre otros, e interrogados acerca de otros integrantes de la agrupación política a la que pertenecían. Entre los métodos de tortura utilizados contra ambos se encontraba la 'picana eléctrica', la aplicación de golpes con elementos contundentes como palos o gomas. Asimismo, Julio Simón, junto a otros integrantes de las fuerzas de seguridad, mantuvieron privados de su libertad a Gertrudis Hlaczik y a José Poblete sin dar intervención a la autoridad judicial. Durante el tiempo que duró su cautiverio en 'Olimpo' Hlaczik y Poblete fueron sometidos a vejámenes y malos tratos; por ejemplo, se les aplicaban golpes, y a Gertrudis Hlaczik la arrastraron tomada de los pelos y desnuda, y a José Poblete, a quien le decían 'cortito', lo levantaban y lo soltaban desde lo alto sabiendo que la falta de miembros inferiores le impediría evitar que se golpeará contra el suelo.*

Todo ello era realizado por el grupo de tareas que integraba Simón, con la participación activa de éste, quien daba órdenes, custodiaba a los detenidos, y permanecía en el centro de detención en forma estable. Esta situación se mantuvo hasta el mes de enero de 1979 cuando Poblete y Hlaczik fueron sacados del centro 'Olimpo' y presumiblemente eliminados físicamente por personas hasta el momento no identificadas" (fs. 2678/2735 de las citadas actuaciones).

Estos hechos fueron calificados como crímenes contra la humanidad consistentes en la privación ilegal de la libertad, doblemente agravada, por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, la que, a su vez, concurría materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Capital Federal, con fecha 9 de noviembre de 2001, rechazó la excepción de falta de acción planteada por la defensa de Julio Héctor Simón, y confirmó la decisión del juez de grado en cuanto había declarado inválidos e inconstitucionales los arts. 1º de la ley 23.492, de punto final, y 1º, 3º y 4º de la ley 23.521, de obediencia debida.

Contra ambas decisiones el procesado dedujo el recurso extraordinario federal, que fue declarado inadmisibles con el argumento de que la presentación carecía de la fundamentación autónoma exigida por el art. 15 de la ley 48; tal decisión dio lugar a la presente queja.

En el recurso extraordinario, el recurrente plantea la nulidad absoluta de todo lo actuado a raíz de la intervención de Horacio Verbitsky (presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales) como querellante, pues sostiene que la participación del nombrado en el proceso significó la consagración, por vía judicial, de una acción popular no contemplada en la ley procesal ni susceptible de encontrar amparo en el art. 43 de la Constitución Nacional, que sólo recepta la protección de los derechos de incidencia colectiva, por lo que en consecuencia, a su juicio, carecía de legitimación para querellar.

Por otro lado, el acusado postula la validez constitucional de la ley 23.521 y solicita que se aplique el beneficio reconocido en su art. 1º. Afirma, que la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no es un tema justiciable, pues al Poder Judicial no le es dado, en los términos de los arts. 75, incs. 12 y 20 de la Constitución Nacional, juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los demás poderes del Estado. Que tales leyes de amnistía por el alto propósito que perseguían de lograr la concordancia social y política, no son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales.

También invoca la lesión a las garantías de la ley penal más benigna, del nullum crimen nulla poena sine lege, así como de la prohibición de aplicar la ley ex post facto. Sostiene que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la ley 24.556 y, en cuanto a su jerarquía constitucional, por la ley 24.820, con la consecuencia de que elimina los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agrega que no se puede restar significación a la validez inalterable de las

garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional, en aras de los principios generales reconocidos por la comunidad internacional (art. 4 de la ley 23.313).

DEL DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION:

El examen de la constitucionalidad de un acto de los poderes del Estado importa necesariamente la tarea de precisar y delimitar el alcance y contenido de las funciones y facultades que la Constitución Nacional ha reservado al Ministerio Público Fiscal, representado por el Procurador general de la Nación.

Esta institución, ha recibido del artículo 120 de la Carta Fundamental, luego de la reforma de 1994, el mandato de defender la legalidad y velar por los intereses generales de la sociedad. Este mandato, otorgado por el poder constituyente, no es una simple potestad jurídica, sino un verdadero poder público que erige al Ministerio Público en un órgano constitucional esencial de la República Argentina.

A él le compete La defensa de la legalidad, que, en el Estado de Derecho, no es otra cosa que la defensa de la vigencia del Derecho en el Estado, y se refiere, fundamentalmente, a la legalidad de la actuación de las instituciones y al respeto de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Con este objeto, la Constitución ha facultado al Ministerio Público para "promover la actuación de la justicia" en defensa del orden institucional (artículo 120). Ello, a la vez, constituye un presupuesto esencial para defender "los intereses generales de la sociedad"; porque el orden institucional es el que ofrece las condiciones elementales para asegurar la libertad de los ciudadanos y de todos sus derechos esenciales. Nadie puede hoy negar que sin orden institucional es imposible la convivencia justa y pacífica, y sin ambas es inconcebible lograr el verdadero fin del Estado: la libertad de los hombres cuya cooperación organiza, ordena y regula. De este modo, que la Constitución Nacional le haya dado esta misión al Ministerio Público obedece a la lógica del Estado de Derecho. El pueblo soberano ha puesto la custodia de la legalidad, la custodia del Derecho en manos de un órgano público independiente y autónomo, a fin de que pueda requerir a los jueces la efectividad de dicha tutela. Como bien es sabido, nuestro sistema de control de la supremacía constitucional, al ser difuso, habilita a todo juez, a cualquier tribunal de cualquier instancia, para ejercerlo.

Recientemente, la SCJ aceptó ampliar la posibilidad de dicho control **a la "declaración de oficio" por parte de los jueces**²⁸.

El Ministerio Público, en el marco de su tarea de velar por la vigencia del orden público constitucional y los intereses generales de la sociedad debe actuar en "defensa del orden jurídico en su integralidad" y denunciar, por tanto, los actos y las normas que se opongan a la Constitución²⁹; máxime cuando se hallan en juego los derechos y libertades fundamentales reconocidos en ella y en los instrumentos del

²⁸ Fallos: 324:3219

²⁹ Fallos: 2:1857; 311:593; 315:319 y 2255

Derecho internacional de los derechos humanos, a los que expresamente el constituyente otorgó jerarquía constitucional. Esas son las notas características, la misión fundacional y fundamental a la que no puede renunciar bajo ningún concepto el Ministerio Público, porque debe cumplir, en definitiva, con la representación de la sociedad argentina.

El procurador General de la Nación, el Dr. Nicolás Eduardo Becerra, tomando como referencia el precedente "**Suarez Mason**"³⁰, expone que *"el respeto absoluto de los derechos y garantías individuales exige un compromiso estatal de protagonismo del sistema judicial; y ello por cuanto la incorporación constitucional de un derecho implica la obligación de su resguardo judicial"* y agrega *"..la importancia de esos procesos para las víctimas directas y para la sociedad en su conjunto demanda un esfuerzo institucional en la búsqueda y reconstrucción del Estado de Derecho y la vida democrática del país, y que, por ende, el Ministerio Público Fiscal no podía dejar de intervenir en ellos de un modo decididamente coherente y con la máxima eficiencia. Esta postura institucional ha sido sustentada durante mi gestión mediante el dictado de las resoluciones 73/98, 74/98, 40/99, 15/00, 41/00 y 56/01, ocasiones en que he sostenido la necesidad de empeñar nuestros esfuerzos para que las víctimas obtengan la verdad sobre su propia historia y se respete su derecho a la justicia"....*" Pues bien, en este mismo orden de pensamiento, y puesto ante la decisión de precisar los alcances de la obligación de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho a la justicia, creo que el compromiso estatal no puede agotarse, como regla de principio, en la investigación de la verdad, sino que debe proyectarse, cuando ello es posible, a la sanción de sus responsables. Como lo expondré en los acápite siguientes, la falta de compromiso de las instituciones con las obligaciones de respeto, pero también de garantía, que se hallan implicadas en la vigencia efectiva de los derechos humanos, no haría honor a la enorme decisión que ha tomado el Constituyente al incorporar a nuestra Carta Magna, por medio del artículo 75, inciso 22, los instrumentos internacionales de derechos humanos de mayor trascendencia para la región..."

En consecuencia, manifiesta Becerra, *"debo reafirmar aquí la posición institucional sostenida a lo largo de mi gestión, en el sentido de que es tarea del Ministerio Público Fiscal, como custodio de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, como imperativo ético insoslayable, garantizar a las víctimas su derecho a la jurisdicción y a la averiguación de la verdad sobre lo acontecido en el período 1976/1983, en un contexto de violación sistemática de los derechos humanos, y velar, asimismo, por el cumplimiento de las obligaciones de persecución penal asumidas por el Estado argentino.."*

Por ello, en consonancia con la obligación que pesa sobre el Ministerio Público Fiscal, cuando se halla frente a cuestiones jurídicas controvertidas, Becerra opta, en principio, por aquella interpretación que mantenga vigente la acción y no por la que

³⁰ Fallos: 321:2031

conduzca a su extinción. Esta posición ha sido sostenida por los Procuradores Generales doctores Elías Guastavino y Mario Justo López, en diversas comunicaciones, circunstancia que rescata y ratifica

La naturaleza de las leyes "de obediencia debida" y "de punto final", ha sido materia de controversia. El precedente "**Camps**"³¹, dejó sentada la posición de la SCJ en ese entonces respecto a su validez constitucional y, al cual se han remitido los diversos fallos posteriores que las han aplicado³².

Becerra se adelanta a sostener que para el Ministerio Público que representa, las citadas leyes las considera en forma conjunta como "leyes de impunidad" y se interroga en torno a si el Poder Legislativo de la Nación estaba facultado para dictar un acto que sostuviera dicha impunidad

A esta altura, no es posible desconocer que el gobierno militar que usurpó el poder en el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 se atribuyó la suma del poder público, se arrogó facultades extraordinarias y en ejercicio de estos poderes implementó, a través del terrorismo de Estado, una práctica sistemática de violaciones a garantías constitucionales³³.

Por lo tanto, la cuestión gira en torno a la afirmación de que estas leyes, por su propia naturaleza, han impedido a los órganos de administración de justicia el ejercicio de la acción penal ante la comisión de determinados hechos que constituyeron graves violaciones de los derechos humanos y por los cuales la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedaron a merced del gobierno de facto.

Cabe abordar, por ello, la cuestión si el contenido de las leyes en análisis resulta conciliable con lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Nacional. Ciertamente el artículo 29 contiene prohibiciones al Legislativo y al Ejecutivo que, en puridad, se derivan ya del principio de separación de poderes que es inherente a la forma republicana de gobierno adoptada por la Constitución, y que surgen implícitas, asimismo, de las normas que delimitan las distintas esferas de actuación de los poderes de gobierno.

“..Es curioso destacar, nos dice Nicolás Eduardo Becerra, que las razones alegadas en aquellos momentos al igual que desde el año 1930, en ocasión de la constante interrupción de la vida democrática del país, han estado siempre basadas en la identificación "por algunos" de graves e inminentes "peligros para la Patria". Ello, con la consecuente decisión de que los cauces institucionales propios del Estado no eran aptos para despejar estos peligros, y si lo era la violación de la garantía republicana de división de poderes y el recorte de las libertades individuales.

³¹ Fallos: 310:1162

³² Fallos: 311:401, 816, 890, 1085 y 1095; 312: 111; 316:532 y 2171 y 321:2031, entre otros

³³ “Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Argentina, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en la sesión del 11 de abril de 1980; Informe de la Comisión Nacional sobre desaparición de Personas [CONADEP], del 20 de septiembre de 1984 y Fallos: 309:1689

Fue, pues, sobre la base de esta realidad, que el constituyente incorporó el artículo 29 del texto constitucional, en clara reacción contra aquellos que pretendieran otorgar o ejercer, con la excusa de querer proteger a la Nación de "graves peligros", poderes omnímodos al gobernante, con la consecuente violación del principio republicano de división de poderes y el inevitable avasallamiento de las libertades civiles y los derechos inherentes a las personas que ese ejercicio ilimitado de poder trae aparejado.

Por ello, el Procurador General, sobre la base de estos antecedentes, concluye que *"durante los años 1976 a 1983 se vivió en nuestro país la situación de concentración de poder y avasallamiento de los derechos fundamentales condenada enfáticamente por el artículo 29 de la Constitución Nacional."* y seguidamente adelanta una primera reflexión que tiene una destacada importancia en materia de presentes en la materia: El art. 29 de la C.N. **implica un límite infranqueable a la facultad legislativa de amnistiar.**

Efectivamente, *"..una amnistía importa en cierta medida la derogación de un precepto, lo cual sería inadmisibles constitucionalmente en este caso, puesto que ha sido el **constituyente** quien ha impuesto categóricamente la prohibición, de modo que sólo él podría desincriminar los actos alcanzados por el artículo 29 de la Constitución Nacional³⁴. También ha sido la interpretación que el Ministerio Público Fiscal sostuvo en el dictamen de Fallos: 234:16, en el que dejó sentado el error de: "...asignar al Poder Legislativo, o al que ejerza las funciones propias de éste, la atribución de amnistiar un hecho que, por la circunstancia de estar expresamente prohibido por la Constitución Nacional, se halla, a todos sus efectos, fuera del alcance de la potestad legislativa.." Aceptar en semejantes condiciones que los sujetos de tal exigencia tienen la facultad de enervarla mediante leyes de amnistía, significa tanto como admitir el absurdo de que es la Constitución misma la que pone en manos de éstos el medio de burlarla, o bien dar por sentada la incongruencia de que la imperatividad de la norma, expresada en términos condenatorios de singular rigor, no depende sino de la libre voluntad de quienes son precisamente sus destinatarios exclusivos. Se trata en la especie de un delito que sólo puede cometerse en el desempeño de un poder político, que afecta la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, y que deriva de una disposición constitucional.*

Becerra es terminante: "el artículo 29 de la Constitución Nacional -que categóricamente contempla la traición a la patria- representa un límite infranqueable que el Congreso no puede desconocer o sortear mediante el ejercicio de la facultad de conceder amnistías".

Una correcta interpretación del artículo 29, por consiguiente, permite colegir que existe un límite constitucional al dictado de una amnistía o cualquier otra clase de perdón no sólo para el Poder Legislativo que otorgara facultades prohibidas por la Constitución Nacional, sino también para aquellos que hubieran ejercido esas facultades."..En cierta medida, conceder impunidad a quienes cometieron delitos que sólo pueden ser explicados en el contexto de un ejercicio ilimitado del poder público

³⁴ Fallos: 234:16 (ver dictámen del Dr. Sebastián Soler)

representa la convalidación del ejercicio de esas facultades extraordinarias en forma retroactiva. Por ello, si por imperio del artículo 29 de la Constitución Nacional la concesión de la suma del poder público y su ejercicio se hallan prohibidos, y no son amnistiables, los delitos concretos en los que se manifiesta el ejercicio de ese poder tampoco pueden serlo..”

Becerra, siguiendo los criterios que los Ministros de la SCJ han adoptado en los fallos que estamos analizando, se detiene en la evolución del pensamiento universal en materia de derechos humanos, que a su juicio han mudado las conclusiones del citado fallo "Camps"³⁵, que se ha materializado en una nueva rama del Derecho internacional público, como lo es el Derecho internacional de los derechos humanos.

Para Becerra, “..las normas del Derecho internacional vigentes para la República Argentina y con ello me refiero no sólo a los tratados, sino también a las normas consuetudinarias y a los principios generales de derecho revisten el doble carácter de normas internacionales y normas del ordenamiento jurídico interno y, en este último carácter, integran el orden jurídico nacional junto a las leyes y la Constitución..”

La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, imponen al Estado argentino el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad³⁶. Al decir de Becerra, “..*Si las leyes 23.492 y 23.521 contuvieran disposiciones contrarias a esos tratados internacionales, o hicieren imposible el cumplimiento de las obligaciones en ellos asumidas, su sanción y aplicación comportaría una trasgresión al principio de jerarquía de las normas y sería constitucionalmente inválida..*”.

Sin embargo, El Procurador General destaca que “..no se trata de examinar la compatibilidad de actos del último gobierno de facto con el deber de no violar los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino de confrontar la validez de actos del gobierno de iure que asumió el poder en 1983, y que consistieron en la sanción de las leyes 23.492 y 23.521”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos había sido ratificada por el Estado argentino en 1984 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1986, es decir, con anterioridad a la sanción de las leyes cuestionadas, y, por otra parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -vigente al momento en que los crímenes ocurrieron- obligaba al Estado argentino a investigar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos, puesto que ella misma es fuente de obligaciones internacionales, y así lo ha establecido la Corte Interamericana en sus decisiones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso precedentemente mencionado “Velásquez Rodríguez”³⁷, conformó un leading case, en el cual expresó que: “*La segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y*

³⁵ Fallos: 310:1162

³⁶ Artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁷ CIDH: sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4

pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos".

Recientemente, sin embargo, en el caso "Barrios Altos", la Corte Interamericana precisó aún más las implicancias de esta obligación de garantía en relación con la vigencia de los derechos considerados inderogables, y cuya afectación constituye una grave violación de los Derechos Humanos cuando no la comisión de un delito contra la humanidad. En ese precedente quedó establecido que el deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos implicaba la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto conceder impunidad a los responsables de hechos de la gravedad señalada. Y si bien es cierto que la Corte se pronunció en el caso concreto sobre la validez de una autoamnistía, también lo es que, al haber analizado dicha legislación por sus efectos y no por su origen, de su doctrina se desprende, en forma implícita, que la prohibición rige tanto para el caso de que su fuente fuera el propio gobierno que cometió las violaciones o el gobierno democrático restablecido.

Becerra precisa en su dictamen que "...los artículos 1° de la ley 23.492 y 1°, 3° y 4° de la ley 23.521 son violatorios de los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana, en tanto concedan impunidad a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos y crímenes contra la humanidad, como lo es la desaparición forzada de persona materia de la presente causa.."

Ello no significa que los estados partes no puedan limitar o suspender la vigencia de los derechos en casos de emergencia y excepción. Los propios pactos internacionales de derechos humanos lo admiten frente a graves conflictos internos o internacionales, pero "en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas".

Ello surge también del artículo 2.2 de la Convención contra la Tortura que expresa: "...en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como el estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura"

Para Becerra "...no se trata de negar la facultad constitucional del Congreso de dictar amnistías y leyes de extinción de la acción y de la pena, sino de reconocer que esa atribución no es absoluta y que su contenido, además de las limitaciones propias de la interacción recíproca de los poderes constituidos, halla límites materiales en el artículo 29 de la Constitución y el 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.."

La SCJ ha establecido en "Girolodi"³⁸, al interpretar las normas del Derecho internacional de los derechos humanos, que los criterios adoptados por los órganos de aplicación en el ámbito internacional resulta obligatoria para los tribunales locales. En el caso se sostuvo que “..los derechos y obligaciones que surgían de los Pactos de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, a partir de la última reforma constitucional, determinan el contenido de toda la legislación interna de rango inferior, y agregó que, tal como lo establecía la Constitución, su interpretación debía realizarse de acuerdo a las "condiciones de su vigencia", es decir, conforme al alcance y contenido que los órganos de aplicación internacionales dieran a esa normativa..”

Los tratados internacionales imponen un deber y una garantía. El deber implica no impedir la investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos. El Poder Legislativo, los poderes del Estado, el Ministerio Público y al Poder Judicial no pueden convalidar actos de otros poderes que lo infrinjan³⁹.

Por consiguiente, sobre la base de todo lo anteriormente expuesto, Becerra concluye que las leyes de obediencia debida y de punto final, en la medida en que cercenan la potestad estatal para investigar y sancionar las desapariciones forzadas de autos, se hallan en contradicción con los artículos 8 y 25, en concordancia con los artículos 1.1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 14.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículos XVIII de la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, y son, por consiguiente, inconstitucionales a la luz de lo dispuesto por los artículos 31 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

El Dictamen del Procurador General despues de su primera conclusión que reseñamos precedentemente, aborda si los hechos del caso, que han perdido la cobertura de esas leyes, pueden ser aún perseguidos penalmente o si, por el contrario, la acción penal para ello está prescripta por el transcurso del tiempo. Adelanta su opinión en el sentido de que “..los delitos atribuidos no se encuentran prescriptos de acuerdo con el Código Penal, ni tampoco a la luz de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos que también integran nuestro Derecho positivo interno..”

Es importante destacar que para justificar sus conclusiones, Becerra parte de considerar la desaparición forzada de personas, como un delito de ejecución continuada. En razón de que “..aún no se ha establecido el paradero del matrimonio, debemos presumir que aún se mantiene su privación ilegal de la libertad, y por lo tanto que este delito, ...es permanente, dado que se continúa ejecutando en el tiempo..”

En los autos ya citados ut supra "Videla, Jorge Rafael s/incidente de apelación y nulidad de la prisión preventiva" se expuso “*Los delitos permanentes y los delitos de estado son delitos de resultado cuya efectividad se prolonga un cierto tiempo. En los*

³⁸ Fallos: 318:514

³⁹ Videla, Jorge R. s/ incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada, del 14/11/2000.

delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente..De tal forma, el delito permanente o continuo supone el mantenimiento de una situación típica, de cierta duración, por la voluntad del autor, lapso durante el cual se sigue realizando el tipo, por lo que el delito continúa consumándose hasta que cesa la situación antijurídica. Y cuando se dice que lo que perdura es la consumación misma se hace referencia a que la permanencia mira la acción y no sus efectos. Por ello, en estas estructuras típicas "está en poder del agente el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo...Privada de libertad la víctima del secuestro, el delito es perfecto; este carácter no se altera por la circunstancia de que dicha privación dure un día o un año. Desde la inicial verificación del resultado hasta la cesación de la permanencia, el delito continúa consumándose... En tanto dure la permanencia, todos los que participen del delito serán considerados coautores o cómplices, en razón de que hasta que la misma cese, perdura la consumación"

Sebastián Soler dice que *"la especial característica de este bien jurídico tutelado hace forzoso que este hecho asuma los caracteres de delito permanente. En realidad, el hecho comienza en un momento determinado; pero los momentos posteriores son siempre imputables al mismo título del momento inicial, hasta que cesa la situación creada"*⁴⁰. Ricardo Núñez, por su parte, habla de *"la permanencia de la privación de la libertad"* y, consecuentemente, lo define como un delito *"eventualmente permanente"*.

En conclusión, el delito básico que se imputa a Simón es de carácter permanente como lo dice la doctrina nacional y extranjera y lo sostiene la jurisprudencia del Tribunal y, por consiguiente, aún hoy se continuaría cometiendo, toda vez que hasta el momento se ignora el paradero de los secuestrados, situación que es una consecuencia directa y asaz previsible del accionar típico del autor y por la que debe responder en toda su magnitud.

Se podría objetar que ya no hay una prolongación del estado consumativo de la privación de la libertad, puesto que las víctimas podrían estar muertas o, lo que resulta impensable, en libertad. Pero esto no sería más que una mera hipótesis, pues no se aporta la menor prueba en tal sentido, y, como se dijo más arriba, la más notoria derivación de este hecho la desaparición de las víctimas tiene su razón de ser en el particular accionar del autor, una circunstancia querida por éste, por lo que no parece injusto imputar tal efecto en todas sus consecuencias. De lo contrario, una condición extremadamente gravosa como es la supresión de todo dato de las víctimas y puesta por el mismo imputado, sería usada prematuramente en su favor, lo cual es una contradicción en sus términos.

Como resultado de todo este razonamiento, obtenemos que no resulta posible considerar la prescripción de la acción penal mientras no se conozca verosímelmente la fecha en que el delito habría cesado de cometerse.

⁴⁰ Derecho Penal Argentino, tomo IV, pág.37, Ed. tea, año 1996.

Becerra, a continuación, analiza el argumento del recurrente, el cual ha objetado que sería contrario al principio de legalidad material, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, tomar en consideración una figura delictiva no tipificada en la legislación interna, como la desaparición forzada de personas, y así también aplicar al caso normas internacionales relativas a los crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad que no habrían estado vigentes para el Estado argentino al momento del hecho.

Por lo tanto, la primera cuestión a resolver consiste en establecer si para la época de los hechos investigados el delito de desaparición forzada de personas se hallaba tipificado en nuestra legislación interna, y, asimismo, si para ese entonces existía ya una norma vinculante para el Estado argentino que atribuyera la condición de crimen de lesa humanidad a ese delito.

¿Cual es el alcance del concepto "desaparición forzada de personas en el derecho penal internacional?"

El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas incorporada a la Constitución por ley 24.556, la define como "La privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuera su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.."

¿Se encontraba dicha norma tipificada al momento de los hechos que motivan la presente causa?

Becerra dice que sí. "...el delito de desaparición forzada de personas ya se encuentra y se encontraba tipificado en distintos artículos de nuestra legislación penal interna. No cabe duda que el delito de privación ilegítima de la libertad contiene una descripción típica lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados "desaparición forzada de personas". Se trata, simplemente, de reconocer que un delito de autor indistinto, como lo es el de privación ilegítima de la libertad, cuando es cometido por agentes del Estado o por personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, y es seguida de la falta de información sobre el paradero de la víctima, presenta todos los elementos que caracterizan a una desaparición forzada. Esto significa que la desaparición forzada de personas, al menos en lo que respecta a la privación de la libertad que conlleva, ya se encuentra previsto en nuestra legislación interna como un caso específico del delito más genérico de los artículos 141 y, particularmente, 142 y 144 bis y ter del Código Penal, que se le enrostra al imputado.."

Por otra parte, en cuanto a la vigencia temporal de la condición de lesa humanidad de la figura de mención, la evolución del Derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que, ya para la época de los hechos imputados, el Derecho internacional de los derechos humanos condenaba la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad.

La expresión "desaparición forzada de personas", en la interpretación de Becerra, "...no es más que el 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 segunda guerra mundial.."

la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas, menciona en su artículo 1.1 "todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana y es condenada como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos" y constituye, asimismo, "una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

En el contexto de estos antecedentes, la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya lo adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal; en otras palabras, una manifestación más del proceso de codificación del Derecho internacional no contractual existente.

Para la época de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el Derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (*ius cogens*).

Para la época en que fueron ejecutados, la desaparición forzada de personas investigada era considerada un crimen 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, tal como fuera expresado ya por la Procuración General y la mayoría de la Corte en el precedente publicado en Fallos: 318:2148.

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que en su artículo séptimo declara imprescriptible ese crimen de lesa humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro país en virtud de normas imperativas del Derecho internacional de los derechos humanos.

Establecido entonces que el principio de imprescriptibilidad tiene, con relación a los hechos de autos, sustento en la *lex praevia*, a la Procuración le queda por analizar si, de todos modos, se vulneraría el principio de legalidad por no satisfacer esa normativa las exigencias de *lex certa* y *lex scripta*.

Dada su condición de lesa humanidad y su consecuencia directa, la imprescriptibilidad, para Becerra, “..corresponde concluir que no se halla lesionado el principio de legalidad...”

Por todo lo expuesto, el Procurador General de la Nación, en el caso que analizamos se pronuncia a favor de “*..abrir la presente queja declarando formalmente admisible el recurso extraordinario oportunamente planteado, pronunciarse en favor de la invalidez e inconstitucionalidad de los artículos 1° de la ley 23.492 y 1°, 3° y 4° de la ley 23.521, y confirmar la resolución de fs. 341/346 del principal, que confirmó el procesamiento con prisión preventiva de Julio Héctor Simón, por crímenes contra la humanidad consistentes en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenaza y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, la que, a su vez, concurre materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí*”.

DEL FALLO Y LA OPINION MAYORITARIA DE LOS MINISTROS DE LA SCJ

En mérito de las constancias que obran agregadas en el expediente, a la naturaleza de la causal invocada para fundar el apartamiento y a lo dispuesto en el art. 17, inc. 5°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los Ministros aceptaron la excusación para conocer en este proceso del señor ministro doctor don Augusto César Belluscio.

Fecho, la SCJ rechazó la procedencia del Recurso Extraordinario interpuesto por Julio Hector Simón fundado en el agravio de la falta de legitimación de Horacio Verbitsky (presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales) para ejercer el rol de querellante, dado que, conforme los precedentes del tribunal y en mérito de los requisitos válidos para la procedencia del R.E. no constituye sentencia definitiva, en tanto no pone término al pleito ni impide su continuación⁴¹.

En cuanto a la pretensión del imputado de ampararse bajo la llamada "ley de obediencia debida", el Tribunal señaló que al dictarse dicha ley (23.521), el Congreso Nacional resolvió convalidar la decisión política del Poder Ejecutivo de declarar la impunidad del personal militar en las condiciones del art. 1° de dicha ley, por los delitos cometidos "*desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo*" (art. 10, inc. 1, ley 23.049).

La ley de “obediencia debida” se sustentó en la creación de una presunción, de conformidad con la cual, se debía considerar "*de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad*

⁴¹ Fallos: 310:248

superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad"⁴².

Para la mayoría de los Ministros de la SCJ, *"la ley 23.521 presentaba la particularidad de que no establecía regla alguna aplicable a hechos futuros y, de este modo, no cumplía con el requisito de generalidad propio de la función legislativa, infringiendo, por lo tanto, el principio de división de poderes"*. Asimismo, *"no es posible admitir que las reglas de obediencia militar puedan ser utilizadas para eximir de responsabilidad cuando el contenido ilícito de las órdenes es manifiesto, tal como ocurre en los casos de las órdenes que implican la comisión de actos atroces o aberrantes, pues ello resulta contrario a la Constitución Nacional.."*

La ratio legis para la SCJ era evidente: *"amnistiar los graves hechos delictivos cometidos durante el anterior régimen militar, en el entendimiento de que, frente al grave conflicto de intereses que la sociedad argentina enfrentaba en ese momento, la amnistía aparecía como la única vía posible para preservar la paz social. La conservación de la armonía sociopolítica era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuación de la persecución penal de los beneficiarios de la ley. Dicha ley fue juzgada, en consecuencia, como el resultado de una ponderación acerca de los graves intereses en juego, privativa del poder político, y como tal fue admitida por este Tribunal.."*

La SCJ había convalidado, en anteriores fallos, la legalidad y legitimidad de dichas leyes. Sin embargo, *"..desde ese momento hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos, con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza.."*

La reforma de la Constitución Nacional en 1994, impone al Estado argentino, frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del sub lite, situación que no se había previsto en 1983/1984 en los precedentes judiciales y tampoco en el debate legislativo.

La SCJ participan, en consecuencia, y hacen suyos, el dictamen del Sr. Procurador General, al manifestar que *"Que si bien es cierto que el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances....En la medida en que, como toda amnistía, se orientan al "olvido" de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la*

⁴² Ley 23.521, artículo 1 in fine

Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables.

En fallos que hemos comentado en el presente caso book, la SCJ ha reconocido en diferentes oportunidades, la vigencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, las que constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴³

En "Velázquez Rodríguez", la Corte Interamericana dejó establecido que incumbe a los Estados partes no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía. Dicho precedente lo invoca el dictamen del Sr. Procurador General y la causa "Arancibia Clavel" que hemos analizado antes de ahora.

En el caso particular del Estado argentino, las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92 . En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos, desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros, cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 (de punto final), 23.521 (de obediencia debida) y por el decreto 1002/89, sobre indultos, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, recomendó al gobierno argentino "la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar".

Ahora bien: ¿Cuales eran las medidas para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos?.

A tenor de la recomendación dirigida por la Comisión a la Argentina con relación a la incompatibilidad de las leyes de punto final y obediencia debida no alcanzaba el mero "esclarecimiento" de los hechos, los llamados "juicios de la verdad", sino que en la causa "Barrios Altos", la propia Corte Interamericana hizo lugar a una demanda contra el Perú, a raíz de un episodio ocurrido en Lima, en el vecindario de "Barrios Altos", el 3 de noviembre de 1991. Según se desprende del relato de los hechos, esa noche, durante una fiesta para recaudar fondos, llegaron dos vehículos con sirenas policiales. Sus ocupantes llevaban pasamontañas y obligaron a los asistentes a arrojar al suelo, y una vez allí, les dispararon con ametralladoras y mataron a quince personas. Los autores del hecho fueron identificados como miembros de inteligencia militar del ejército peruano, que actuaban en un "escuadrón de eliminación" con su propio programa antisubversivo y que habría obrado en

⁴³ Fallos: 326:2805

represalia contra supuestos integrantes de la agrupación "Sendero Luminoso". Aunque el hecho ocurrió en 1991, sólo en 1995 una fiscal intentó sin éxito hacer comparecer a los militares imputados a fin de que prestaran declaración. Poco después, una jueza asumió la investigación y ordenó la citación. Sin embargo, la justicia militar dispuso que los militares no declararan. De este modo, se planteó un conflicto de competencia ante la Corte peruana, y antes de que ésta resolviera, el Congreso sancionó una ley de amnistía (26.479) que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que hubieran cometido violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones entre 1980 y 1995. La jueza declaró la inconstitucionalidad de la amnistía por violar garantías y obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al tiempo, el Congreso dictó una nueva ley (26.492), en la que declaró que la amnistía no era revisable en sede judicial y que era de aplicación obligatoria. Además, amplió el alcance de la ley anterior, con lo cual quedaron también abarcados aquellos hechos que no hubieran sido denunciados. El tribunal de apelación que revisaba la decisión de la jueza declaró la constitucionalidad de las leyes en cuestión, y ello determinó el archivo definitivo de la investigación.

La Corte Interamericana consideró responsable internacionalmente a Perú, no sólo por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal derivada de la masacre, sino también por el dictado de las dos leyes de amnistía, que constituyó la violación de las garantías judiciales, del derecho a la protección judicial, de la obligación de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno. Señaló expresamente *"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 (...) Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana". Consiguientemente, ante la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre 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"*.

Las conclusiones de la Corte Interamericana en "Barrios Altos" al caso argentino resulta para la mayoría de los integrantes de la SCJ, imperativa y de interpretación obligatoria, disponiendo *"severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de punto final y obediencia debida. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de "pacificación" disponga el otorgamiento de cualquier forma de*

amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida..”

Lo decidido en el caso citado con relación a los efectos de las llamadas "leyes de autoamnistía", implica que no sería suficiente con la supresión "simbólica" de las leyes de esta naturaleza. Así, la Corte Interamericana no se limitó a declarar la incompatibilidad de las leyes con la Convención, sino que resolvió que las leyes peruanas carecían de efectos y le impuso al estado peruano la obligación de hacer a un lado la cosa juzgada. Visto, ahora, el caso argentino desde esta perspectiva, se concluye que la mera derogación de las leyes en cuestión, si ella no viene acompañada de la imposibilidad de invocar la ultractividad de la ley penal más benigna, no alcanzaría a satisfacer el estándar fijado por la Corte Interamericana.

La inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos fue reiterada con posterioridad y configura un aspecto central de la jurisprudencia de la actual Corte Interamericana.

Nuestra propia SCJ se ha pronunciado con los mismos alcances en "Videla, Jorge Rafael"⁴⁴; "Astiz, Alfredo Ignacio"⁴⁵; y, en especial, la causa que analizamos en el presente case book, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros"⁴⁶, en el que se admitió la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ingresada a nuestro ordenamiento jurídico ex post facto.

Para la SCJ se impone *“..dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y ello conlleva la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida que deviene impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de "irretroactividad" de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos..”*

El Congreso Nacional, motivado por esas razones de derecho, impulsó la sanción de la ley 25.779, por medio de la cual el Poder Legislativo declara insanablemente nulas las leyes en cuestión. El debate parlamentario de dicha ley coincidió con el

⁴⁴ Fallos:326:2805

⁴⁵ Fallos:326:4797

⁴⁶ Causa A.533.XXXVIII-n° 259-, 24/08/2004.

reconocimiento de jerarquía constitucional a la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad" y revela, sin lugar a dudas, la intención legislativa de suprimir todos los efectos de las leyes anuladas.

¿La mencionada ley puede ser tachada de inconstitucional, en la medida en que, al declarar la nulidad insanable de una ley, viola la división de poderes, al usurpar las facultades del Poder Judicial, que es el único órgano constitucionalmente facultado para declarar nulas las leyes o cualquier acto normativo con eficacia jurídica?

Para la mayoría de los Ministros, *"la supuesta "usurpación de funciones" tiene un alcance muy corto, ya que, en todo caso, se reduce a adelantar cuál es la solución que el Congreso considera que corresponde dar al caso, pero en modo alguno priva a los jueces de la decisión final sobre el punto."* Lo expuesto es todo un tema que divide a la interpretación de los Ministros como veremos más adelante.

Existe en el contenido declarado por la ley 25.779 una clara coincidencia con lo que los jueces deben declarar con relación a las leyes referidas. Diferente sería la cuestión, si la nulidad declarada por la ley fuera contraria a derecho. *"...Pero, en la medida en que las leyes deben ser efectivamente anuladas, declarar la inconstitucionalidad de dicha norma para luego resolver en el caso tal como ella lo establece constituiría un formalismo vacío. Por lo demás, de ese modo se perdería de vista que el sentido de la ley no es otro que el de formular una declaración del Congreso sobre el tema y que, de hecho, la "ley" sólo es apta para producir un efecto político simbólico. Su efecto vinculante para los jueces sólo deriva, en rigor, de que la doctrina que ella consagra es la correcta: la nulidad insanable de las leyes 23.492 y 23.521..(del voto de la mayoría).*

Por ello, y en concordancia con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resolvió :

1.- Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.- Declarar la validez de la ley 25.779.

3.- Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.- Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - CARLOS S. FAYT (en disidencia)- ANTONIO BOGGIANO (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto)- E. RAUL ZAFFARONI (según su voto)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según

su voto)- RICARDO LUIS LORENZETTI (según su voto)- CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

La presente causa constituye uno de los debates más apasionantes y mejor fundados de los últimos años por los Ministros de la SCJ, en donde el "obiter dictum" nos permite desarrollar aspectos trascendentales del derecho constitucional. El Supremo Tribunal de la Nación, modifica su temperamento sobre el alcance de la supremacía constitucional, acentúa la utilización de las fuentes del derecho internacional consuetudinario y convencional, ratifica y consolida la línea interpretativa iniciada en la causa "Ekmekdjian", define al "ius cogens", traza límites a las facultades de amnistiar e indultar del Poder Legislativo y Ejecutivo respectivamente y analiza la potestad de control en el marco de la división de poderes.

En la lectura del fallo advertimos numerosas referencias a materias que forman parte del estudio del derecho constitucional, en una nueva y remozada visión, en la cual convergen diferentes posturas y matices entre los votos de los Ministros que enriquecen nuestra visión y refleja, a mi entender, una nueva etapa que justifica la lectura obligatoria del caso.

La presente causa no puede analizarse sin la referencia de los otros dos fallos que analizamos en el presente case book. Siguen una directriz y se posicionan (no se abroquelan) en pautas razonables que reconocen sus propios precedentes en algunos votos y análisis novedosos, con una gran dosis de creatividad otros, apoyados en una profusa documentación y autorizada doctrina.

En el caso que nos ocupa, comenzamos sus fundamentos con el voto del Dr. Antonio Boggiano, quien reitera un argumento que ha vertido precedentemente: La Constitución Nacional, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, en su art. 75 inc. 22, hace una "referencia" al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional universal⁴⁷. Tal referencia significa la remisión a un tratado vigente internacionalmente del cual la Argentina es Estado Parte y a su interpretación. No es "recepción", "incorporación" o "adaptación". Todos ellos son métodos de nacionalización de los tratados.

Boggiano sostiene que 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 el tratado no sólo es arreglado a los principios de derecho público de esta Constitución, sino que el tratado no deroga norma alguna de la Constitución, sino que la complementa. Tal "*juicio constituyente*" del Congreso Nacional, constituye un acto político no justiciable, dado que no puede ser revisado por la Corte para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución.

⁴⁷ "*Monges*"-Fallos: 319:3148

Boggiano ha sostenido en materia de tratados internacionales sobre derechos humanos y frente a delitos de lesa humanidad, que el Estado Argentino cuando aprobó y ratificó el instrumento internacional, “afirmó” el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad para asegurar su aplicación internacional. Precisamente cita que en 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... ”*⁴⁸.

Esa conclusión, como veremos más adelante, no es compartida por el Dr. Fayt en cuanto a los tratados y convenciones que se puedan jerarquizar por decisión del Congreso en los términos del art. 75 inc. 22 tercer párrafo de la C. Nacional.

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 unos sobre otros, pues todos integran la Constitución misma con igual rango. Y es la Constitución misma 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 sencillamente 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.*

Boggiano precisa que “*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 el Congreso 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”*

Los “referidos tratados”, dice Boggiano, “*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*

⁴⁸ 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.

*la Constitución es a esos tratados tal como rigen en el derecho internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento*⁴⁹. 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 por la Constitución incluye su efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático*⁵⁰...*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*".

Sin lugar a dudas, esta es una de las conclusiones más importantes que la SCJ ha desarrollado en sus últimos fallos y verificamos como recurrentes en cuanto al alcance interpretativo del "ius cogens". 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 Imprescriptibilidad de 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.."*

Boggiano recuerda que para la Corte, son fuentes de derecho interno los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana, los que constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento.⁵¹

Ello impone un deber a los Estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce."..*Es deber de los Estados parte organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean*

⁴⁹"Giroldi" Fallos: 318:514

⁵⁰ "Arce"-Fallos: 320:2145, considerando 7°.

⁵¹ Fallos: 321:3555 y sus citas

capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos(...)Que este deber adquiere particular relevancia en casos como el presente en el que se hallan en juego delitos de acción pública, en los que el Estado tiene la obligación legal, indelegable e irrenunciable, de investigar. Tiene la acción punitiva y la obligación de promover e impulsar las distintas etapas procesales en cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares. Esta carga debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una gestión de intereses de particulares o que dependa de la iniciativa de éstos o de la aportación de pruebas por parte de ellos”.

Boggiano va más allá, manifiesta que “..la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado el alcance de los arts. 8.1 y 25, en relación con el art. 1.1 de la Convención, al señalar que garantizan a toda persona el acceso a la justicia para proteger sus derechos y que recae sobre los Estados partes los deberes de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores y encubridores de las violaciones de los derechos humanos”

Los Estados Partes deben combatir la impunidad. Ahora bien, ¿Qué es la impunidad? Se ha definido en el “caso Blake”⁵² 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”, atento que este mal propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Impunidad, Louis Joinet, citado por Boggiano, expresó que la situación de impunidad surge del hecho de que los Estados no cumplen con su obligación de investigar y adoptar, particularmente en el área de la administración de justicia, medidas que garanticen que los responsables de haberlas cometido sean acusados, juzgados y, en su caso, castigados.

El aspecto punitivo como integrante del "deber de investigar" y, por ende, del de "garantía" consagrado en el art. 1.1. significa que sólo "el enjuiciamiento y castigo de los responsables" constituye, en violaciones de esta índole, la medida más efectiva para poner en vigencia los derechos protegidos por el Pacto.

Antes de la jurisprudencia internacional citada, los delitos contra el derecho de gentes hallábanse fulminados por el derecho internacional consuetudinario y concurrentemente por el texto de nuestra Constitución Nacional. La gravedad de tales delitos puede dar fundamento a la jurisdicción universal, como se desprende del art. 118 de la Constitución Nacional que contempla los delitos contra el derecho de gentes fuera de los límites de la Nación y ordena al Congreso determinar por ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. Ello da por supuesto que tales delitos pueden ser juzgados en la República y, cabe entender, también en otros Estados extranjeros. Y además, que esos delitos contra el derecho internacional, contra la humanidad y el derecho de gentes, por su gravedad, lesionan el orden internacional, en modo que no puede verse en tal art. 118 sólo una norma de

⁵² “Blake”-CIDH, sentencia del 24/01/1998, Serie C36-

jurisdicción sino sustancialmente de reconocimiento de la gravedad material de aquellos delitos.⁵³

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que si el Estado en cuestión compromete su responsabilidad internacional al optar por no administrar justicia ante la aplicación de una ley como la de amnistía y dejar, en tales condiciones, el crimen en la impunidad, resulta plenamente aplicable la jurisdicción universal para que cualquier Estado persiga, procese y sancione a quienes aparezcan como responsables de dichos crímenes internacionales, aun cuando aquellos fueran cometidos fuera de su jurisdicción territorial o que no guarden relación con la nacionalidad del acusado o de las víctimas, puesto que tales crímenes afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial. Frente a un crimen internacional de lesa humanidad, si el Estado no quiere o no puede cumplir con su obligación de sancionar a los responsables debe en consecuencia aceptar la habilitación de la jurisdicción universal a tales fines.⁵⁴

Precisamente, las causas iniciadas los últimos años en México, España, Francia, etc., tienen directa referencia con ésta conclusión.

Boggiano sostiene que corresponde declarar la inaplicabilidad o, si se juzgara aplicable, la inconstitucionalidad de las citadas leyes pues se persigue a Julio Héctor Simón por crímenes contra el derecho de gentes.

Los investigados encuadran en el art. 2 de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la ley 24.556 y con jerarquía constitucional otorgada por la ley 24.820; en el art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 75, inc. 22) y en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que comprende en la definición "otros actos inhumanos", según la remisión al art. 6 c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

“La desaparición forzada de personas constituye, no solo un atentado contra el derecho a la vida, sino también un crimen contra la humanidad. Tales conductas tienen como presupuesto básico la característica de dirigirse contra la persona o su dignidad, en las que el individuo ya no cuenta, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida el delito. Es justamente por esta circunstancia que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar crímenes de esa laya, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular con distracción alguna. La Nación Argentina ha manifestado su clara voluntad de hacer respetar irrenunciablemente esos derechos y ha reconocido el principio fundamental según el

⁵³ "Nadel"-Fallos:316:567-ver disidencia del juez Boggiano-

⁵⁴ "Carmelo Soria Espinoza"-Chile, 19/11/1999, Informe n° 133/99.Caso 11.725 párrs. 136 a 149 y punto 2 de las recomendaciones

*cual esos hechos matan el espíritu de nuestra Constitución y son contrarios al ius cogens, como derecho internacional imperativo.*⁵⁵

Son crímenes de lesa humanidad que lesionó antes y ahora el derecho internacional. Antes el consuetudinario. Ahora también el convencional, codificador del consuetudinario, conformando el ius cogens, esto es, *“normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad; que castigan el delito de lesa humanidad y han estado vigentes desde tiempo inmemorial”*⁵⁶.

Dicha regla es ahora de valor y jerarquía constitucional 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 sólo rigen para los delitos contemplados en la Convención citada, que no está por debajo de la Constitución Nacional sino a su misma altura⁵⁷. Por ello, 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. Dichos principios conducen a valorar los hechos que dieron lugar al proceso bajo el prisma de las valoraciones actuales que imperan en el derecho internacional humanitario.

Boggiano remata su voto con una fuente de doctrina autorizada para el derecho argentino⁵⁸, el cual transcribe *“Los miembros de las fuerzas armadas están moralmente obligados a oponerse a las órdenes que prescriben cumplir crímenes contra el derecho de gentes y sus principios universales. Los militares son plenamente responsables de los actos que realizan violando los derechos de las personas y de los pueblos o las normas del derecho internacional humanitario. Estos actos no se pueden justificar con el motivo de la obediencia a órdenes superiores...”*⁵⁹.

En definitiva, para que pueda percibirse adecuadamente la estructura lógica del voto de Boggiano, el propio Ministro, puntualiza lo siguiente:

“...a) se procesó y apresó a Julio Héctor Simón por crímenes de lesa humanidad; b) las leyes 23.492 y 23.521 son inaplicables a estos delitos porque no los contemplaron o, de ser aplicables, son inconstitucionales porque si los contemplaron violaron el derecho internacional consuetudinario vigente al tiempo de su promulgación; c) nada corresponde juzgar acerca de la constitucionalidad de ambas leyes respecto de delitos que no son de lesa humanidad, pues no se trata aquí

⁵⁵Fallos: 321:2031, disidencia del juez Boggiano.

⁵⁶"Arancibia Clavel", voto del juez Boggiano, considerando 39.

⁵⁷ Fallos:319:3148

⁵⁸ Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, Tomo I, Buenos Aires, EDIAR, 1996, Cap. 11, La libertad religiosa, doctrina y derecho judicial

⁵⁹ Pontificio Consejo Justicia y Paz, Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, Conferencia Episcopal Argentina, 2005, N° 503

de un caso tal; d) aquellas leyes son inaplicables a los delitos de lesa humanidad o son inconstitucionales si fuesen aplicables a los delitos de esa laya. En ambas hipótesis resultan inaplicables. Nada más corresponde declarar en este caso...".

Juan Carlos Maqueda, coincide con los considerandos 1° a 11 del voto de la mayoría. Sin perjuicio de ello, elabora en la fundamentación de su voto, un aporte muy importante en torno a la facultad del Congreso para sancionar la Ley 25.779, por la que se declara la nulidad de las leyes de "obediencia debida" y "punto final", oportunamente derogadas por la ley 24.952, así como las atribuciones del Poder Judicial en general, y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en particular, en relación con la revisión constitucional en el caso concreto y con independencia de la declaración de nulidad.

Parte de admitir, *"es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente"*⁶⁰. *En lo que respecta al Poder Legislativo y a su rol dentro del sistema de gobierno que adopta la norma fundamental, he señalado que los principios que hacen al régimen representativo republicano se sustentan en que en todo estado soberano el poder legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía..."*⁶¹.

La Constitución establece para la Nación un gobierno representativo, republicano, federal. El Poder Legislativo que ella crea, es el genuino representante del pueblo y su carácter de cuerpo colegiado la garantía fundamental para la fiel interpretación de la voluntad general.

En este contexto, Maqueda analiza la decisión política del Congreso de la Nación plasmada en la ley 25.779 así como los efectos de aquélla.

Por ello, revisa los fundamentos del Poder Legislativo para declarar "insanablemente nulas" las leyes 23.492 y 23.521 aportando como documento el respectivo debate legislativo.

Un punto de partida es el reconocimiento que hace el propio Poder Legislativo de que el órgano facultado para declarar la eventual inconstitucionalidad de las leyes impugnadas es el Poder Judicial. Sin perjuicio de ello, la vinculación constitucional alcanza a todos los poderes constituidos y, bajo tal principio, sin duda el Poder Legislativo en su condición de órgano representativo de la voluntad popular en el contexto de un Estado constitucional de derecho, es el primer obligado a dar cuenta del grado de adecuación de su accionar en los términos del mandato constitucional. En tal sentido el art. 75, inc. 22, de la norma fundamental, al reconocer jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos, obliga a todos los poderes del Estado en su ámbito de competencias y no sólo al Poder Judicial, a las condiciones para hacer posible la plena vigencia de los derechos fundamentales protegidos.

⁶⁰ Fallos: 53:420

⁶¹ Fallos: 180:384

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 14/94, del 9 de diciembre de 1994 ha establecido que *"Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia"*.

Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, según hemos podido verificar en otros fallos.

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.

En razón de lo expuesto y por aplicación del art.75, inc. 22, sostiene Maqueda, que *"adquiere especial relevancia para el análisis de la decisión legislativa tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido 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. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas...impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos..., incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con*

los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente... Tales conclusiones la conducen a sostener que como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre 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... A su vez ratifica que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención". (Del voto del Dr. Maqueda).

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria 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. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno.

La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado Parte, en la convención, constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía no. 26479 y no. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso "Barrios Altos", citada en los casos anteriormente analizados y a los cuales nos remitimos, tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión.

Para Maqueda, la interpretación del texto constitucional y su acatamiento no es patrimonio exclusivo del Poder Judicial, dentro del cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin duda es el intérprete último en el caso concreto pero no el único cuando se trata de adecuar el ordenamiento jurídico infraconstitucional al mandato constituyente.

En consecuencia, la declaración de nulidad de las leyes 23.521 y 23.492 (Leyes de Obediencia Debida y de Punto Final) encuentra sustento en la interpretación de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos que ha efectuado el Congreso de la Nación al tiempo de debatir el alcance de sus facultades ante una

situación excepcional. *“En efecto, en su condición de poder constituido alcanzado por las obligaciones nacidas a la luz de los tratados y jurisprudencia internacional en la materia, estando en juego la eventual responsabilidad del Estado argentino y con el fin último de dar vigencia efectiva a la Constitución Nacional, ha considerado oportuno asumir la responsabilidad institucional de remover los obstáculos para hacer posible la justiciabilidad plena en materia de delitos de lesa humanidad, preservando para el Poder Judicial el conocimiento de los casos concretos y los eventuales efectos de la ley sancionada..”*

No existe duda alguna que en función de los argumentos precedentemente desarrollados, tiene especial aplicación la doctrina según la cual los actos públicos se presumen constitucionales en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan entenderse armonizados con sus disposiciones. El principio de división de poderes y la regla según la cual no debe suponerse en los titulares de los poderes de gobierno la intención de conculcar el texto constitucional conducen al principio de presunción de constitucionalidad. Por tal razón ha sido doctrina reiterada de la SCJ entender que las leyes deben ser interpretadas de la manera *“que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional. De manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional cuando ella es palmaria, y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental...”*⁶².

La ley 23.492, conocida como ley de punto final, introdujo una cláusula especial de extinción de la acción penal por la presunta participación en cualquier grado en los delitos previstos en el art. 10 de la ley 23.049. Concretamente dice : art. 1° *“Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración in-dagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley”*.

Al poco tiempo, 4 de junio de 1987 fue aprobada, la ley 23.521, conocida como Ley de Obediencia Debida. El art. 1° establecía que: *“Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.*

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes”

La ley de obediencia debida estableció como presunción iuris et de iure que quienes a la fecha de comisión del hecho ilícito hubieran revestido como oficiales,

⁶² Fallos: 200:180 y sus citas, entre otros

suboficiales y/o personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de Seguridad, Policiales o Penitenciarias, no eran punibles por los delitos indicados en el art. 10 de la ley 23.049 entendiéndose que los autores habrían obrado en virtud de obediencia debida.

La mencionada ley fue impugnada de inconstitucional, ante diferentes tribunales federales del país, y planteada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien en el año 1987, en la causa "Camps"⁶³, declaró la validez constitucional de la ley 23.521, constitucionalidad luego convalidada en precedentes posteriores, así como la de la ley de punto final⁶⁴.

En esa oportunidad. El juez Bacqué, votó en disidencia en dicha causa, al declarar la inconstitucionalidad de la ley de obediencia debida. En su referencia al art. 1° de la ley 23.521 consideró que "establecer sin admitir prueba en contrario que las personas mencionadas en ella actuaron en un estado de coerción y en la imposibilidad de inspeccionar las órdenes recibidas, vedaba a los jueces de la Constitución toda posibilidad de acreditar si las circunstancias fácticas mencionadas por la ley (estado de coerción e imposibilidad de revisar órdenes) existían, conculcando el principio de división de poderes pues, el Congreso carecía de facultades, dentro de nuestro sistema institucional, para imponer a los jueces una interpretación determinada de los hechos sometidos a su conocimiento en una "causa" o "controversia" preexistente a la ley en cuestión, ya que de otra forma el Poder Legislativo se estaría arrogando la facultad de resolver definitivamente respecto de las "causas" o "controversias" mencionadas. Por ello, entendió difícil encontrar una violación más evidente de principios fundamentales que la ley 23.521, toda vez que en cualquier disposición que inhabilite al Poder Judicial para cumplir con su obligación constitucional de juzgar significa, además de un desconocimiento de la garantía individual de ocurrir ante los tribunales, una manifiesta invasión en las prerrogativas exclusivas del Poder Judicial"

En su voto, fue concluyente en señalar que el art. 1° de la ley 23.521 era contrario también a la garantía del debido proceso que asegura la defensa en juicio de la persona y de los derechos, a través del dictado de una resolución judicial y fundamentalmente que no puede tener ningún efecto para borrar su invalidez respecto a delitos como la tortura.

Existe una larga tradición histórica y jurisprudencial que ha considerado que la finalidad primordial de la amnistía alcanza sólo a los delitos políticos, en consecuencia quedaban excluidos de sus beneficios los delitos de características atroces.

Maqueda citando a Bacqué, menciona una de las reflexiones más sensatas y mejor construidas en mucho tiempo por Ministros de la SCJ. "..el deber de obedecer a un superior no es extensible a hechos de ilegalidad manifiesta y menos aún a conductas aberrantes..". Recordó que ya el derecho romano excluía de toda excusa a la

⁶³ Fallos: 310:1162

⁶⁴ Fallos: 311:401, 816, 890, 1085 y 1095; 312:111; 316:532 y 2171 y 321:2031, entre otros

obediencia debida frente a hechos atroces, y que son muchos los textos, cuya redacción definitiva proviene del período postclásico o Justiniano, que limitaban la obediencia debida a los delitos *quae non habent atrocitatem facinoris*, lo cual podía traducirse, en el sentido de hechos que carezcan de la atrocidad correspondiente al delito grave.

El art. 18 de la Constitución Nacional al establecer que: "*...Quedan abolidos para siempre...toda especie de tormento y los azotes...*", constituye una valla infranqueable para la validez de la ley bajo examen pues "*...este mandato constitucional forma parte de las convicciones éticas fundamentales de toda comunidad civilizada, que no puede permitir la impunidad de conductas atroces y aberrantes, como lo es la tortura*".

En efecto, su sanción implicó dejar sin protección bienes jurídicos elementales de determinados habitantes, como la vida y la libertad, a diferencia de los bienes jurídicos del resto de la población, quedando sin castigo la muerte y otros delitos contra miles de individuos en un período de tiempo cierto, desde 1976 a 1983, construyendo así una especial categoría de personas que no tenían derecho a la protección del más sagrado de los bienes como la vida humana.

Por ello, Maqueda concluye que en cuanto a la ley 23.492, conocida como de Punto Final, no hay dudas que debe ser considerada una ley de amnistía encubierta

"En efecto, la extinción de la acción penal prevista en la ley 23.492 estaba condicionada a que algo no ocurriera dentro de cierto plazo (el procesamiento en un caso, la citación a indagatoria en otro), si tal circunstancia ocurría, el hecho quedaba regido por el mismo sistema normativo que habría tenido si la ley no hubiera sido sancionada. Pero si se cumplía la condición negativa de no ser procesado o citado a prestar declaración indagatoria durante el plazo de 60 días, la acción penal quedaba extinguida. De esta manera la ley quedó limitada para hechos del pasado no aplicable a casos futuros, lo que la pone dentro del ámbito de la amnistía.."

Por otra parte, el exiguo plazo de prescripción, más que reflejar la pérdida del interés social por el paso del tiempo, objetivo fundamental de la prescripción, o la imposibilidad material de coleccionar pruebas, "*...tendió a impedir la persecución de delitos respecto de los cuales no había disminuido el interés social, sino que, por el contrario se había acrecentado..*". El plazo de sesenta días, irrazonablemente se apartó del principio de proporcionalidad que rige al instituto de la prescripción, en cuanto a que corresponde mayor plazo cuanto más grave es el delito (art. 62 Código Penal).

Las leyes en análisis, pone en evidencia que con ellas se ha pretendido liberar de responsabilidad a quienes cometieron los delitos previstos en el art. 10 de la ley 23.049 entre los cuales se encuentra, como en el caso, la desaparición forzada de personas, a pesar de que tales actos han sido analizados en la causa y calificados como crímenes contra la humanidad consistentes en la privación ilegal de la libertad, doblemente agravada, por mediar violencia y amenazas, reiterada en dos oportunidades en concurso real, la que, a su vez, concurriría materialmente con tormentos graves por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos en dos oportunidades en concurso real entre sí.

Tomando en consideración, la nueva doctrina de la SCJ, que hemos analizado en el presente "case book", Maqueda tomando como punto de partida la Carta de la ONU, nos dice, citando a Luigi Ferrajoli⁶⁵, que existe desde esa fecha, "*..un nuevo derecho internacional que 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..*"

Desde esta perspectiva de la protección de los derechos humanos, el primer párrafo del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ha postulado el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Su art. 1 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.*

Estas declaraciones importaron el reconocimiento de los derechos preexistentes de los hombres a no ser objeto de persecuciones por el Estado. Esta 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 positivo⁶⁶.

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 "de 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 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

⁶⁵ Ferrajoli, Luigi "Derechos y garantías: la ley del más débil", Madrid, Ed. Trotta, 1999, pág. 145

⁶⁶ Nino, Carlos Santiago "Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación", Buenos Aires, Ed. Paidós, 1984, pág. 24

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...”(Del voto del Dr. Maqueda)

La SCJ 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.

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.

Por consiguiente, la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía, al 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.

En los casos “Arancibia Clavel” y “Lariz Iriondo” que hemos analizado, se reitera al derecho de gentes como una fuente genuina del derecho interno, preexistente a los delitos que involucran a los imputados. En ellos, se manifiesta que el “ius cogens” es 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 XX en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas.

Maqueda invoca y cita la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁷, la que 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, 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 obligan ,a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia.."*

El debate 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. En efecto, Maqueda rescata *"...la unánime aceptación del ius cogens es evidenciado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. En la citada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada el 23 de mayo de 1969 (ratificada por la ley 19.865) dispone en el art. 53, cuyo título es "Tratados que estén en oposición con una norma imperativa 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, en cumplimiento de la resolución 174 (II) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 21 de noviembre de 1947, 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.

El ius cogens 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 (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.

⁶⁷ Informe n° 62/02, caso 12.285 Michael Domínguez v. Estados Unidos del 22 de octubre de 2002

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 alguna 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.

Maqueda manifiesta que “..*resulta pues necesario determinar cuáles son las fuentes del derecho internacional para verificar si los delitos denunciados en la causa revisten el carácter de delitos de lesa humanidad para examinar el alcance del deber de punición que corresponde en estos casos respecto de los acusados y si revisten el carácter de imprescriptibles de los delitos a los que se dirige el objetivo de ese acuerdo entre dos o más personas..*”

Para ello, cita lo dispuesto por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su art. 38: "*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".*

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

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 1945, 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.

Las conductas consideradas en las leyes impugnadas se refieren a los denominados crímenes contra la humanidad "*..cuyo presupuesto básico común, aunque no exclusivo, 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"*⁶⁸.

El hecho, manifiesta Maqueda, "*..que no exista 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.."*

Por ello es importante resaltar 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, "*lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos*".

Se ha conformado un sistema de protección de los derechos humanos que tiene dos facetas.

En primer lugar, 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 admitido por la Convención Constituyente de 1994 en la incorporación de 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 (hoy art. 118).

En segundo lugar, se establecía el acceso a la justicia para los afectados por la lesión a sus derechos humanos, de un sistema de recursos en el orden nacional y 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.

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 (como principio ya existente en ese momento) la responsabilidad de los estados al haber

⁶⁸ Fallos: 318:2148, considerandos 31 y 32 del voto del juez Bossert.

dado jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que ya se encontraban vigentes al momento de la sanción de las leyes 23.492 y 23.521. 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 de este carácter esencial de protección de la dignidad humana.

Maqueda interpreta que *“..al momento de la sanción de las mencionadas leyes existía un doble orden de prohibiciones de alto contenido institucional que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales. Por un lado, un sistema internacional imperativo que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido, en el caso, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada el 1° de marzo de 1984 por ley 23.054 poco tiempo antes de la sanción de las leyes cuestionadas) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esas dos fuentes consideraban inequívocamente que el delito de desaparición forzada de personas cometido por funcionarios de un Estado quedaba incluido 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 la conducta examinada y, eventualmente, el castigo de los responsables de los crímenes aberrantes ocurridos durante el período citado..”*

La no punición se enfrenta, 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.*

La SCJ en oportunidad de pronunciarse en el caso "Ekmekdjian", ya citado,⁶⁹ sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo expuesto, se impone como 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

⁶⁹ Fallos: 315:1492

obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos⁷⁰.

¿De qué modo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado las obligaciones de los estados en relación a los deberes de investigación y de punición de delitos aberrantes?

El mencionado tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que 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 responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y obtener una reparación del daño sufrido.

En particular ha impuesto las siguientes obligaciones:

a. El principio general que recae sobre los estados de esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes que debe entenderse concretamente como un deber estatal que asegure recursos eficaces a tal efecto (Barrios Altos y Velásquez Rodríguez);

b. Deber de los estados de garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial (Loayza Tamayo y Castillo Páez);

c. La obligación de identificar y sancionar a los autores intelectuales de las violaciones a los derechos humanos (Blake);

d. La adopción de las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación incluida en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Loayza Tamayo, Blake, Suárez Rosero, Durand y Ugarte);

e. La imposición de los deberes de investigación y sanción a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos no se encuentra sujeta a excepciones (Suárez Rosero, Villagrán Morales, Velásquez);

f. La obligación de los estados miembros de atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares para que los delitos de desaparición y muerte sean debidamente investigados y castigados por las autoridades (Blake, Suárez Rosero, Durand y Ugarte, Paniagua Morales, Barrios Altos).

Debe tenerse en cuenta que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el caso Blake - considerando 66 - que **la desaparición forzada o involuntaria constituye una de las más graves y crueles violaciones de los derechos humanos, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, le coloca en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos. De ahí la importancia de que el Estado tome todas las medidas necesarias para evitar dichos hechos, los investigue y sancione a los responsables y además informe a los familiares el paradero del desaparecido y los indemnice en su caso.**

⁷⁰ "Videla, Jorge Rafael"-Fallos:326:2805 (considerando 15 del voto del juez Maqueda) y "Hagelin, Ragnar Erland"-Fallos:326:3268 (considerando 15 del voto del juez Maqueda).

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).

Maqueda precisa que la Convención Americana de Derechos Humanos, antes de la sanción de las leyes cuestionadas, establecía que "*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida...*" y a que este derecho sea "*...protegido por la ley...*" y a que "*Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*" (art. 4); el derecho a la integridad física y a no "*ser sometido a torturas*" (art. 5°) así como el derecho a la "*libertad personal*" (art. 7°). Por dicha convención el Estado se comprometió a "*Adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*" (art. 2°), así como respetarlos y garantizarlos (art. 1°).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también vigente en el derecho interno al tiempo de sanción de esas leyes, también asumió la obligación de garantía y la protección de las garantías judiciales a las que se refieren los arts. 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, estableció el deber del Estado de perseguir esa clase de delitos, así como el deber de imponer penas adecuadas (art. 4.2), y la imposibilidad de que pueda "*invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura*" (art. 2.3).

Las Naciones Unidas, en el informe conocido como "Joinet", citado por el Ministro Maqueda, señalan que "*la obediencia debida no puede exonerar a los ejecutores de su responsabilidad penal; a lo sumo puede ser considerada como circunstancia atenuante (Principio 29). La prescripción no puede ser opuesta a los crímenes contra la humanidad (Principio 24), y la amnistía no puede ser acordada a los autores de violaciones en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz (Principio 25)*"

Por su parte el Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente al referirse al caso argentino sostuvo que la ley de punto final y de obediencia debida y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto, pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los arts. 2 y 9 del Pacto. Más recientemente el Comité de Derechos Humanos sostuvo que "*en los casos en que algún funcionario público o agente estatal haya cometido violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados no podrán eximir a los autores de*"

responsabilidad jurídica personal, como ha ocurrido con ciertas amnistías y anteriores inmunidades. Además, ningún cargo oficial justifica que se exima de responsabilidad jurídica a las personas a las que se atribuya la autoría de estas violaciones. También deben eliminarse otros impedimentos al establecimiento de la responsabilidad penal, entre ellos la defensa basada en la obediencia a órdenes superiores o los plazos de prescripción excesivamente breves, en los casos en que sean aplicables tales prescripciones".

El Estatuto del Tribunal de Nüremberg, uno de los instrumentos internacionales más importantes que documentan el "ius cogens", tomó características universales al ser receptado por las Naciones Unidas mediante la resolución 95 (11/12/46), y representó un cambio sustancial en la materia, ya que era la primera vez que se distinguía entre crímenes contra la paz, crímenes de guerra, y crímenes contra la humanidad, pudiendo ser acusados los individuos aun cuando alegaran haber actuado como funcionarios del Estado. Su criterio fue seguido en el Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

El citado Estatuto, en el art. 8 expresa que: *"El hecho que el acusado haya actuado siguiendo órdenes de su gobierno o de un superior no lo libera de su responsabilidad, sin perjuicio de que ello puede ser considerado para mitigar la pena..."*.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló respecto a un guardia del muro de Berlín que ejecutó las órdenes de matar a individuos que intentaron cruzarlo. El ex soldado esgrimió que él era parte de un sistema militar sujeto a una absoluta disciplina y obediencia jerárquica y que había sido objeto de un previo e intenso adoctrinamiento político. El tribunal europeo señaló que ni aun un mero soldado podía obedecer ciegamente órdenes que implicaban infligir, no sólo normas de derecho interno, sino principios básicos de derechos humanos internacionalmente reconocidos. A tal fin recordó los principios afirmados en la Resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conocidas como los "Principios de Nüremberg" que señalan que el acusado que actuó en cumplimiento de una orden no queda librado de responsabilidad (TEDH Caso K./H.W vs. Alemania, Sentencia del 22 de marzo de 2001).

Por su parte, en el marco de la doctrina autorizada, Bassouni señala que del elevado estatus de tales crímenes deriva la carga de extraditarlos, la imprescriptibilidad de la acción penal, el desconocimiento de inmunidades a los jefes de Estado, y el rechazo de la invocación de "obediencia de órdenes superiores" como causa de justificación (M. Cheriff Bassiouni; "Accountability for International Crime and Serious Violation of Fundamental Human Rights", 59 Law & Contemporary Problems 63, 69 - autumn 1996).

En el mismo sentido Orentlicher señala que constituye un principio universalmente aceptado que los individuos acusados de graves violaciones a los derechos individuales nunca deben ser exonerados con sustento en que obedecían órdenes, sin perjuicio de que tal circunstancia pueda ser tomada en cuenta para la mitigación de la

pena. Con respecto a las leyes de amnistía, expresa que salvo en casos de extrema necesidad y en que estén en juego los intereses esenciales del Estado, nunca tendrán virtualidad para desconocer las obligaciones internacionales del Estado, ni aun cuando ello genere malestar militar

También se ha sostenido que aun cuando históricamente la amnistía ha sido asociada a conceptos como la paz y la compasión, ella fue explotada por los perpetradores de graves crímenes para lograr impunidad. Por ello tales exoneraciones resultan incompatibles con el deber internacional que tienen los estados de investigar; de modo que éstos siguen obligados a perseguir y sancionar tales crímenes aunque para ello sea necesario anular tales amnistías. El delito de desaparición forzada de personas, es un delito de lesa humanidad y por lo tanto, a la luz de principios del *ius cogens*, son imprescriptibles y no lesionan el principio de legalidad por haber sido tipificado desde antes de producido el hecho

Maqueda se pronuncia por

1.- Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.- Declarar la validez de la ley 25.779.

3.- Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.- Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

El Ministro Zaffaroni coincide con los considerandos 1° a 11 del voto del juez Petracchi y comparte el criterio del señor Procurador General en cuanto a que las leyes 23.492 y 23.521 fueron posteriores a la ratificación argentina de la Convención Americana y que conforme a las obligaciones asumidas por la República en ese acto, el Congreso Nacional estaba impedido de sancionar leyes que las violasen.

También entiende, en consonancia con el señor Procurador General y el precedente en la causa "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492) que *"...las normas violadas integran el derecho interno, criterio reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994, expresamente sancionado por el inc. 22, del art. 75 de la Constitución Nacional, es decir, que por lo menos desde el citado fallo impera en la jurisprudencia de esta Corte el llamado criterio del "derecho único". Tesis correcta, desde que su contraria, o sea, la llamada del "doble derecho", según la cual la norma internacional obliga al Estado pero no constituye derecho interno, es hoy casi unánimemente rechazada por los internacionalistas, políticamente ha sido empleada para impedir la vigencia de Derechos Humanos en poblaciones coloniales, y lógicamente resulta aberrante, desde que siempre que hubiera contradicción entre el derecho interno y el internacional, obliga a los jueces a incurrir en un injusto (de derecho interno si aplica el internacional o de este último si aplica el interno).*

Dicho en otras palabras, los jueces, ante un supuesto de contradicción, conforme a la tesis contraria a la sostenida por esta Corte, deben optar entre el prevaricato o la complicidad en un injusto internacional del Estado”

Invoca como precedente obligatorio para la SCJ, el caso "Barrios Altos", el fallo en "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros", analizado en el presente "case book".

El mandato del derecho internacional, le impone, en la interpretación de Zaffaroni, algo más que la mera declaración de inconstitucionalidad de las leyes impugnadas. *“No basta con constatar que el Congreso Nacional sancionó leyes que violaban tratados internacionales y normas constitucionales...”*

Por ello, se pronuncia por *“..declarar no sólo la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, sino también declararlas inexecutable, es decir, de ningún efecto..”*

Por ello, *“sin perjuicio de que esta Corte, en función de mandatos de derecho interno y de derecho internacional, declare la inconstitucionalidad de las leyes cuestionadas y, más aún, declare expresamente que carecen de todo efecto que de ellas o de los actos practicados en su función, puedan emerger obstáculos procesales que impidan el cumplimiento de los mandatos del derecho internacional, no puede obviar que el propio Congreso Nacional sancionó la ley 25.779 que declara insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521, aplicando a su respecto las palabras que el texto constitucional reserva para los actos previstos en su art. 29, ley que forma parte del derecho positivo vigente..”*

El Dr. Zaffaroni sostiene que el *“..El Congreso Nacional no está habilitado en general para anular leyes..”*. *“El primer y básico cuestionamiento a la ley 25.779 pone en tela de juicio la competencia del Congreso Nacional para declarar la nulidad insanable de una ley sancionada y derogada cinco años antes por él mismo (ley 24.952). Además se sostiene que reconocer esta competencia al Congreso, en el caso de leyes penales, implicaría violar garantías constitucionales (y las propias normas internacionales) que hacen a la seguridad jurídica, como la cosa juzgada y la irretroactividad de la ley penal (o la ultra actividad de la ley penal más benigna).* Como consecuencia de lo expuesto, el Dr. Zaffaroni ensaya la diferencia en el marco del contralor constitucional que mantienen los parlamentos europeos con el sistema presidencialista.

“..El extraordinario poder del Parlamento inglés proviene de su milenaria lucha con la monarquía, de la que cobró su potestad casi absoluta. Esto se explica porque el Parlamento inglés ejerce el poder constituyente mismo, lo que le habilitaba incluso a condenar y aplicar penas, entre otras cosas. Además, la legalidad era una cuestión siempre problemática en el derecho inglés, dada la vigencia general del Common Law y la potestad judicial de crear tipos penales. Pero esto también es historia en el propio derecho penal británico, pues domina el Statute Law y los jueces han perdido definitivamente el poder de crear tipos penales, tal como lo declaró formalmente la Cámara de los Lores en 1972...(por eso) “en cuanto éste atravesó el Atlántico y se convirtió en el Poder Legislativo en una República, dejó de ejercer el poder constituyente, y la separación de poderes conforme a los pesos y contrapesos le estableció límites que no puede exceder, sin riesgo de que sus leyes no se apliquen por decisión de los jueces, que devienen controladores de estos límites. Este es el

sentido del control difuso de constitucionalidad de origen norteamericano que inspira nuestra Constitución Nacional..”

El Poder Legislativo no puede ejercer la jurisdicción, más que en los casos y condiciones que la Constitución establezca y con los alcances y efectos previstos en ésta. En materia específicamente penal, la Constitución de los Estados Unidos prohíbe expresamente que el Congreso dicte sentencias, con la mención específica del llamado Bill of Attender.

“Ese límite parece violado por la ley 23.521..pues no se ha limitado a amnistiar, sino que, mediante el establecimiento de una pretendida presunción iuris et de iure de una causal de exclusión de delito, quiso declarar lícitos o exculpados los delitos cometidos, cuando ésta es una función exclusiva del Poder Judicial y por completo ajena a la incumbencia del legislador..”

Para el Ministro Zaffaroni, *“..pretender que el Congreso Nacional tiene la potestad de anular cualquier ley penal importaría cancelar la retroactividad de la ley penal más benigna, acabar con su ultra actividad y, por consiguiente, desconocer la irretroactividad de la ley penal más gravosa..”*

De la misma manera, interpreta que *“..no es válido el argumento que quiere legitimar la ley 25.779 invocando el antecedente de la ley 23.040 de diciembre de 1983, referida al acto de poder número 22.924 de septiembre de ese mismo año, conocido como "ley de autoamnistía".*

Para Zaffaroni, la ley 23.040 de “auto-amnistía”, no puede llamarse “ley”, ni siquiera era una “ley de facto”, porque no podría considerarse tal una disposición con *“..forma legal y contenido ilícito, dado que no era más que una tentativa de encubrimiento entre integrantes de un mismo régimen de poder e incluso de una misma corporación y del personal que había actuado sometido a sus órdenes.. Cualquiera sea la teoría que se sostenga respecto de la validez de los llamados "decretos/leyes" o "leyes de facto" antes de la introducción del art. 36 vigente desde 1994, lo cierto es que éstos requieren un mínimo de contenido jurídico, que no podía tenerlo un acto de encubrimiento de unos integrantes de un régimen de facto respecto de otros o de algunos respecto de sí mismos. En rigor, la ley 23.040 era innecesaria, pues hubiese sido absurdo que los jueces tuviesen en cuenta una tentativa de delito de encubrimiento con mera forma de acto legislativo "de facto", para obstaculizar el avance de la acción penal. Con ello no hubiesen hecho más que agotar el resultado de una conducta típica de encubrimiento..”*

¿Cuales son los argumentos que elabora el Ministro Zaffaroni para justificar la inhabilidad del Congreso para declarar la nulidad de las leyes?.

Se plantea los siguientes:

a)La invocación de la coacción o necesidad.

“..El argumento que invoca un estado de necesidad de los poderes nacionales en el momento de sancionar las leyes que se quieren anular, no resiste mayor análisis. Sin perjuicio de reconocer que se planteaba una situación delicada en esos momentos, cuya valoración no corresponde a esta Corte Suprema ,como tampoco el acierto o desacierto de la sanción de estas leyes para resolverla, es verdad que el Congreso de la Nación suele sancionar leyes presionado por las circunstancias con mucha frecuencia y eso es materia corriente en la política de cualquier Estado. Abrir la

puerta de futuras nulidades invocando el estado de necesidad o la coacción en cada uno de esos casos importa sembrar una inseguridad jurídica formidable. Si la coacción de las circunstancias habilitara la posibilidad de que el propio Congreso Nacional anulara sus leyes, no habría razón por la cual no se podrían anular también por otros vicios que acarreen ese efecto en numerosos actos jurídicos, como el error o la ignorancia de las circunstancias, lo que eliminaría toda previsibilidad, condición indispensable para la coexistencia pacífica de toda sociedad.

b)Apelación al art. 29 constitucional.

"..Se ha sostenido que la potestad anulatoria en el caso quedaría habilitada con una pretendida aplicación extensiva del art. 29 de la Constitución Nacional. Sin embargo, de la letra de este artículo surge claramente que esas leyes configuran una hipótesis no contemplada en su texto. Por ende, no se trataría de una interpretación extensiva del art. 29, sino de una integración analógica de ese texto.... Independientemente de que el art. 29 constitucional responde a una coyuntura histórica particular y casi referida a una persona, las consecuencias de admitir su integración analógica serían muy peligrosas, pues una mayoría parlamentaria coyuntural podría imponer la responsabilidad y la pena correspondientes a los infames traidores a la Patria a cualquier opositor. Ante esta perspectiva, claramente no querida por la Constitución Nacional, conviene seguir sosteniendo la prohibición de analogía respecto de este texto...

c)La apelación a la supralegalidad.

"..No han faltado en el curso del debate apelaciones abiertas al derecho natural. Por momentos, en el Congreso de la Nación se renovó el debate entre jusnaturalistas y positivistas. La invocación de un derecho supralegal para desconocer límites de legalidad siempre es peligrosa, pues todo depende de quién establezca lo que es o se pretende natural. Como es sabido, no hay una única teoría acerca del derecho natural, sino muchas. Basta revisar cualquier texto que contemple la historia del pensamiento jurídico para verificar la enorme gama de versiones del jusnaturalismo y sus variables.... Sin entrar en mayores detalles que no vienen al caso, es claro que hay un derecho natural de raíz escolástica, otros de claro origen contractualista liberal y absolutista, pero también hubo derechos naturales ,con ese u otro nombre, autoritarios y totalitarios, abiertamente irracionales. La legislación penal nazista apelaba a un pretendido derecho natural fundado en la sangre, la raza y el suelo...Además, el argumento jusnaturalista corre el riesgo de enredarse y terminar legitimando lo que la ley 25.779 quiere descalificar de modo tan radical, pues reconocer injustos o ilícitos supralegales importa admitir también justificaciones supralegales y, con ello, entrar al debate de la llamada guerra sucia con el autoritarismo de seguridad nacional, que también era una construcción supralegal, o sea que, aunque nadie lo haya desarrollado con ese nombre, se sostuvo la existencia de un aberrante derecho supralegal de seguridad nacional...Por otra parte, la invocación de fuentes jurídicas supralegales siempre obliga a volver la vista al drama alemán de la posguerra y muy especialmente al debate que en su tiempo se generó. Es sabido que ante las atrocidades cometidas por los criminales nazistas surgió en la posguerra alemana un poderoso movimiento teórico de resurgimiento del jusnaturalismo, del que se hicieron eco varias

sentencias del Tribunal Constitucional. La apelación a un derecho supralegal se llevó a cabo especialmente por la vía de la "naturaleza de las cosas...".

En síntesis, respecto de los argumentos esgrimidos en este sentido para explicar la excepcionalidad de la circunstancia de la ley 25.779 en el curso de su debate invocando el derecho natural o supralegal, cabe concluir que no es necesario perderse en las alturas de la supralegalidad, cuando el derecho internacional de los Derechos Humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, hace ineficaces las leyes que la ley 25.779 declara nulas..."

d)El argumento de derecho internacional.

"..Se aproxima mucho más al núcleo del problema la posición que funda la legitimidad de la nulidad de las leyes de marras en el derecho internacional vigente como derecho interno. Tal como se ha señalado, es claro que las leyes que se pretenden anular chocan frontalmente con la ley internacional. Pueden citarse varios textos incorporados a nuestra Constitución en función del inc. 22 del art. 75, pero basta recordar la mencionada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 14 de marzo de 2001, en el caso "Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)" serie C N° 75: "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". La Corte Interamericana considera que "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 pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú".

"..Esta jurisprudencia es ,sin duda, aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25.779 y, conforme a ella, es claro que la eficacia de éstas sería considerada un ilícito internacional. Cualquiera sea la opinión que se sostenga respecto de las leyes de marras, la eficacia de las leyes 23.492 y 23.521 haría incurrir a la República Argentina en un injusto internacional que sería sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al criterio firmemente asentado respecto del Perú, caso en el que este país, después de serias resistencias, debió allanarse..."

"..Tal como también se señaló no vale para el caso argumentar sobre la base de que la Convención Americana no estaba vigente al momento de los crímenes a cuyo juzgamiento obstan las leyes 23.492 y 23.521. Cualquiera sea el nomen juris y la verdadera naturaleza jurídica de estas leyes, lo cierto es que el principio de legalidad penal es amplio, pero no ampara la eventual posibilidad de que el agente de un delito sea amnistiado o beneficiado con cualquier otra cancelación de

tipicidad o impedimento de procedibilidad en alguna ley sancionada en el futuro. Lo cierto es que la Convención Americana fue ratificada en 1984 y en el mismo año se reconoció la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, que la sanción de esas leyes es claramente posterior a la ratificación de la Convención y, por ende, cualquiera sea el juicio que éstas merezcan, de conformidad con el criterio jurisprudencial mencionado, son actos prohibidos por la Convención. El ilícito internacional, del que sólo puede ser responsable el Estado argentino, lo constituyen las leyes sancionadas con posterioridad a esa ratificación... (además)... la ley 25.778, sancionada simultáneamente con la 25.779, ambas publicadas en el Boletín Oficial del 3 de septiembre de 2003, otorga "jerarquía constitucional a la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968 y aprobada por la Ley 24.584". Esta Convención, según entendió esta Corte Suprema en la causa "Arancibia Clavel" ya citada, no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era ius cogens en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguió la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal..."

Zaffaroni sostiene que "...el orden jurídico debe ser interpretado en forma coherente, no contradictoria, pero la coherencia del orden jurídico no habilita tampoco al Congreso Nacional a anular una ley penal. Si la contradicción entre normas vigentes facultase para la anulación de leyes, no sería difícil anular la mayoría de las leyes, si las entendemos en sentido literal. La no contradicción no se basa en la ilusión de legislador racional, que es un legislador ideal, inventado por el derecho o por el intérprete, y que no es el legislador histórico. El legislador puede incurrir en contradicciones y de hecho lo hace, pero es tarea de los jueces reducir las contradicciones, porque lo que no puede ser contradictorio es la interpretación del derecho, y ésta, como es sabido, incumbe a los jueces. Por ende, si se tratase sólo de anular una ley en razón de su contradicción con otras leyes, no sería tarea que incumbiese al Poder Legislativo, sino al Judicial... No es admisible que para no violar las Convenciones incorporadas a la Constitución se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Constitución establece. Más aún, el propio derecho internacional se opone a esta priorización de normas, al prohibir las interpretaciones de mala fe de las convenciones y al establecer las llamadas cláusulas pro homine..."

Ello es así porque al admitir la jerarquización de las normas constitucionales se firma el certificado de defunción de la propia Constitución. Cuando se distingue entre normas superiores y que hacen al espíritu mismo de la Constitución y normas constitucionales simplemente legales, se habilita a desconocer estas últimas para mantener la vigencia de las primeras. Este fue el procedimiento a través del cual se racionalizó el desbaratamiento de la Constitución de Weimar, sosteniendo sus detractores que si la Constitución expresa valores fundamentales, no puede

admitirse que su texto otorgue garantías ni espacio político a los enemigos de estos valores, especialmente en situaciones anormales o caóticas (así, Carl Schmitt, Legalität und Legitimität, Berlín, 1933). Pero la propia experiencia nacional es muy ilustrativa en este sentido, puesto que ningún golpe de Estado argentino negó formalmente los valores constitucionales, sino que afirmaron todos que violaban la Constitución para salvarlos. Todas las violaciones a la Constitución Nacional se fundaron en una pretendida jerarquización de sus normas, incluso las que esgrimían la doctrina de la seguridad nacional y cometieron los crímenes cuyo juzgamiento obstaculizan las leyes 23.492 y 23.521... ”

En síntesis: si bien los argumentos que pretenden fundar la circunstancia extraordinaria que habilitaría al Congreso Nacional a anular las mencionadas leyes por vía del derecho internacional se acercan mucho más a una explicación razonable, no alcanzan para justificar esta circunstancia, pues no puede fundarse esa habilitación en la necesidad de dotar de coherencia al orden jurídico cuestión que, por otra parte, incumbe al Poder Judicial en su tarea interpretativa y de control de constitucionalidad...”

Descartados los ejes argumentales sostenidos en el debate parlamentario de la ley 25.779 para fundar la competencia del Congreso Nacional para anular las leyes mencionadas, Zaffaroni se adentra en los argumentos que aconsejan la declaración de disposiciones inconstitucionales.

La inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional, conforme a un elemental principio de prudencia que debe regir las decisiones judiciales.

A tales efectos, distingue entre "norma" y "enunciado normativo". Toda ley es un "enunciado normativo" que nos permite deducir la "norma". Por ejemplo, el art. 79 del Código Penal es un enunciado normativo, pero la norma es el "no matarás". El art. 1º de la ley 25.779 también es un enunciado normativo, en tanto que la norma es "prohibido reconocerle cualquier eficacia a las leyes 23.492 y 23.521".

Se trata de una ley que sanciona una norma que prohíbe considerar de cualquier eficacia a otras dos leyes. Son "inexequibles", es decir, inejecutables. Y lo que está en juego, sin perjuicio del "nomen" que se pretenda esgrimir, es a juicio del Ministro Zaffaroni, la soberanía de la República Argentina y en éste desarrollo, responde a los votos de minoría.

Dice Zaffaroni “..Quienes pretenden que la República desconozca sus obligaciones internacionales y mantenga la vigencia de las leyes de marras, invocan la soberanía nacional y rechazan la vigencia del derecho internacional como lesivo a ésta, cuando el derecho internacional reconoce como fuente, precisamente, las soberanías nacionales: ha sido la República, en ejercicio de su soberanía, la que ratificó los tratados internacionales que la obligan y la norma que la sujeta a la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hoy las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta,

o sea, que si no la ejerce en función del principio territorial entra a operar el principio universal y cualquier país puede ejercer su jurisdicción y juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio nacional por ciudadanos y habitantes de la República.

Existe un hecho nuevo: la operatividad real del principio universal. Ello es ratificado por Zaffaroni al precisar:

"..Desde la sanción de las dos leyes en cuestión, pero con creciente frecuencia, el principio universal ha comenzado a operar en forma efectiva y no meramente potencial. Es de público conocimiento que ciudadanos argentinos han sido sometidos a juicio en el extranjero, que también ciudadanos argentinos han puesto en marcha jurisdicción extranjera para obtener condenas que no podían reclamar a la jurisdicción nacional, que hubo condenas en el extranjero, que han mediado pedidos de extradición por estos crímenes, es decir, que el principio universal, que era una mera posibilidad potencial con posterioridad a la sanción de las leyes cuestionadas, comenzó a operar en forma efectiva y creciente. El principio universal en materia penal se conoce desde hace más de dos siglos, especialmente con referencia a la trata de esclavos, estando receptado en nuestra Constitución desde 1853 y obliga a la República no sólo en razón del derecho internacional consuetudinario sino en virtud de varios tratados internacionales ratificados por nuestro país. Como es sabido, tiene carácter subsidiario, o sea, que cualquier país está habilitado para juzgar los crímenes contra la humanidad, pero a condición de que no lo haya hecho el país al que incumbía el ejercicio de la jurisdicción conforme al principio de territorialidad... Es claro que la jurisdicción es un atributo de la soberanía y que ésta, en nuestro sistema, emana del pueblo. En consecuencia, el principio universal deviene operativo cuando un Estado no ha ejercido su soberanía y, por ello, los restantes estados de la comunidad internacional quedan habilitados para hacerlo. Un Estado que no ejerce la jurisdicción en estos delitos queda en falta frente a toda la comunidad internacional... Que el hecho nuevo que hoy se presenta es el funcionamiento real, efectivo y creciente del principio universal. Hay ciudadanos argentinos que están detenidos, procesados y juzgados por otros estados en razón de estos delitos cometidos en el territorio nacional. Hay ciudadanos argentinos cuya extradición es requerida a la República en razón de hechos similares. Es del dominio público que el gobierno de España ha paralizado los pedidos de extradición justamente con motivo de la sanción de la ley 25.779, a la espera de que estos delitos sean efectivamente juzgados en nuestro país. Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el funcionamiento concreto del principio universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad internacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía. El hecho nuevo que aparece a partir de las leyes cuestionadas no es la mera posibilidad de ejercicio de la jurisdicción extranjera sobre hechos cometidos en el territorio, sino el efectivo ejercicio de esas jurisdicciones. Los reclamos de extradición generan la opción jurídica de ejercer la propia jurisdicción o de admitir lisa y llanamente la

incapacidad para hacerlo y, por ende, renunciar a un atributo propio de la soberanía nacional, cediendo la jurisdicción sobre hechos cometidos en el territorio de la Nación por ciudadanos argentinos...”

“..Aceptada esta premisa elemental, no puede interpretarse nunca una Constitución entendiendo que cualquiera de sus normas impone a los poderes constituidos que no ejerzan o renuncien el ejercicio de la soberanía (y de la jurisdicción como uno de sus atributos). Desde la perspectiva de la onticidad de una Constitución, semejante interpretación reduciría a la propia Constitución a un elemento defectuoso, en parte una no/Constitución, negadora de su propia esencia, y degradaría al Estado a la condición de un Estado imperfecto o disminuido ante la comunidad internacional, habilitada a ejercer la soberanía ante su confesa incapacidad para ejercerla. La dignidad de la República en la comunidad internacional exige que ésta reafirme plenamente su voluntad de ejercer su jurisdicción y, por ende, su soberanía, y que de este modo restaure a la República en su condición de Estado pleno y completo y ponga a salvo a todos sus habitantes del riesgo de ser sometido a cualquier competencia con motivo o pretexto de crímenes contra la humanidad...”

“..El Preámbulo de la Constitución Nacional no es una mera manifestación declarativa, sino que cumple una función orientadora de la interpretación de todas las normas del texto máximo. En su redacción está claramente establecida la función esencial de toda Constitución o norma fundamental. "Constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior", no son objetivos enumerados al azar, sino claramente propios de toda Constitución, que serían negados en la medida en que se interpretase cualquiera de sus normas obligando a los jueces a admitir o legitimar una pretendida incapacidad de la Nación Argentina para el ejercicio de su soberanía, con la consecuencia de que cualquier otro país pueda ejercerla ante su omisión, en razón de violar el mandato internacional (asumido en ejercicio pleno de su propia soberanía) de juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en su territorio por sus habitantes y ciudadanos, cediendo ese juzgamiento a cualquier otra nación del mundo, colocando a sus habitantes en riesgo de ser sometidos a la jurisdicción de cualquier Estado del planeta, y, en definitiva, degradando a la propia Nación a un ente estatal imperfecto y con una grave capitis deminutio en el concierto internacional. Además, la omisión del ejercicio de la jurisdicción territorial (o sea, el no ejercicio de un claro atributo de su soberanía) abre un estado de sospecha sobre todos los ciudadanos del Estado omitente y no sólo sobre los responsables de estos crímenes...”

Frente a lo expuesto, el Dr. Zaffaroni, concluye *“..este es el verdadero fundamento por el cual el Congreso Nacional, más allá del nomen iuris, mediante la ley 25.779 quita todo efecto a las leyes cuya constitucionalidad se discute en estas actuaciones. Si la ley 25.779 no se hubiese sancionado, sin duda que serían los jueces de la Nación y esta Corte Suprema quienes hubiesen debido cancelar todos los efectos de las leyes 23.492 y 23.521. La sanción de la ley 25.779 elimina toda duda al respecto y permite la unidad de criterio en todo el territorio y en todas las competencias, resolviendo las dificultades que podría generar la diferencia de criterios en el sistema de control difuso de constitucionalidad que nos rige. Además, brinda al Poder Judicial la seguridad de que un acto de tanta trascendencia, como es la*

inexequibilidad de dos leyes penales nacionales, la reafirmación de la voluntad nacional de ejercer en plenitud la soberanía y la firme decisión de cumplir con las normas internacionales a cuya observancia se sometió en pleno ejercicio de esa soberanía, resulte del funcionamiento armónico de los tres poderes del Estado y no dependa únicamente de la decisión judicial. En tal sentido, el Congreso de la Nación no ha excedido el marco de sus atribuciones legislativas, como lo hubiese hecho si indiscriminadamente se atribuyese la potestad de anular sus propias leyes, sino que se ha limitado a sancionar una ley cuyos efectos se imponen por mandato internacional y que pone en juego la esencia misma de la Constitución Nacional y la dignidad de la Nación Argentina..."

Para Zaffaroni, las leyes 23.492 y 23.521 han perdido todo efecto en función de la ley 25.779, y es facultad de la SCJ disipar cualquier duda que pueda subsistir a su respecto y, por ende, sugiere y dispone ratificar que las leyes 23.492 y 23.521 son inconstitucionales, como también que se cancela cualquier efecto directo de ellas o de los actos en ellas fundados que constituya un obstáculo para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina. De este modo, no quedan dudas acerca de que cesa la posibilidad de que cualquier país pueda invocar el principio universal y reclamar el juzgamiento de estos crímenes en extraña jurisdicción, reasumiendo la Nación la plenitud de su soberanía y, por ende, del ejercicio de la jurisdicción como atributo de ésta.

Por ello, vota por

- 1.- Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.
- 2.- Declarar la validez de la ley 25.779.
- 3.- Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.
- 4.- Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por su parte, la Señora Ministra Doctora Elena I. Highton de Nolasco, coincide con los considerandos 1° a 11 del voto del juez Petracchi.

En el desarrollo que realiza acerca de la legitimidad del Congreso para nulificar leyes que previamente derogó, invoca el precedente de la Corte Interamericana, la que sostuvo que son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, de manera específica, la Convención. *"..En este último caso, por ejemplo, bastaría con omitir dictar aquellas normas a las que se encuentra obligado por el art. 2 de ella; o bien, la violación podría provenir de dictar disposiciones que no estén de conformidad con las obligaciones que le son exigidas por ese instrumento..."*

Cita el caso "Barrios Altos", ya mencionado en el presente a cuyo desarrollo nos remitimos, por el cual se trazó la manifiesta incompatibilidad de leyes de amnistía con la Convención.

La ley 23.492 (llamada "de punto final") introduce una cláusula excepcional de extinción de la acción penal. En efecto, sólo se incluyeron en la ley delitos presuntamente cometidos por determinados individuos dentro de un preciso período histórico; se establecía a su respecto un por demás exiguo lapso extintivo, que aparece alejado de cualquier término de proporcionalidad respecto de la escala penal aplicable al hecho establecida con criterio general en el art. 62 del Código Penal; y se fijaban además para esos supuestos precisas y particulares reglas interruptivas del plazo extintivo, también alejadas de la normativa específica establecida en el art. 67 del Código Penal.

Por su parte, *"..la ley 23.521 (conocida como "de obediencia debida"), de conformidad con el art. 1° ya citado "ut supra" establecía entonces una presunción iure et de iure de impunidad, afirmando, sin admitir prueba en contrario, que los sujetos abarcados en la norma, al llevar a cabo los ilícitos comprendidos en ella habían actuado "en virtud de obediencia debida", esto es, en "estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad".*

Para la Ministro Highton de Nolasco, las leyes en cuestión aparecen en pugna tanto con el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestra Constitución Nacional cuanto de las normas de nuestro orden interno. *"..Como lógica conclusión, puede afirmarse entonces que el Congreso Nacional no se encontraba habilitado para dictar tales normas y que al hacerlo ha vulnerado no sólo principios constitucionales sino también los tratados internacionales de derechos humanos, generando un sistema de impunidad con relación a delitos considerados como crímenes de lesa humanidad, del que se deriva la posibilidad cierta y concreta de generar responsabilidad internacional para el Estado argentino..."*

Interpreta que la ley 23.521, al efectuar una presunción iure et de iure de inculpabilidad configura una lisa y llana violación a la división de poderes, por cuanto el Poder Legislativo se ha arrogado facultades propias del Poder Judicial al imponer a los jueces una interpretación determinada de los hechos que les competía juzgar, impidiéndoles que, en ejercicio de atribuciones propias y excluyentes, los magistrados judiciales examinaran las circunstancias del caso y determinarán en cada supuesto concreto si efectivamente en él se daban las situaciones que aquella ley preanunciaba dándolas por sentado, sin admitir prueba en contrario. Además, sostiene, son violatorias del principio de igualdad ante la ley, ya que aparejan un tratamiento procesal de excepción para los sujetos amparados y, de manera simultánea, privan a las víctimas de los hechos, o a sus deudos, de la posibilidad de acudir a la justicia para reclamar el enjuiciamiento y punición de los autores de los actos ilícitos que los damnifican.

Reitera los argumentos que otros Ministros han adelantado sobre la vigencia del derecho internacional, los deberes y garantías del Estado argentino, de allí que se pronuncia por consagrar la validez constitucional de la ley 25.779. Sin embargo, aclara, *"..por sí solo, no resulta suficiente.."*

"..En efecto, la clara y terminante doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en el caso Barrios Altos...", expuesta en los considerandos 14 y 25 de su voto... *"torna imperativo que, con el fin de satisfacer el estándar allí establecido e impedir por tanto que pueda invocarse la ultractividad de la ley penal más benigna o, eventualmente, la cosa juzgada, esta Corte declare además que dichas normas carecen de cualquier efecto y que lo propio ocurre respecto de cualquier acto que, fundado en las mismas, pretendiera oponerse como impedimento al progreso de algún proceso judicial en trámite, o a su iniciación futura, en el ámbito de las respectivas competencias, respecto de hechos vinculados con crímenes de lesa humanidad ocurridos en el territorio nacional..."*

Con respecto del agravio vinculado con la supuesta lesión a la garantía de ley penal más benigna, nullum crimen nulla poena sine lege, así como la prohibición de aplicar la ley ex post facto, ratifica lo resuelto en la causa A.533.XXXVIII "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ homicidio calificado y asociación ilícita.causa n° 259 en cuanto a la doctrina sentada en considerar a la desaparición forzada de personas una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos por los instrumentos internacionales vigentes y obligatorios para nuestro país.

Tampoco puede argumentarse que se trate de una aplicación retroactiva de la Convención al caso, puesto que la esencia que se recoge en el instrumento internacional era la regla según la costumbre internacional que se encontraba vigente desde la década de 1960, a la cual adhería el Estado argentino criterio que, por otra parte fue sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso "Barrios Altos".

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se pronuncia por :

1.- Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso ex-traordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.- Declarar la validez de la ley 25.779.

3.- Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los ca-nales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competen-cias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.- Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

El Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, coincide con los considerandos 1° a 11 del voto del juez Petracchi. La descripción jurídica de los ilícitos y los elementos que contienen le permite aseverar una primera conclusión: Son **"crímenes contra la humanidad"**

¿Porqué?

1) Afectan a la persona como integrante de la "humanidad", contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2) Son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado.

El primer elemento pone de manifiesto que se agrede la vida y la dignidad de la persona, en cuanto a su pertenencia al género humano, afectando aquellos bienes que constituyen la base de la coexistencia social civilizada. Desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir que afectan derechos fundamentales de la persona, y que estos tienen esa característica porque **son "fundantes" y "anteriores" al estado de derecho**. *Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, "Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil", México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues "aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor..."*.

Tales derechos fundamentales son humanos, antes que estatales. Por ello, los derechos fundamentales no pueden ser suprimidos por el Estado Nacional y si no son respetados, tienen tutela transnacional. Este aspecto vincula a esta figura con el derecho internacional humanitario, puesto que ningún estado de derecho puede asentarse aceptando la posibilidad de la violación de las reglas básicas de la convivencia y admitiendo comportamientos que tornan a las personas irreconocibles como tales.

El segundo aspecto requiere que la acción no provenga de otro individuo aislado, sino de la acción concertada de un grupo estatal o de similares características que se propone la represión ilícita de otro grupo, mediante la desaparición física de quienes lo integran o la aplicación de tormentos. No se juzga la diferencia de ideas, o las distintas ideologías, sino la extrema desnaturalización de los principios básicos que dan origen a la organización republicana de gobierno. No se juzga el abuso o el exceso en la persecución de un objetivo loable, ya que es ilícito tanto el propósito de hacer desaparecer a miles de personas que piensan diferente, como los medios utilizados que consisten en

la aniquilación física, la tortura y el secuestro configurando un "Terrorismo de Estado" que ninguna sociedad civilizada puede admitir. No se juzga una decisión de la sociedad adoptada democráticamente, sino una planificación secreta y medios clandestinos que sólo se conocen muchos años después de su aplicación. No se trata de juzgar la capacidad del Estado de reprimir los delitos o de preservarse a sí mismo frente a quienes pretenden desestabilizar las instituciones, sino de censurar con todo vigor los casos en que grupos que detentan el poder estatal actúan de modo ilícito, fuera del ordenamiento jurídico o cobijando esos actos con una ley que sólo tiene la apariencia de tal. Por ello, es característico de esos delitos el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad.

En el caso, Julio Simón es acusado de delitos que contienen los elementos de calificación mencionados, ya que actuó en su condición de miembro de la Policía Federal Argentina y ejecutando un plan que incluía la persecución de personas por razones políticas. La existencia de estos hechos ha quedado plenamente acreditada, al menos al extremo necesario para fundar el auto de mérito que el recurrente impugna.

Para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino, dice el Dr. Lorenzetti, "no cabe reeditar discusiones doctrinarias acerca del dualismo o monismo".

Expone "*..La idea de que existe un doble derecho integrado por las normas internacionales que deben ser adoptadas o incorporadas a nuestro derecho interno, o de que configuran normas constitucionales de segundo rango, no se compadece con la clara disposición de la Constitución Argentina ya citada en materia de derechos humanos. Esta Corte ha definido esta cuestión en precedentes que establecieron la operatividad de los tratados sobre derechos humanos, y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en casos análogos (Fallos: 315:1492; 318:514). La incorporación de los tratados sobre derechos humanos especificados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional es una decisión de los constituyentes, que los poderes constituidos no pueden discutir. La función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización, complementariedad, y pleno significado de todas las disposiciones...*"

El Honorable Congreso de la Nación tiene facultades para dictar leyes de amnistía (art. 75 inc. 20 Constitución Nacional). "*...Pero una ley que clausura no sólo las penalidades sino la propia investigación y condena, priva de toda satisfacción moral a una comunidad aún profundamente dolida por los tremendos horrores sucedidos en esos años...Nuestros constituyentes originarios quisieron terminar de una vez y para siempre con la tortura del opositor político, no sólo para transformar las conductas del presente que les tocó vivir, sino para que el futuro se basara en el debate de ideas y no en la supresión física del opositor. Lamentablemente no hemos cumplido ese deseo, pero lo incumpliríamos aún más si los delitos fueran objeto de amnistía, ya que no serían eliminados para siempre como manda el art. 18 de la Constitución Nacional...*"

Por ello, señala que aún las leyes de amnistía tienen un límite moral, y está dado por la imposibilidad de amnistiar delitos de lesa humanidad.

Lorenzetti presenta varias objeciones constitucionales relevantes para sugerir que las leyes en cuestión no pueden ser anuladas por el Congreso dado que éste no está legitimado para ello en nuestro sistema de control difuso.

¿Porqué?

a) En primer lugar, impone a los jueces una determinada interpretación de los hechos sometidos a su conocimiento en una causa o controversia (opinión del ministro Bacqué en su disidencia en Fallos: 310:1162). *El Honorable Congreso de la Nación tiene facultades para establecer presunciones generales, pero en la norma que se analiza se observa que se dirige a un grupo de casos específicamente delimitados subjetiva y objetivamente, con la clara intención de sustraerlos al juzgamiento por parte del Poder Judicial de la Nación, lo cual afecta la división de poderes.*

b) En segundo lugar, consagra una eximente respecto de quienes han obrado en cumplimiento de órdenes claramente reconocibles como ilícitas, lo que es contrario a principios de una larga tradición jurídica que hoy tiene rango constitucional.

Tomando como referencia al caso "Barrios Altos", las leyes mencionadas deben ser descalificadas por su inconstitucionalidad y además deben removerse los obstáculos para cumplir con las obligaciones internacionales del Estado Nacional en esta materia. El mencionado precedente, exige que ningún efecto de esas leyes pueda ser operativo como obstáculo a los procesos regulares que se llevan o deban llevarse a cabo respecto de las personas involucradas en los crímenes de lesa humanidad cometidos en el período comprendido por ellas.

Para Lorenzetti, la sanción de la ley 25.779 que declara insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521 *"...es una clara demostración de los esfuerzos de la Nación Argentina para cumplir con las normas internacionales a las que se había obligado. Es sin duda loable el propósito del Congreso de la Nación en este aspecto, así como lo es también el esfuerzo argumentativo realizado por los legisladores en la fundamentación de la ley en una abrumadora coincidencia de opiniones. En este sentido, se dijo que nada hay que impida al Congreso revisar sus propios actos y se invocó la necesidad de cumplir los criterios internacionales en la materia que surgen de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad aprobada por el Congreso, con la finalidad de ejercer un control general y preventivo respecto de la inconstitucionalidad de las normas, existiendo una clara coincidencia en que es competencia del Poder Judicial la declaración de inconstitucionalidad en un caso concreto..."*

Sin perjuicio de ello, Lorenzetti manifiesta que *"...el meritorio efecto declarativo que se le reconoce a la ley 25.779 debe ser interpretado armónicamente con los límites que la Constitución Nacional y el derecho infraconstitucional establecen para el específico efecto de nulidad..."*.

Por ello, el primer y básico cuestionamiento se refiere a la competencia del Honorable Congreso de la Nación. Al respecto, se ha sostenido que *"...El Congreso Nacional puede ejercer un control preventivo de constitucionalidad en oportunidad de debatir un proyecto de ley. Una vez sancionada la norma, si detecta una inconstitucionalidad o ella ha sido declarada por un juez, puede ejercer un control reparador derogándola con efectos para el futuro. Pero es necesario establecer con toda precisión que, de acuerdo con nuestra Constitución, la única vía para privar retroactivamente de efectos a una ley es, de modo excluyente, la declaración de su inconstitucionalidad en un caso por parte de un tribunal de justicia..."*

El segundo argumento es la situación excepcional. *"...La tesis que invoca un estado de necesidad de los poderes nacionales en el momento de sancionar las leyes que se quieren anular, aunque pueda ser entendido en la situación dada, no puede ser admitido como un criterio general válido para justificar la nulidad de las leyes. En el momento de la sanción de las leyes había una situación delicada invocada por el legislador, cuya valoración no corresponde a esta Corte Suprema. Pero si se permitiera que el Congreso estableciera nulidades invocando el estado de necesidad o la coacción, se introduciría una inseguridad jurídica formidable, ya que serían numerosas e imprecisas las situaciones en las que se podría invocar presiones y necesidades, propias de la actividad legisferante.*

El tercero, es la aplicación extensiva del art. 29 de la Constitución Nacional y al respecto reitera lo enunciado por el Dr. Zaffaroni, a cuyo voto nos remitimos.

El cuarto, es el derecho natural, el que no es necesario invocar, por las razones ya apuntadas precedentemente, ya que el derecho internacional de los derechos humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, hace ineficaces las leyes que la ley 25.779 declara nulas.

El quinto argumento es *"...la coherencia del ordenamiento jurídico, lo cual, per se, no habilita tampoco al Congreso Nacional a anular una ley penal. El legislador puede incurrir en contradicciones y de hecho lo hace, pero es tarea de los jueces reducir las contradicciones porque lo que no puede ser contradictorio es la interpretación del derecho, y ésta, como es sabido, incumbe a los jueces. Por ende, si se tratase sólo de anular una ley en razón de su contradicción con otras leyes, no sería tarea que incumbiese al Poder Legislativo, sino al Judicial..."*

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, resuelve en su voto:

- 1.- Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.
- 2.- Declarar la validez de la ley 25.779.
- 3.- Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.
- 4.- Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

La Dra. Argibay coincide con los considerandos 1° a 6° del voto del juez Petracchi. En su voto, interpreta que el *“...punto que debe tratar esta Corte es, entonces, si en las leyes 23.492, 23.521 o en las normas sobre prescripción de la acción contenidas en el Código Penal puede apoyarse el derecho subjetivo a no ser sometido a proceso por los hechos objeto de esta causa o si, como lo ha resuelto la Cámara de Apelaciones, existe un obstáculo constitucional para el reconocimiento de ese derecho...”*

Parte de admitir la clasificación de los hechos analizados en la causa como crímenes contra la humanidad. Considera que el criterio más ajustado al desarrollo y estado actual del derecho internacional es el que caracteriza a un delito como de lesa humanidad cuando *“...las acciones correspondientes han sido cometidas por un agente estatal en ejecución de una acción o programa gubernamental...”*.

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

La descripción de la conducta que se imputa al procesado Julio Simón incluye las circunstancias de haber actuado en su condición de miembro de la Policía Federal Argentina y en el marco de un plan sistemático orientado a la persecución de personas por razones políticas.

En la opinión de la Dra. Argibay, *“...Las razones que ha dado la defensa para fundar su derecho contra el sometimiento a proceso son dos: a) la prescripción de la acción penal y b) la operatividad de las leyes de "obediencia debida" y "punto final". Creo que ambas oposiciones a la continuación de los procedimientos deben ser rechazadas...”*

Para la defensa ¿ la calificación de los hechos como delitos de lesa humanidad es inadecuada?, ¿deben aceptarse, en consecuencia, las defensas de prescripción y amnistía? o bien que, aún si fuese procedente dicha calificación, ¿correspondería hacer lugar a las defensas de prescripción y amnistía?

“...La primera versión del argumento, como dejé establecido en el considerando décimo, no puede ser revisada por la Corte Suprema en esta etapa inicial del proceso, pues el encuadre de los hechos como de lesa humanidad no ha sido resuelto de manera definitiva sino provisional por la Cámara de Apelaciones. Por otra parte, no hay manera alguna de investigar penalmente la posible comisión de delitos de lesa humanidad si, en las resoluciones judiciales que sirven de base a los procedimientos, no se califican las conductas imputadas bajo alguna de las formas que estos crímenes pueden asumir. El acierto de la clasificación de los hechos como crímenes contra la humanidad y, en su caso, en cuál de sus formas, es un aspecto del caso que ha de ser materia de decisión en la sentencia definitiva, por lo que invocar ahora la improcedencia de tal clasificación para impedir la llegada del proceso a juicio monta tanto como pedir que se resuelva sin juicio aquello que supone su realización. Por tal razón, el punto será examinado por esta Corte en caso de que le sea planteado, a través del recurso establecido en el artículo 14 de la ley 48, contra el pronunciamiento final...”

La segunda versión del argumento supone que la acción penal para perseguir judicialmente un delito de lesa humanidad, de acuerdo con el derecho internacional, puede extinguirse por prescripción o amnistía.

"...La respuesta es que los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad del reproche. Por el contrario, los instrumentos internacionales que alguna mención hacen del tema establecen precisamente el criterio opuesto: Convención Internacional Sobre Imprescriptibilidad de Delitos de Lesa Humanidad, artículo I; Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo 7°; Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 29..."

"...Si los jueces, en la etapa inicial en que se encuentra el proceso, hubiesen calificado los hechos como crímenes contra la humanidad y acto seguido declarado extinguida la acción por prescripción o amnistía, hubiesen incurrido en una contradicción manifiesta con las propias bases de su pronunciamiento y, consiguientemente, en una palmaria violación del derecho penal internacional. Esto implica que, cuando se trata de procesos penales por delitos de lesa humanidad, las personas imputadas no pueden oponerse a la investigación de la verdad y al juzgamiento de los responsables a través de excepciones perentorias, salvo cuando el juicio sea de imposible realización (muerte del acusado), o ya se haya dictado una sentencia de absolución o condena (cosa juzgada).

"De la combinación de las respuestas a los argumentos, tratadas en los dos considerandos precedentes, resulta que las defensas de prescripción y amnistía no pueden admitirse, salvo que, previamente, se consiga refutar la clasificación de los hechos como crímenes contra la humanidad. Por otra parte, esta refutación sólo podrá ser considerada por esta Corte al revisar un pronunciamiento que no admita la revisión posterior del punto, es decir, en la sentencia definitiva (Sobre el criterio correcto para equiparar un auto de prisión preventiva a una sentencia definitiva, ver el argumento de Fallos: 290:393 y 300:642). En otras palabras, los recurrentes no cuentan con un derecho constitucional a cancelar la continuación del proceso por prescripción o amnistía y, en la medida que las leyes 23.492 y 23.521 pueden reconocerlo, son inconstitucionales..."

La Dra. Argibay no verifica que se haya lesionado el principio de legalidad.

"...En primer lugar, el principio de legalidad en cuanto protege la competencia del Congreso para legislar en materia penal, se ha visto cumplido con la doble intervención del poder legislativo, tanto al ratificar la Convención sobre Imprescriptibilidad (ley 24.584), cuanto al conferirle "jerarquía constitucional" (ley 25.778)... En otro sentido, el principio de legalidad busca preservar de diversos males que podrían afectar la libertad de los ciudadanos, en particular los siguientes: la aplicación de penas sin culpabilidad, la frustración de la confianza en las normas (seguridad jurídica) y la manipulación de las leyes para perseguir a ciertas personas (imparcialidad del derecho). La modificación de las reglas sobre prescripción de manera retroactiva, que supone la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968, no altera el principio de legalidad bajo ninguna de estas lecturas.

Tampoco se viola el principio de culpabilidad.

*"...Las normas legales sobre prescripción no forman parte de la regla de derecho en que se apoya el reproche penal, es decir, su modificación no implica cambio alguno en el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan. **En otros términos, no se condena por acciones lícitas al momento de la comisión, ni se aplican penas más graves...**"*

Tampoco hay frustración de la confianza en el derecho que corresponde asegurar a todo ciudadano
"..La prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor de un delito pueda contar, mucho menos con el carácter de una garantía constitucional. El agotamiento del interés público en la persecución penal, que sirve de fundamento a la extinción de la acción por prescripción, depende de la pérdida de toda utilidad en la aplicación de la pena que el autor del delito merece por ley. Es absurdo afirmar que el autor de un delito pueda adquirir, al

momento de cometerlo, una expectativa garantizada constitucionalmente a esa pérdida de interés en la aplicación de la pena...”.

Por otro lado, tampoco ha habido un desconocimiento del principio de legalidad como protección de la objetividad, entendida como "no manipulación", que previene contra las decisiones parciales oportunistas.

Efectivamente, la Dra. Argibay se encarga de recordar algunos precedentes:

“...Si bien la Convención sobre Imprescriptibilidad ha sido ratificada por la República Argentina en 1995, ella había sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas ya en 1968 como un eslabón más del proceso que se había iniciado con el dictado de la Carta de Londres en 1946, la que sirvió de base a los juicios de Nüremberg y cuyo artículo 6.c introduce la primera delimitación expresa de los crímenes contra la humanidad. Este proceso continuó con la sanción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15.2, establece el compromiso de juzgar y condenar a los responsables de delitos conforme a principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (la eficacia de la reserva hecha por la República Argentina al ratificarlo se ve debilitada por la posterior aprobación sin reservas de la Convención sobre Imprescriptibilidad), la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968 y, más recientemente, con la organización de los tribunales para juzgamiento de crímenes en la ex Yugoslavia (1993) y Rwanda (1994), así como la aprobación del Estatuto para la Corte Penal Internacional (1998). En el ámbito regional americano, este proceso dio lugar al dictado de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas (1994)...”.

Tampoco puede omitirse la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo (El objetivo inmediato fue el de remover el obstáculo que suponían las leyes nacionales sobre prescripción para el juzgamiento de crímenes cometidos durante el régimen nazi que gobernó Alemania entre 1933 y 1945).

Por ello y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, el voto de la Dra. Argibay se pronuncia por hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos, se declara la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y se confirman las resoluciones apeladas. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

El voto del Ministro Fayt se sostiene sobre los argumentos que los propios legisladores invocaron en oportunidad de la sanción de las leyes de “obediencia debida” y “punto final”, incorporando algunas reflexiones propias de la “aguda pluma” de uno de los más importantes miembros de la SCJ que permanece en ella desde 1983.

El estudio del presente voto adquiere relevancia porque ubica en los fundamentos de su decisorio, el valor del precedente de la propia SCJ, la vigencia de sus definiciones y argumentos que el Poder Ejecutivo Nacional y los legisladores que sancionaron las disposiciones mantuvieron en 1893/1987. Comienza por pronunciarse en torno a la procedencia o no del recurso extraordinario intentado y puntualiza que las resoluciones recurridas en tanto importan la restricción de la libertad del imputado son equiparables a sentencia definitiva, según la propia doctrina de la SCJ. Que en el análisis del cumplimiento de los requisitos propios del recurso extraordinario, “...el tribunal a quo no constituye en los términos del art. 14 de la ley 48 el superior tribunal de la causa. En efecto, la naturaleza de las cuestiones que se debaten en el sub examine revela una clara especificidad cuyo abordaje por la Cámara Nacional de Casación Penal garantizaría seguramente un producto más

*elaborado. Por otra parte, ante ella podría encontrarse la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema*⁷¹.

Admite la intervención de la instancia casatoria, en atención a la aptitud de los recursos previstos para obtener aquella reparación, que pueden ser planteados ante los jueces especializados."...Y, obvio es decirlo, este particularismo no enerva sino acentúa, el reconocimiento a los magistrados de todas las instancias de su carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la Ley Fundamental, sin perjuicio de la eventual intervención de esta Corte como su intérprete y salvaguarda final..."

De todo ello cabe concluir que la intervención de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso, lejos de constituir un obstáculo a las garantías del imputado en el proceso penal, importa el aseguramiento de su ejercicio pleno, por lo que, la cuestión previa acerca del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario, en la interpretación del Dr. Fayt, debe ser respondida negativamente.

Sin embargo, "...toda vez que el voto de la mayoría en una decisión previa obliga a la minoría en todo tribunal colegiado, resulta improcedente que ésta se niegue a intervenir, dejando desintegrada a la Corte"⁷². Por lo tanto corresponde pronunciarse sobre el mérito de los recursos extraordinarios interpuestos..."

Al respecto, señala "...que el recurso extraordinario es inadmisibile en cuanto al agravio fundado en la falta de legitimación del presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales para ejercer el rol de querellante en el proceso que aquí se trata, pues esta Corte tiene establecido que la decisión que rechaza la excepción de falta de acción y acepta el rol de parte querellante no constituye sentencia definitiva, en tanto no pone término al pleito ni impide su continuación...Si bien se ha hecho excepción a esta regla cuando la sentencia apelada puede causar un agravio de insusceptible reparación ulterior, en el caso no se verifica un supuesto de tal naturaleza ya que la circunstancia de que el impulso procesal se encuentre en cabeza de otros querellantes así como del representante del Ministerio Público Fiscal, pone de manifiesto que ~de momento~ cualquier decisión que se adopte sobre este planteo sería indiferente para alterar la situación del imputado..."

En este sentido, Fayt subraya que sin perjuicio del alcance otorgado por la cámara a quo a la figura del querellante contemplada en la actualidad por el art. 82 del Código Procesal Penal de la Nación, "...la recurrente no ha logrado demostrar el modo en que su situación procesal ha sido perjudicada a raíz de la petición efectuada por este querellante en el sub lite para que se declare la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, si se tiene en cuenta que un planteo de esa naturaleza estaba ínsito en el requerimiento fiscal que incluyó en el objeto del proceso la investigación de los delitos cometidos a raíz de la detención y desaparición de José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik; máxime cuando con particular referencia a la declaración de inconstitucionalidad de normas inferiores a la Ley Fundamental, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal ha adoptado como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio"⁷³.

Fayt asevera que todo ello demuestra que la ineficacia de la decisión torna innecesario en el actual grado de desarrollo del proceso, el pronunciamiento del Tribunal por falta de gravamen actual.

El Ministro Fayt, en su voto, parte por referir, y que "...a este fin no puede soslayarse que con posterioridad al dictado de las resoluciones recurridas se sancionó la ley 25.779 (publicada en B.O. del 3 de septiembre de 2003), cuyo art. 1º declaró insanablemente nulas a las leyes conocidas como "de punto final" (23.492) y obediencia debida (23.521).

⁷¹Fallos:318:514, in re "Giroldi", ya citado.

⁷² Fallos: 310: 2845

⁷³ Fallos: 324:3219; causa B.1160.XXXVI "Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra", de fecha 19 de agosto de 2004)

Debe recordarse que las mencionadas leyes ya habían sido derogadas por la ley 24.952 (publicadas en el B.O. el 17 de abril de 1998). Esta situación plantea en primer lugar un problema básico para la teoría del derecho, pues el Poder Legislativo pretendió declarar la nulidad de "algo" que no existía, en tanto ya había sido eliminado del mundo jurídico por un acto formal de derogación. En efecto, es de toda lógica que la "declaración de nulidad" supone que la norma existe y que es válida; si no hubiera norma válida, el acto del órgano que declara la nulidad no habría tenido objeto⁷⁴.

Es cierto que el Poder Judicial puede declarar inconstitucional una norma derogada pero, precisamente, éste puede hacerlo cuando excepcionalmente debido a la ultraactividad otorgada por otra norma, la ley inexistente resulta aplicable al caso en el que el tribunal debe ejercer el control de constitucionalidad. En cambio, el Poder Legislativo como órgano creador de normas, tiene a éstas como su único objeto y no regula, por tanto, la conducta de los particulares. Eliminada la norma, carece el Poder Legislativo de objeto sobre el que declarar su nulidad, en tanto la ley derogada no se encuentra en los órdenes jurídicos subsecuentes a su derogación. El principio de ultraactividad no restituye la existencia a la norma derogada; tal como se afirmó, dicho precepto sólo se circunscribe a la aplicación de la norma en un caso concreto y no puede derivarse de allí la existencia de "efectos" sobre los que el legislador puede operar. No existe, entonces, otra posibilidad de privar de eficacia ultraactiva a una norma derogada, que su declaración judicial de inconstitucionalidad.

Una cuestión diferente, aunque íntimamente relacionada con la anterior, consiste en determinar si respecto de una norma vigente, puede el Congreso de la Nación declarar su nulidad, la que debe entenderse como su "derogación retroactiva". Se ha afirmado precedentemente que una norma derogada puede ser ultraactiva, corresponde ahora examinar si una norma derogatoria puede ser retroactiva.

Resulta indudable que entre los motivos por los cuales el Poder Legislativo puede derogar una norma, se encuentra el de que la considere en pugna con la Constitución Nacional. Es claro, también, que los legisladores sancionaron la ley 25.779 por considerar en su mayoría que las leyes de "punto final" y "obediencia debida" resultaban violatorias de diversas cláusulas constitucionales (tal como puede observarse en su debate parlamentario). Sin embargo, una cuestión muy distinta es que pueda hacerlo retroactivamente, sea cual fuere el motivo al que esa "derogación" obedezca.

Por ello, Fayt manifiesta "...*Que la derogación sólo puede operar para el futuro y no puede afectar o modificar "situaciones previamente existentes a la entrada en vigor de la norma derogatoria...por razones de seguridad jurídica..."*. En efecto, la eficacia normal de las normas derogatorias es únicamente respecto a las situaciones que nacen con posterioridad a su entrada en vigor y no pueden operar retroactivamente pues...no regulan las conductas de los particulares, en consecuencia, solamente operan para el futuro puesto que son reglas de aplicación de otras normas". El "*principio general de no retroactividad de los efectos de la derogación se dirige a las autoridades, pues su fin es evitar los abusos que se pudieran producir por la anulación de actos creados válidamente con anterioridad*". Es por ello que "*(l)a derogación además de impedir...la aplicación subsiguiente de la norma, preserva su pertenencia al sistema jurídico sin afectar situaciones creadas...*".

Con esta pretendida "derogación retroactiva", el Poder Legislativo se estaría atribuyendo una potestad que no tiene ningún poder constituido de la República, en tanto tampoco puede el Poder Judicial anular leyes en un sistema de control de constitucionalidad difuso; los jueces sólo pueden declarar la inconstitucionalidad para un caso concreto (así como el órgano creador de normas no puede anularlas, el que las controla no puede derogarlas). No debe olvidarse que en el Reino Unido, es el propio Parlamento el que dicta la Constitución y por ende no es necesario ejercer control alguno sobre la constitucionalidad de las leyes, por lo tanto las consecuencias que de ello

⁷⁴ Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Eudeba, Buenos Aires, 21ª. edición, 1991, pág. 159, citado por Fayt

derivan no pueden lógicamente extrapolarse a un sistema con constitución rígida y poderes públicos limitados.

"...Si de lo que se trata es de utilizar la terminología de la nulidad con el fin de otorgarle efectos retroactivos a la aplicación de la ley derogatoria por considerar que la norma derogada se encuentra en pugna con la Constitución, es claro que esa tarea le está vedada al Poder Legislativo. Aun si se interpretara que para algunos legisladores fue mediante el propio procedimiento de formación y sanción de las leyes "derogadas" que se violó la Constitución Nacional, correspondería también en ese supuesto que sea el Poder Judicial quien lo de-termine respecto de un caso concreto..."⁷⁵.

En efecto, la única vía para privar retroactivamente de efectos a una ley es, de manera exclusiva, la declaración de su inconstitucionalidad que sólo puede hacerse en un caso concreto por parte de un tribunal de justicia. El "Poder Judicial es supremo, y sólo él tiene la facultad de declarar inconstitucional una ley del Congreso, y sólo en este caso puede pronunciar la nulidad; esto es, cuando la ley es contraria a la Constitución"⁷⁶. La facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es exclusiva del Poder Judicial, único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. Lo contrario importaría admitir que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede⁷⁷, haciendo trizas, de este modo, el necesario control interórganos.

Fayt nos recuerda que *"que el poder no se divide, lo que se divide son las competencias.*

La declaración de nulidad constituiría un modo simple de sustraer al Poder Judicial de un efectivo control, por el que pudiera, por ejemplo, arribarse a la determinación de una relación de correspondencia entre la norma y la Constitución Nacional. De este modo se vulnerarían los derechos de los individuos beneficiados por la norma que el Poder Judicial podría considerar adecuada constitucionalmente. Al respecto, cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una garantía del hombre frente al Estado no para que el Estado la oponga frente a un particular que por aplicación de la norma obtuvo un derecho⁷⁸.

Fayt rescata y potencia la facultad de control del Poder Judicial, sosteniendo en primer lugar, que la elección de los jueces es indirecta en segundo grado, y, que por lo tanto si bien no se ha establecido para él la forma de sufragio popular, su poder proviene del pueblo. En segundo término, la circunstancia de que sea un órgano distinto quien controla esa relación de correspondencia que asegura la supremacía constitucional, no es antojadiza y es, precisamente, *"...el fundamento que permite negar el reseñado argumento contramayoritario, pues "una de las funciones centrales de la Constitución es establecer derechos, y los derechos son, por definición, límites o barreras a las decisiones de la mayoría en protección de intereses de individuos. Si no hubiera control judicial de constitucionalidad no se reconocerían, entonces, derechos, ya que no habría límites alguno a las decisiones de la mayoría expresadas a través de órganos políticos como el [Congreso]. La función esencial de los jueces, ejercida sobre todo a través de este mecanismo de revisión judicial de las decisiones mayoritarias, es precisamente la de proteger los derechos de individuos... Por lo tanto, si se reconocen derechos, ello implica conceptualmente aceptar el control judicial de constitucionalidad"*⁷⁹.

Fayt se pronuncia en forma expresa contra la decisión del Congreso de anular las leyes mencionadas, y al respecto, ilustra *"...la presencia, en el caso de la nulidad, y la ausencia, en el caso de la derogación, de connotaciones críticas relativas a los edictos es el resultado de que mientras que en la nulidad ha habido una conducta irregular, en la derogación ha habido sólo un uso regular de poderes normativos...Sostener que una norma es nula significa formular un*

⁷⁵ Fallos: 317:335 (ver disidencia del Dr. Fayt)

⁷⁶ Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina, La Ley, Buenos Aires, ed. actualizada, 1991, pág. 261

⁷⁷ Fallos: 269:243 in re "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal"

⁷⁸ Bidart Campos Germán, La derogación de la ley de amnistía 22.924, ED 110/340

⁷⁹ Nino, Carlos. Fundamentos de Derecho Constitucional, ed. Astrea, Buenos Aires, 2da. reimpresión 2002, pág. 679

juicio normativo crítico que, básicamente, se traduce en la idea de que, la norma...(n)o es integrable dentro de la autoridad unitaria del Derecho. Esta es la razón por la que el juicio de nulidad lleva aparejado la consideración de que la norma nula no debería ser aplicada en la resolución de ningún tipo de caso. Además, el juicio de nulidad tiene también connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa que dictó la formulación de la norma de la que la norma nula deriva, pues implica sostener que dicha autoridad fue más allá de los límites de su poder normativo violando el deber general de sumisión al orden jurídico en su conjunto...nada de todo eso está presente en el juicio de que una norma ha sido derogada.

La nulidad sólo puede tener su origen en connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa que dictó la norma cuestionada, circunstancia que fue negada al sancionarse en el año 1998 la derogación de esa misma norma, en tanto implicó, precisamente, la aceptación contraria. En dicha oportunidad, por lo demás, el Poder Legislativo sancionó la norma derogatoria, teniendo en cuenta el texto de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el art. 29 de la Constitución Nacional, y al mismo tiempo afirmó que sin embargo "el principio de aplicación de la ley penal más benigna haría estéril una nueva imputación a quienes violaron elementales derechos humanos"⁸⁰.

No es válido el argumento que pretende legitimar la ley 25.779 con invocación del antecedente de la ley 23.040, por la que se declaraba insanablemente nula la ley 22.924 conocida como de "pacificación nacional" dictada por el propio gobierno de facto presidido por Bignone. Al respecto cabe recordar lo dicho por la SCJ al expedirse sobre la validez de la ley 23.040 en cuanto a que si bien se ha reconocido por razones de seguridad jurídica la continuidad en los gobiernos de jure de la legislación de los gobiernos de facto y el poder de éstos de realizar los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines; ello ha sido, sin perjuicio de rechazarla o privarla de efectos, cuando tales normas configurasen un evidente abuso de poder frente a las garantías y derechos esenciales de los individuos, o bien un palmario exceso en el uso de las facultades que ejercitaran los poderes públicos que se desempeñasen en sustitución de las autoridades legítimas...en este sentido, **la ley de facto 22.924 es el resultado del abuso del poder**, porque no sólo se aparta del [entonces] artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional, sino que también contraría...la esencia de la forma republicana de gobierno y la consiguiente división de poderes⁸¹, lo que entronca con el principio de que 'la validez de las normas y actos emanados del Poder Ejecutivo de facto está condicionada a que, explícita o implícitamente, el gobierno constitucionalmente elegido que le suceda, la reconozca.⁸²

Por lo demás, es claro que la ley 23.040 en modo alguno implicó un supuesto de autocontrol. Por el contrario consistió en la reacción de un poder constitucional frente a una norma que pretendió utilizar la misma estructura estatal que posibilitó la comisión de delitos y su ocultamiento, para su autoexculpación. Estas diferencias con las leyes de "punto final" y "obediencia debida", a juicio de Fayt, tornan inhábil la pretendida comparación.

Después del análisis que hemos sintetizado sobre la ilegitimidad del Congreso para declarar la nulidad de una ley y, en la especie, de una ley previamente derogada, el Ministro Fayt se adentra en el desarrollo de los fundamentos relacionados con la declaración de inconstitucionalidad de las mencionadas leyes.

La ley 23.492, "de punto final", preveía en su artículo primero un plazo de 60 días para procesar a militares sospechados de cometer crímenes de Estado (ley que dio lugar a la interposición de un sinnúmero de denuncias con el fin de evitar la extinción de la acción penal). A su vez, la ley 23.521, "de obediencia debida", establecía diversos niveles de responsabilidad entre los sujetos

⁸⁰ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Reunión 7a. del 24/3/98, pág. 882 y Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, Sesión 5a. del 25/3/98, págs. 1438 y 1442

⁸¹ Fallos: 309:5 y 1692

⁸² Fallos: 306:174 y sus citas

involucrados: por el art. 1º presumía sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias no eran punibles por los delitos [que habían cometido desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983, en las operaciones emprendidas por el motivo alegado de reprimir el terrorismo] por haber obrado en virtud de obediencia debida. El segundo párrafo preveía que la misma presunción sería aplicada a los oficiales superiores que no hubiera revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, si no se resolvía judicialmente antes de los 30 días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes ilícitas.

En tales casos se debía considerar de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

Esta ley *"creaba una casi irrefutable defensa para oficiales de mediano y bajo rango...la reinterpretación propuesta creaba una presunción iuris tantum de que, salvo que la gente tuviera autoridad para tomar decisiones, todos los que invocaran la defensa de la obediencia debida habían creído, erróneamente, que las órdenes eran legítimas dados una intensa propaganda y un clima general de coacción"*⁸³.

El personal excluido de esas previsiones, es decir, aquellos que sí se habían desempeñado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria y aquellos oficiales superiores que sin serlo se hubiera determinado judicialmente que poseían capacidad de decisión o que habían participado en la formulación de las órdenes, seguían enfrentando la posibilidad de castigo penal.

Fayt recuerda, entonces, que la SCJ *"ya ha afirmado la validez constitucional de la ley 23.521 in re "causa incoada en virtud del Decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional"*⁸⁴, conocida como *"causa "Camps"*; así como también en otros fallos⁸⁵. En la causa *"ESMA"*⁸⁶ se estableció además que la alegada vigencia de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes no la alteraba, por tratarse de una norma *ex post facto* y por lo tanto inaplicable (voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracchi)...Esas decisiones fueron acordes con la línea trazada por esta Corte desde la célebre causa 13/84, conocida como la **"causa de los comandantes"**⁸⁷. Esta circunstancia y la naturaleza de las leyes que aquí nuevamente se cuestionan (tan ligadas a la vida institucional de la Nación), imponen que antes de considerar los argumentos invocados tanto en la sentencia apelada como en el dictamen del señor Procurador General, el Tribunal repase esa línea jurisprudencial, así como las circunstancias históricas en las que se enmarcaron sus anteriores decisiones. Esto posibilitará una cabal comprensión del problema, lo que permitirá, a su vez, evaluar adecuadamente tanto los argumentos de la sentencia recurrida cuanto los de los apelantes.

La SCJ condenó, oportunamente, a Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini por los hechos que ut infra se detallarán. De ese modo la República Argentina se convirtió en uno de los pocos países del mundo que sin recurrir a tribunales internacionales implantados ad hoc juzgó y condenó a los máximos responsables del terrorismo de Estado, decisión cuyo valor preventivo respecto de la repetición de violaciones a los derechos humanos no debe ser subestimada.

⁸³ Nino, Carlos, Juicio al Mal Absoluto, ed. Emecé, 1997, págs. 117 y 158

⁸⁴ Fallos: 310:1162

⁸⁵ Fallos: 311:80, 715, 728, 734, 739, 742, 743, 816, 840, 890, 896, 899, 1042, 1085, 1095 y 1114; 312:111; entre muchos otros

⁸⁶ Fallos: 311:401

⁸⁷ Fallos: 309:5 y 1689, ya citado

En oportunidad de dictarse el fallo mencionado se señaló que debían ser condenados quienes dieron las órdenes que posibilitaron la comisión de delitos por parte de los subordinados, estableciendo un aparato organizado de poder que controlaba de principio a fin el curso de los acontecimientos (voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689). Las conductas aberrantes que fueron merecedoras de reproche penal consistían en capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia, conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado, el secuestro y el lugar de alojamiento; y dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente.

Actualmente puede encontrarse una precisa descripción de la repugnante metodología utilizada, en el Reglamento RC/9/1 del Ejército Argentino denominado "Operaciones contra elementos subversivos" del 17/12/1976, instrumento que al momento de dictarse la sentencia en el "juicio a las juntas" (y hasta hace poco tiempo) permaneció oculto y que aun conserva un "carácter reservado". Sin perjuicio de ello, en dicha oportunidad, pudo concluirse que existieron órdenes secretas, las que se evidenciaron en virtud de la metodología empleada y la reiteración de los delitos por parte de los autores materiales⁸⁸.

La condena tuvo como base fáctica lo ocurrido en lo que puede describirse como la "segunda etapa" de la lucha contra la subversión, es decir aquella que (pese al éxito que para fines de 1976 había tenido la lucha armada directa con el fin de neutralizar y/o aniquilar el accionar subversivo) se extendió al plano ideológico en todos los sectores de las estructuras del país. De ese modo se facultó a las Fuerzas Armadas para actuar no ya sobre el accionar subversivo, sino sobre sus bases filosóficas e ideológicas así como sobre sus causas políticas, económicas, sociales y culturales⁸⁹.

La instrumentación de este plan possibilitó (tanto en la sentencia de la cámara como en tres de los votos confirmatorios) la condena de los imputados, tomándose como base el supuesto específico de **autoría mediata** (mittelbare Täterschaft) a través de **un aparato de poder organizado** (Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate) creado por Claus Roxin, un distinguido profesor alemán, citado por Fayt.

En la causa 13/84 se precisó que el desmedido poder de hecho y la incontrolada capacidad legisferante alcanzados por los acusados (miembros de la Junta Militar) pudo mover a sus subordinados a una obediencia cuyos límites les eran muy difícil de precisar, tanto subjetiva como objetivamente, circunstancia que no puede dejar de valorarse, y que en la medida que aleja responsabilidades respecto de quienes cumplieron órdenes, hacen más serio el cargo que cabe efectuar a quienes, desde los mandos más altos de la Nación, utilizaron el mecanismo de subordinación característico de las instituciones militares, con finalidades repugnantes a los fines que en situaciones normales debían animar a aquéllas⁹⁰.

El dominio del curso de los acontecimientos por el superior limitaba el campo de decisión autónoma del subordinado y reducía a proporciones mínimas la posibilidad de acceder a la licitud de la orden emitida, máxime si el deber de obediencia, fundamento de los ejércitos, constriñe al subordinado a riesgo de sanciones explícitas⁹¹.

⁸⁸ Considerando 8° del voto del juez Fayt

⁸⁹ Fallos: 309:5 y 1689 con cita de la directiva 504/77, ya citado. Ver voto Dr. Fayt

⁹⁰ Fallos: 309:5 y 1689 ya citado. Ver Considerando 24 voto Dr. Fayt. Citado también por el señor Procurador General en su dictamen de Fallos: 310:1162.

⁹¹ Ver considerando 17 del voto de juez Fayt; cit. asimismo por el señor Procurador General en su dictamen de Fallos: 310:1162

En la sentencia que estamos comentando y que forma parte del voto del Ministro Fayt, éste menciona que la norma de facto dispuesta por Bignone de "autoanmistía", *vedaba a los jueces toda posibilidad de investigación y sanción, en tanto quedaban directamente impunes hechos aberrantes y no discriminaba la responsabilidad que en diferentes grados pudiera recaer en algunos de los hombres de las instituciones armadas.*

La SCJ se pronunció por la validez constitucional de la ley de obediencia debida, validez que se afirmó tanto por su origen como por su contenido⁹², circunstancias que la diferenciaban claramente de la Ley de Pacificación Nacional⁹³.

En la causa "Camps", la mayoría del Tribunal fundamentó su decisión en el respeto irrenunciable al principio de división de poderes. Se recordó que la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las facultades que incumben a los otros poderes. Se enfatizó que esto era especialmente así cuando el Congreso de la Nación ejercía su elevada función de lograr la coordinación necesaria entre los intereses, del modo que prevalezca el de la comunidad toda "...*No incumbía, por lo tanto, al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones propias de los otros poderes del Estado...*".

Las leyes, en cuanto sus efectos, mantenían validez: "...*el hecho seguía siendo punible para los oficiales superiores que hubieran revistado a la época de los sucesos como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, o para aquellos que, aun cuando no desempeñasen tales funciones, hubieran tenido capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes ilícitas...*".

El señor Procurador General en su dictamen en la causa "Camps", se pronuncia también por la constitucionalidad de la ley de obediencia debida, que ésta no supone en modo alguno sustraer de los jueces las causas en las que intervienen (a diferencia también de la ley de Pacificación Nacional) ni afecta la tarea de juzgar acerca de la eximente de obediencia debida

En efecto, en cada caso debía considerarse si los imputados participaron en la elaboración de órdenes o tuvieron el poder de decisión como para enervarlas, a los efectos de determinar si les alcanzaban los beneficios de la ley 23.521, es decir si participaron en la confección de la estrategia de la que aquellos hechos resultaron y si su comisión resultó de su propia decisión

Debían, entonces, configurarse ciertos requisitos para que correspondieran las eximentes, en tanto no se trataba de una obediencia "ciega", lo que hubiera resultado insostenible a la luz de la naturaleza de los sujetos participantes en la relación de subordinación, que por ser seres humanos disponen de un margen irreductible de libertad

La solución legal no dejaba impunes los delitos juzgados, sino que variaba el centro de imputación hacia otros sujetos, que en una porción de los casos incluso ya habían respondido penalmente. En efecto, tal como señaló el señor Procurador General al emitir su dictamen en la causa mencionada, "*la ley no desafecta de punibilidad delito ninguno. Tal cosa, no puede inferirse en absoluto de la circunstancia de fijar sólo la responsabilidad de su comisión en la persona del superior que dio la orden a través de la cual dichos delitos se consumaron, impidiendo la extensión de esa responsabilidad a quienes en razón de la obediencia debida están eximidos de ella, empero la ley que nos ocupa no tiende a excluir el procesamiento de los responsables*"⁹⁴.

Dicho esto, Fayt se interroga acerca de los "...*nuevos argumentos que conducirían a una revisión de lo expuesto...*", señalado por el a quo y el Sr. Procurador General de la Nación, en la presente causa: **¿cuáles de ellos son los que en definitiva determinaron un alejamiento tan drástico del precedente con aptitud para conducir a propiciar una solución contraria?**

Para arribar a la declaración de inconstitucionalidad de las normas en cuestión el a quo debió sortear un primer impedimento: el de la prescripción de la acción penal. Para sostener la aplicación

⁹² Fallos: 310:1162 in re "Camps", ya citado.

⁹³ Fallos: 309:5 y 1689, ya citado

⁹⁴ Fallos: 310:1162, dictamen del señor Procurador General

del principio de imprescriptibilidad sostuvo que los hechos imputados en la causa se relacionaban directamente con el delito de desaparición forzada de personas, que a partir de la aprobación de la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" fue normativamente caracterizado como crimen de lesa humanidad y por lo tanto imprescriptible.

Para Fayt, *"...la elaboración realizada por el a quo en torno al concepto de desaparición forzada de persona asignada a hechos como los aquí investigados, vulnera el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional, respecto de dos de las prohibiciones que son su consecuencia. En efecto, la norma internacional sobre la que reposa la caracterización de tal delito, no responde a la doble precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar y, además, no cumple con el requisito de ser la lex praevia a los hechos de la causa."*

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas define, en forma expresa, en su artículo segundo el concepto del delito al cual las partes deberán ajustarse, a la par que el artículo tercero 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 de persona y fijarle una pena apropiada. Para ello, en el Congreso de la Nación obran proyectos en estado parlamentario, que establecen la tipificación del delito de desaparición forzada de personas que a la fecha de la sentencia que comentamos no tiene sanción e incluso, Fayt menciona que *"...resulta ilustrativo respecto de los inconvenientes que la tipificación (del delito de desaparición forzada de personas) conlleva en el (respectivo) debate parlamentario en el H. Senado de la Nación..."* Por lo tanto, concluye Fayt, *"...no puede predicarse que la Convención haya contemplado un tipo penal ajustado al principio de legalidad entendido por inveterada jurisprudencia de esta Corte como aquel que exige para su configuración la doble determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar..."*

A lo anterior debe sumarse que la aplicación de la Convención a los hechos de la causa, tampoco cumple con el requisito de lex praevia exigido por el principio de legalidad, en tanto aquélla no se hallaba vigente en el momento de comisión de los hechos. *"...Al respecto, reiteradamente ha dicho 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..."*

En efecto, debe existir una ley que prohíba o mande una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido y que además se determinen las penas a aplicar⁹⁵. Consecuentemente, de dicha norma constitucional, que consagra el principio nullum crimen, nulla poena sino lege praevia se deriva que la ley penal no puede ser retroactiva en cuanto a la descripción del tipo legal ni en cuanto a la adjudicación de la sanción.

Fayt es terminante *"...Sin embargo, ni aun admitiendo que el delito de desaparición forzada de personas ya se encontraba previsto en nuestra legislación interna como un caso específico del género "privación ilegítima de libertad" de los arts. 141 y, particularmente, 142 y 144 bis del Código Penal, la solución variaría en modo alguno, pues la aplicación del principio de imprescriptibilidad previsto en la citada Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a hechos anteriores a su entrada en vigor (art. 7°), seguiría resultando contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal que establece el principio de legalidad. Resulta, a su vez, inexplicable que la cámara omita considerar en su razonamiento que es la propia Convención sobre Desaparición Forzada de Personas la que establece en su art. 7°, párrafo segundo, que cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior (se refiere a la imprescriptibilidad), el período de prescripción deberá ser igual al delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte. Y qué es el art. 18 de la Constitución Nacional, sino un norma de carácter fundamental."*

⁹⁵ Fallos: 304:892

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad tampoco resultaría aplicable, pues si bien fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, recién fue aprobada por el Estado argentino mediante la ley 24.584 (publicada B.O. 29 de noviembre de 1995). Al respecto debe señalarse que existen 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. Por otra parte, el delito de desaparición forzada de personas no conformaba el elenco de crímenes de guerra y de lesa humanidad al que aludía el art. 1° a y b de la Convención. Sobre la cuestión cabe destacar que en el Documento de Trabajo para un "Instrumento Internacional Jurídicamente vinculante sobre desapariciones forzadas" de las Naciones Unidas ~Ginebra 4 al 8 de octubre de 2004~ se ha propuesto que en su preámbulo se establezca que la desaparición forzada "constituye un delito y, en determinadas circunstancias, un crimen contra la humanidad" (ver así también la proposición de la presidencia de fecha 6 de febrero de 2005).

Con respecto al principio de imprescriptibilidad 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.

Como se afirmó en el caso "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, causa N° 259"⁹⁶, en la disidencia del juez Fayt "...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 puede ser aplicada al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio *nullum crimen sine poena*...".

Por ello la aplicación al sub examine de la "Convención sobre Imprescriptibilidad" también resulta contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal, como corolario del principio de legalidad ya formulado.

Fayt sostiene en su voto, amén de las diferencias que hemos puntualizado con la mayoría, a) la supremacía del art. 27 de la ley fundamental que harían inaplicable, en el caso, la "Convención sobre Imprescriptibilidad" y la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" y b) el alcance de la interpretación que debe darse a la expresión "...en las condiciones de su vigencia...", frente al "ius cogens" invocado por los Ministros de la mayoría.

Al respecto, Fayt nos dice:

"...De conformidad con el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, el mencionado Pacto se incorporó "en las condiciones de su vigencia". Esta pauta indica que deben tomarse en cuenta las reservas y aclaraciones que nuestro país incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación internacional. 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, lo que como luego se verá se condice con la importancia y necesidad de "un margen nacional de apreciación" (reserva del Estado argentino al ratificar el Pacto el 8 de agosto de 1986; art. 4° de la ley 23.313; al respecto ver también las manifestaciones del representante de la delegación argentina, doctor Ruda en el 15° período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales, 3ª comisión, sesiones 1007ª y 1009ª del 31 de octubre de 1960 y 2 de noviembre de 1960, respectivamente)..."

"...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.

⁹⁶ A.533 Tomo XXXVIII

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"⁹⁷.

Al respecto, nos dice Fayt, cabe recordar que en el sistema constitucional argentino esta previsión determina que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución: "...*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 ~ante 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 inadmisibile "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...En efecto, sólo una reforma constitucional que modificara los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional, podría alterar este estado de cosas..."

Para Fayt, tomando en consideración la doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos que se reconoce actualmente como "margen nacional de apreciación", acentúa la existencia de una 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 internacional⁹⁸.

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, nos dice Fayt, "...*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*

⁹⁷ Joaquín V. González, op. cit. , volumen IX, pág. 52

⁹⁸ 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. Tra-vaux préparatoires, París, 2001, pp. 79 y siguientes.

"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..."

"...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. En este sentido, cabe recordar 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..."⁹⁹. Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación.

Para Fayt "...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..."

Fayt a continuación, como fundamento de su voto, desarrolla los antecedentes que la propia SCJ ha mantenido a partir del leading case "S.A. Martín & Cía. Ltda.", sentenciado en el año 1963¹⁰⁰. En esa oportunidad, conforme lo expusimos en el presente case book y en nuestra obra "La Interpretación Judicial de la Constitución Nacional", 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.

Esta etapa se extendió hasta el año 1992, oportunidad en la que la Corte Suprema reelaboró su postura in re "Ekmekdjian"¹⁰¹. 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 confería primacía a los tratados internacionales sobre las normas internas.

En el voto mayoritario de dicho fallo, 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. La aplicación del mencionado fundamento normativo imponía, entonces, a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con una norma interna contraria.

⁹⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, 28° período de sesiones, Documentos Oficiales, 2187 sesión plenaria, 3/12/ 73, Nueva York, pág. 4.

¹⁰⁰ Fallos: 257:99, ya citado.

¹⁰¹ Fallos: 315:1492, ya citado.

“...Mas esto no significa en modo alguno...”, nos dice Fayt, “...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...”.

La reforma constitucional de 1994 consolidó dicho temperamento, al incorporar las declaraciones y los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, 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 gozaban 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. 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.

Para Fayt, en consecuencia, “...es al Poder Judicial a quien corresponde mediante el control de constitucionalidad realizar ese juicio de comprobación...”.

Inmediatamente después de la reforma constitucional, la SCJ tuvo la oportunidad de resolver el caso **"Cafés La Virginia S.A."**¹⁰², 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.

En la causa **"Fibrica Constructora S.C.A."**¹⁰³, 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"*.

“...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"¹⁰⁴.

Por eso, Fayt 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*

¹⁰² Fallos: 317: 1282

¹⁰³ Fallos: 316:1669

¹⁰⁴ Fallos: 319:3148 in re “Monges”, ya citado.

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)...".

Pero dice más: *"...el juicio de comprobación, resulta inaplicable en lo que respecta a la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", no así al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda vez que aquél es uno de uno de los instrumentos a los que se refiere el párrafo tercero del art. 75, inc. 22, es decir aquéllos cuya jerarquía constitucional ni siquiera ha sido otorgada por el poder constituyente, sino por un poder constituido (ambas cámaras del Congreso con mayoría especial). Resultaría aun más intolerable que un tratado de la categoría descrita desconociera principios infranqueables de nuestra Ley Fundamental, reformándola a extramuros de la técnica constitucional establecida en el art. 30 citado.*(el subrayado es mio).

Tomando como referencia ineludible, el dictamen del Sr. Procurador General en la causa "Cabrerá", 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".*

De lo afirmado hasta aquí, Fayt ensaya una categorización de las normas en el el marco del art. 31 de la Constitución Nacional. *"...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, en lo que al caso interesa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro, tercer párrafo del art. 75, inc. 22, (hasta el momento, precisamente, 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.*

No se limita a ello. Delata, en su interpretación, el alcance interpretativo del caso "Arancibia Clavel", por la cual *"...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).*

Sentado los criterios que hemos comentado y sintetizado, Fayt elabora su postura en torno a los principio de legalidad e imprescriptibilidad.

"...La Corte Interamericana jamás ha afirmado expresamente que para cumplir con el deber de garantía 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.

Admite, reconoce y comparte que la ratificación de los tratados internacionales constituyó una "afirmación" de principios tutelares decididos por la comunidad internacional mucho antes de la fecha del acto normativo interno. *"...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...".*

Sin embargo, sostiene Fayt, *"...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, estricta no analógica y, concretamente en*

relación al sub lite, escrita no consuetudinaria. Sintetizando: las fuentes difusas como característica definitoria de la costumbre internacional, son también claramente incompatibles con el principio de legalidad.

Con referencia al derecho de gentes, insiste, manteniendo el criterio adoptado con respecto al límite infranqueable del art. 27 de la C. Nacional, que no cabe interpretar que éste tenga preeminencia sobre el derecho interno del Estado argentino. "...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...".

La mención en la Constitución del derecho de gentes, sostiene Fayt, 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.

La causa "**Priebke**"¹⁰⁵, no pueden extrapolarse sin más a la cuestión que se debate en el sub lite, nos dice Fayt, dado que se limitó el mencionado precedente, a una solicitud de extradición en el cual rige el principio de colaboración internacional. Es decir, se trata 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 se señala en 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, conforme al art. 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 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.

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 1997) 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 entrega¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Fallos: 318:2148

¹⁰⁶ Werner Goldschmidt, La prescripción penal debe aplicarse de oficio, ED, Tomo 110, pág. 384 y sgtes.

Fayt trae al debate las conclusiones de la Cámara a quo, la cual sostuvo que el criterio de la Corte Suprema de Justicia en los casos "Camps" y "ESMA" merece ser revisado a la luz de su jurisprudencia posterior a 1991, conforme lo resuelto en el caso "Ekmekdjian" y fundamentalmente, por la nueva perspectiva en la valoración de los instrumentos internacionales de derechos humanos. La Cámara concluyó que en virtud de esos nuevos argumentos ya no cabía el rechazo por el que la SCJ se había pronunciado en la causa "ESMA" con respecto a la aplicación de la "Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes" (aprobada por ley 23.338), dado que **excluye la eximente de obediencia debida en el caso del delito de tortura.**

Por otra parte, el cambio de la jurisprudencia tradicional en cuanto a la relación entre los tratados y las leyes, así como a lo previsto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Según el a quo se confirió "primacía al derecho internacional sobre el derecho interno", a lo que debía sumarse la reforma constitucional del año 1994. Esta situación imponía revisar los criterios relativos a la jerarquía de las normas internas y los instrumentos internacionales y modificar los parámetros tradicionalmente utilizados para adaptarlos a la nueva realidad impuesta. Sin embargo, Fayt rechaza dichos argumentos, sosteniendo que no es cierto que haya mudado la interpretación de la SCJ.

"...La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes fue aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. en 1984 y firmada por la República Argentina el 4 de enero de 1985. Poco después fue sancionada la ley 23.338, por la cual el Congreso aprobó el Tratado con fecha 30 de julio de 1986, y el 2 de septiembre de 1986 fue firmado el instrumento argentino de ratificación. La ley fue publicada el 26 de febrero de 1987 y la Convención entró en vigor el 26 de junio de 1987. En su art. 1º define qué debe entenderse por "tortura", mientras que en el art. 2º, inc. 3º, se establece que "no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura". Actualmente ostenta jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo).

"...En la causa "ESMA" este Tribunal afirmó que esta Convención resultaba inaplicable por tratarse de una norma ex post facto más gravosa (voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracch). (no juega aquí tal como pretende el a quo, el principio "legal" de la aplicación de la ley penal más benigna que, por lo demás, merced a la reforma del año 1994 también adquirió jerarquía constitucional, conf. el art. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos...

Ni la nueva jurisprudencia del Tribunal ni la reforma constitucional mencionada permite que la aplicación de tratados internacionales importe vulnerar el principio de legalidad en cualquiera de sus corolarios. Por ello, todos los argumentos desarrollados ut supra respecto de la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" y de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" son aquí directamente aplicables, en tanto ningún presupuesto de la punibilidad puede estar fundamentado en una ley posterior al hecho del proceso..."

El propio Comité contra la tortura indicó respecto del caso argentino, señala Fayt, que "a los efectos de la Convención 'tortura' sólo puede significar la tortura 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..." En similar línea argumental, puede también citarse el caso "Pinochet", en el que 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"¹⁰⁷.

¹⁰⁷ 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 24.3.99, publ. en Investigaciones 2 (1999), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, CSJN, pág. 292 y siguientes; (también citado por el juez Fayt en A.533.XXXVIII. "Arancibia Clavel, Enrique

¿La decisión de la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos" resulta trasladable al estudio de las normas que aquí se cuestionan?

Fayt entiende que no.

Parte del razonamiento de la cámara y del señor Procurador General, y lo sintetiza de la siguiente manera: *las leyes que sustraen a la víctima de protección judicial son violatorias de la Convención Americana, de modo tal que las leyes de punto final y obediencia debida son violatorias de la Convención Americana. Tal conclusión supone partir de una premisa implícita: que las leyes de punto final y obediencia debida sustraen a la víctima de protección judicial.*

En el caso "Barrios Altos" las normas impugnadas eran las leyes peruanas de autoamnistía 26.479 y 26.492 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). Como puede observarse, existen varias diferencias entre las normas allí cuestionadas y las que aquí se impugnan, no sólo por su origen, sino también por sus efectos. En el mismo sentido, cabe destacar que las normas cuestionadas en "Barrios Altos" se asemejan mucho más a la ya nombrada Ley de Pacificación Nacional y sobre la que este Tribunal expresó su más enérgico rechazo hace más de quince años (sin necesitar para ello invocar la existencia de un nuevo paradigma)...".

Existe una diferencia más. Respecto al origen de las normas, no resulta fútil la diferencia que hay entre un perdón emanado de un nuevo gobierno, sobre todo si éste es democrático, que uno que emerge del propio gobierno bajo cuyas órdenes se cometieron los delitos en cuestión. *En primer lugar porque, como se afirmó ut supra, de esta última manera sí logra extenderse el poder ilimitado que antes se tenía. Es por ello que el juez Cançado Trindade considera en su voto concurrente (caso "Barrios Altos") que las autoamnistías son una modalidad perversa (conf. párr. 6). Por otra parte, como se señala en el voto concurrente del juez García Ramírez, las autoamnistías expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos difieren de las amnistías "que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables" (párr. 10).*

Fayt destaca que en la sentencia de "Barrios Altos" el proyecto de ley no fue anunciado públicamente ni debatido; antes bien, se sancionó en cuestión de horas; en cambio, *"...el proyecto de juzgar a los comandantes y a los oficiales de más alto rango, y no a todos los involucrados en las violaciones de derechos humanos, ya formaba parte de la propuesta electoral del año 1983 del candidato presidencial que resultó electo. Así, cabe mencionar el acto público realizado en la Federación Argentina de Colegios de Abogados en agosto de 1983, en el que dicho candidato, que triunfó con el 52% de los votos, diferenció tres categorías de responsabilidad entre los militares involucrados, distingo que fue reiterado, también públicamente, cuatro días antes de los comicios electorales. Al mismo tiempo denunció un pacto secreto de impunidad entre la cúpula militar y dirigentes sindicales. Por su parte, el candidato del que luego resultó el partido opositor, a la sazón quien suscribiera como presidente provisional del Senado en ejercicio del Poder Ejecutivo, los decretos 2770, 2771 y 2772 de noviembre de 1975, complementarios del crucial decreto firmado en febrero de ese mismo año por María Estela Martínez de Perón y sus ministros, conocidos todos como "decretos de aniquilamiento", se había proclamado, tal como dieron cuenta los medios de prensa, partidario de mantener la validez irrestricta de la ley 22.924, de autoamnistía, dictada por el gobierno militar..."*

Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros "causa n° 259", del 24 de agosto de 2004)

Para Fayt las leyes cuestionadas, cumplieron "...*acabadamente con los requisitos de legalidad, legitimidad, validez y vigencia. En ese sentido, debe recordarse que es legítimo un gobierno instituido conforme a las provisiones constitucionales y que un gobierno legítimo es también un gobierno legal cuando actúa conforme a las leyes positivas (el primero se refiere a la investidura, el segundo a la actividad).*

"En efecto, tanto la ley de "obediencia debida" como la de "punto final" tuvieron su origen en proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo de iure que fueron, a su vez, votados por el órgano de creación de normas estatuido en la Ley Fundamental, cuyos integrantes, a su vez, fueron legítimamente elegidos. A ello cabe agregar que la sanción de la ley 23.492 contó con el presentismo casi completo de ambas Cámaras del Congreso, que en la Cámara de Diputados fue aprobada por 125 votos a favor, 17 en contra y una abstención¹⁰⁸, y en el Senado por 25 votos a favor y 10 en contra¹⁰⁹. A su vez, la ley 23.521 fue votada en la Cámara de Diputados por 119 votos a favor y 59 en contra¹¹⁰ y en la Cámara de Senadores obtuvo 23 votos a favor y 4 en contra¹¹¹. Este resultado, por lo demás, fue producto de un consenso entre los partidos más representativos, pluralidad que claramente se infiere de la composición mayoritaria que en el Senado detentaba el partido de la oposición. Por lo demás, de los debates parlamentarios de las ya mencionadas leyes 24.952 y 25.779, derogación y declaración de nulidad, no surge que eventuales vicios congénitos en el proceso de sanción de las leyes cuestionadas, hayan constituido el argumento expulsor que inspiró a la mayoría a sancionarlas.

Tampoco respecto de los efectos, puede trasladarse lo decidido en "Barrios Altos", pues mientras las leyes sancionadas en el caso peruano implicaban la absoluta impunidad de los actos, las leyes argentinas no impidieron que continuaran los procesos contra aquellos a quienes la norma no exoneraba. En efecto, en el año 1989, dos años después de la declaración de constitucionalidad de la ley de obediencia debida en el caso "Camps", casi 400 militares se encontraban bajo proceso y los principales responsables habían sido condenados, conforme lo expuso Carlos Nino en su "Juicio al Mal Absoluto", obra ya citada.

Fayt enfatiza que "...*mientras que en el caso de la Corte Interamericana se afirma que se impidió a las víctimas conocer la verdad de los hechos ocurridos en "Barrios Altos" (ver párr. 47), no puede decirse lo mismo del caso argentino y en especial respecto de los hechos que aquí se imputan: los sucesivos secuestros de Gertrudis Hlaczick de Poblete y de José Liborio Poblete. Ello es así, pues los casos indicados fueron individualizados bajo los nros. 93 y 94 ya en el citado "juicio a las juntas". Allí se describió que Gertrudis Hlaczick de Poblete fue detenida en su domicilio de la localidad de Guernica entre los días 27 y 28 de noviembre de 1978. En la misma fecha se produjo la detención de su esposo José Liborio Poblete. También se consideró probado que se los mantuvo en cautiverio en los sitios destinados al funcionamiento de los centros clandestinos de detención denominados "El Banco" y "El Olimpo", pertenecientes a la Policía Federal, que actuaba bajo el comando operacional del Primer Cuerpo del Ejército. No se dio por probada la aplicación de tormentos aunque sí la imposición de condiciones inhumanas de vida y alojamiento. La privación de la libertad respondió al proceder descrito en el capítulo XX, págs. 285 a 305 de Fallos: 309:5. En efecto, en la causa 13/84 se consignaron los hechos con precisión (como tuvo oportunidad de comprobarlo esta Corte) indicándose "la fecha de ocurrencia del hecho, el lugar donde se consumó, el resultado principal, y a veces, otros secundarios, el sitio donde fue conducida la víctima y aquellos a los que fue trasladada, así como la fecha de liberación en caso de haber tenido lugar" (dictamen del señor Procurador General en Fallos: 307: 1615), tratándose por lo tanto de "hechos precisos, exactos y definidos" (Fallos: 307:2348 in re "Videla"*

¹⁰⁸ Diario de Sesiones, Reunión 63a., 23 y 24 de diciembre de 1986, págs. 7792/7855

¹⁰⁹ Diario de Sesiones, Reunión 36a., 22 de diciembre de 1986, págs. 4499/4668.

¹¹⁰ Diario de Sesiones, Reunión 8a., 15 y 16 de mayo de 1987, págs. 617/787

¹¹¹ Diario de Sesiones, Reunión 7a., 28 y 29 de mayo de 1987, págs. 476/538

voto de la mayoría y voto concurrente del juez Fayt). También se tuvo por cierto que el teniente general Roberto Eduardo Viola, como comandante en jefe del Ejército, a partir del 1° de agosto de 1978, dio órdenes de seguir combatiendo a la subversión, por lo que debía responder por todos los actos delictuosos que durante el lapso de su desempeño en tal carácter se cometieron en forma inmediata por subordinados suyos, y que se adecuan al sistema que ordenó o que, sin integrarlo necesariamente, fueron su consecuencia y los asintió. Ello incluía los hechos de carácter permanente, para los que aún iniciada su comisión antes de que asumiera su comandancia, existían pruebas de que continuaba su ejecución.

No debe soslayarse, dice Fayt, "...que los indultos dictados en los años 1989 (decreto 1002) y 1990 (decretos 2741, 2745 y 2746) exoneraron a decenas de militares de alta graduación, a los comandantes que habían sido juzgados conforme al citado "**Fallos: 309:5**" y a los jefes de policía condenados por esta Corte Camps y Ricchieri. Como se dijo, la Comisión Interamericana en su informe parte de otro conjunto normativo al que en el sub lite se cuestiona y esa diferencia no es banal. Piénsese que si por vía de hipótesis estos indultos no hubieran tenido lugar, es claro que no podría afirmarse tan fácilmente que las leyes impugnadas convertían a los hechos investigados en impunes, y por tanto violatorios de la Convención.

¿Pueden entonces esas leyes devenir inconstitucionales por el dictado de otra norma?

Como pauta hermenéutica cabe plantearse que bien pudo el legislador que votó por las leyes de "punto final" y "obediencia debida", considerar que con su sanción no se producía la situación de impunidad que condenan los tratados internacionales adoptados.

Lanzado a rebatir los argumentos expuestos por el señor Procurador General y el voto de la mayoría, Fayt nos dice "...tampoco logra conmover lo dicho en el precedente "Camps", el argumento del señor Procurador General, quien afirma que por imperio del art. 29 de la Constitución Nacional no son amniables los delitos concretos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público, circunstancia que tornaría inconstitucional la sanción de las leyes 23.492 y 23.521. Para arribar a tal conclusión parte de la premisa según la cual lo prescripto por el art. 29 de la Constitución Nacional no se agota en la prohibición y condena a la concesión y ejercicio de la suma del poder público sino que implica asimismo un límite a la facultad legislativa de amnistiarse tanto a los miembros del Poder Legislativo que hubieran otorgado esas facultades prohibidas como a aquellos que las hubieran ejercido. A partir de esa primera afirmación, concluye según "un desarrollo consecuente del mismo criterio interpretativo" que tampoco los delitos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público son susceptibles de ser amnistiados o perdonados..." (el subrayado es mío).

Trae como referencia la naturaleza propia del art. 29 de la C.N.. Se trata de un tipo penal constitucional, cuyo sujeto activo sólo puede ser un miembro del Poder Legislativo nacional o de las legislaturas provinciales. El texto del artículo es en ese sentido claro. Más elocuentes resultan aun las palabras del constituyente: "*los únicos que p[ueden] conceder las facultades extraordinarias, otorgar sumisiones e incurrir en la pena de los infames traidores a la patria [son] los diputados del Congreso o de la legislatura provincial*"¹¹².

Es decir, de que sólo a los legisladores está dirigida la prohibición y sólo los legisladores pueden ser los sujetos activos de este delito porque justamente lo que se castiga es la traición de aquellos que fueron elegidos como representantes del pueblo y que, apartándose de ese mandato, conceden la suma del poder público. Para traicionar es necesario quebrantar un deber de lealtad.

Esa traición sólo puede ser ejercida por quienes violan la confianza de los contratantes. El bien jurídico protegido es la confianza que los electores depositan en sus representantes. Por ello la necesidad del constituyente de revestir de suficiente coacción la exigencia del acatamiento que deben los poderes políticos al orden constitucional y a la soberanía del pueblo¹¹³.

¹¹² Constituyente Zavalía, debate de la Asamblea General Constituyente, sesión del 25 de abril de 1853.

¹¹³ Fallos: 234:250. Ver dictamen del Dr. Sebastián Soler.

El art. 29 de la Constitución castiga exclusivamente a los legisladores que concedieron facultades extraordinarias o la suma del poder público.

Sin embargo una interpretación más generosa permitiría considerar que quienes ejercieron esas facultades extraordinarias o la suma del poder público concedidos por el legislador también serían pasibles de la sanción que allí se prevé.

Sin embargo, *"...las usurpaciones militares del poder político no pueden subsumirse en ninguna de esas dos figuras. Prueba de la laguna existente en esa materia es la incorporación del art. 36 en la reforma de 1994. Allí se prevé la misma sanción que la del art. 29 para quienes realicen actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, pero de ningún modo identifica las dos situaciones..."*

Ahora bien, esto no significa negar que quienes detentaron la cúspide del aparato estatal entre los años 1976/1983 ejercieron "el máximo control imaginable" (considerando 24 del voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689). Es por ello que aun considerando que las conductas de quienes ejercieron tanto poder pudieran enmarcarse en el art. 29 de la Constitución Nacional, por lo tanto no amnistiabiles, lo que resulta a todas luces inconcebible, es que a partir de allí pueda establecerse un argumentum a maiore ad minus, pues como se dijo bien puede no ser amniable la concesión y el ejercicio de la suma del poder público y *"...sí los delitos cometidos en el marco de ese ejercicio, en tanto lo que seguro escapa al objeto de protección de la norma son aquellos sujetos que no asumieron la suma del poder público. No hay entre quienes ejercen la suma del poder público y quienes cometen delitos en el marco de ese poder una relación de "más" a "menos", pues en ambos casos son bienes jurídicos totalmente distintos los que se lesionan. Aquellos bienes que vulneraron los subordinados no constituyen el objeto de protección del art. 29 de la Constitución Nacional. En el caso de los subordinados ya ni remotamente puede hablarse de traición, en tanto lo que castiga la norma constitucional es, parafraseando a Agnes Heller, la creación misma de la situación política y moral en la que la brutalidad pasa a ser moneda corriente..."*¹¹⁴

Pues bien, la única posibilidad de considerar a los subordinados abarcados por la norma, es asumiendo que ellos también ejercieron la suma del poder público. Empero arribar a esta conclusión sólo es posible incurriendo en una contraditio in adjecto.

La suma del poder sólo es concebible en manos de un individuo o de un pequeño grupo de individuos. Si ese poder está disgregado entre todos los miembros de las fuerzas armadas, entonces ya no puede hablarse de un poder absoluto. Esto no significa negar que un suboficial de la Policía Federal, imputado en la presente causa contase con exageradas atribuciones; lo que es absurdo es pensar que no hubo ninguna clase de subordinación normativa respecto de sus superiores.

Frente a lo expuesto, Fayt expone *"...esa subordinación existió, extremo que posibilitó la condena de los comandantes como autores mediatos a través de un aparato de poder organizado. Como afirma la moderna doctrina alemana: la circunstancia de que en estos casos el "hombre de atrás", a diferencia de los supuestos clásicos de autoría mediata, no dominara en modo directo sino a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional como autor de escritorio, emisor de las órdenes, planificador, es decir una responsabilidad con base en un injusto de organización, en lugar de un injusto individual..."*

En estos casos la autoría mediata se basa en la responsabilidad del superior por los hechos cometidos por sus subordinados en cumplimiento de sus instrucciones con fundamento en el dominio del superior por la especial relación de subordinación militar¹¹⁵.

Si esa subordinación existió, mal puede decirse sin contradicciones que los militares de rango inferior, más allá de la responsabilidad que les cupo en algunos casos, detentaron la "suma del poder".

¹¹⁴ Stephen Shute y Susan Hurley "The Limits to Natural Law and the Parados of Evil," On Human Rights, The Oxford Amnesty Lectures, 1993, pág. 149 ss., citado por Fayt.

¹¹⁵ Ambos Kai, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Vol.9/A, ed. Ad/Hoc, Buenos Aires, pág. 389, citado por Fayt.

Para Fayt, el señor Procurador General *“sigue sin explicarse el salto lógico que significa que los subordinados también se encuentren alcanzados por la norma.*

Fayt tampoco comparte el criterio adoptado por el señor Procurador General cuando considera que la ley 23.521 padece un vicio adicional, en tanto el Congreso no puede indicar que un determinado grupo de personas actuaron justificadamente, lo que es tarea del Poder Judicial.

Para el Procurador General, el Poder Legislativo estableció que no existió un ilícito (porque el hecho típico estaba justificado por una causa de justificación reconocida por el derecho), arrogándose así la función de juzgar hechos particulares, lo que convertiría a la ley de "obediencia debida" en algo peor que una ley de amnistía, en tanto la ley 23.521 no se limita a decir que los hechos no deben ser juzgados sino que predica que los hechos fueron lícitos, no antijurídicos, que fueron justificados.

Fayt concluye *“Lo dicho no significa en modo alguno justificar la aplastante enormidad del horror. No se le escapa a esta Corte que el país necesita desesperadamente recobrar la fe en sí mismo, así como el sentido de su dignidad, para acabar con la frustración, el escepticismo y el colapso moral resultantes de una larga cadena de acontecimientos. (...) De esa manera podrán reconstruir la convivencia, los hábitos de vida civilizada y la solidaridad que ennoblecen la existencia humana...Que para el logro de tan compleja finalidad no debe pasarse por alto que pese al indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados en esta causa, 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. Tal como se señaló en el precedente "Arancibia Clavel" los preceptos liberales de la Constitución argentina deben ser defendidos férreamente a fin de conjurar que el enfoque inevitablemente difuso y artificioso del derecho penal internacional conduzca a la destrucción de aquéllos...”*

En un régimen totalitario se da por sentado que existe un derecho penal para los enemigos en tanto hace a su naturaleza la diferencia entre "amigos" y "enemigos" en la clásica distinción de Carl Schmitt.

Por el contrario en un Estado de Derecho, por definición, no puede admitirse tal distinción entre "ciudadanos" y "enemigos" como "sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos"

“...Los "derechos y garantías fundamentales propios del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material (principio de legalidad...) y procesal penal...son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos concretos extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente como para imponerlo. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado...”

La interpretación de la Constitución Nacional, así como los esfuerzos destinados a asegurar su vigencia, no pueden desentenderse de la realidad viviente de cada época¹¹⁶ por desgarrante que ella haya sido.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General y dadas las particularidades del presente caso (conf. considerando 7º), el Ministro Fayt resuelve en su voto *“...hacer lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revocan las sentencias apeladas con el alcance indicado. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente...”*

¹¹⁶ Fallos: 211:162

El voto de Fayt, en su desarrollo, va respondiendo a todos y cada uno de los argumentos expuestos por sus pares, apelando a la realidad jurídica, incorporando datos de las propias fuentes parlamentarias, jerarquizando la interpretación histórica, preservando una coherencia de contenido con sus anteriores decisiones.

En mi interpretación, Fayt, adopta fuentes doctrinarias como argumento de su voto que no son de aplicación en la actual situación del derecho globalizado. La cita de Joaquín V. González, es una muestra de ello. Sus reflexiones responden más a la concepción de un mundo parcializado en naciones, en las que los tribunales internacionales, las convenciones y los tratados no tenían la fuerza de imperio que hoy ensaya. En la interpretación de los alcances sobre los "principios de derecho público" que consagra el artículo 27 de la C.N. se verifica las grandes diferencias entre el voto de la mayoría y los argumentos de Fayt. Por ello, éste se detiene en la evolución que la SCJ trazó en materia de supremacía constitucional en "Ekmedjian" y guarda resistencia al "ius cogens" en cuanto prevalezca sobre la constitución nacional.

Si analizamos éste último voto, parcializado al fundamento expuesto con referencia a la fuente del derecho internacional, vamos a verificar lo señalado "ut supra".

La lectura de cada uno de los votos y fundamentalmente su cotejo con el expuesto por Fayt, es una herramienta de enorme trascendencia para el alumno en su comprensión del método de casos y la diferenciación entre el obiter y el holding.

EL “C.R.A.C.”¹¹⁷, SU DEBATE Y UN INTERROGATORIO-GUIA QUE COLABORA CON LA COMPRESIÓN DE LOS CASOS EN ANALISIS Y EL DESARROLLO DEL METODO DE CASOS;

Los siguientes interrogantes no estan expuestos caprichosamente sino que mantienen un criterio facilitador en la comprensión de los respectivos fallos analizados en el presente “case book”. La lectura de la causa y la respuesta al interrogante va conformando una guía para el estudiante. Es preciso, en consecuencia, mantener la correlatividad de las preguntas en el orden que estan establecidas y luego verificar que cada uno de los precedentes traza una postura que se repite en cada uno de los votos.

Es importante partir de los hechos que enmarcan la causa, luego aprehender el derecho aplicable al caso, proceder a su análisis, facilitado por el “interrogatorio-guía” y realizar la conclusión.

El docente, en todo este proceso, se transforma en un eficaz maestro que responde a cada una de las dudas, colabora con la comprensión del texto y acompaña al alumno en ese fantástico camino que alienta la búsqueda del conocimiento

- 1) ¿Cuál fue la interpretación que la SCJ hizo sobre la supremacía constitucional hasta el caso “MERCK”?
- 2) ¿Qué señaló la SCJ en los casos “MERCK” y “S.A.MARTIN Y CIA LTDA”?
- 3) ¿En “EKMEKDJIAN C/ NEUSTAD”, que temperamento adoptó la SCJ con referencia a las cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica?
- 4) En “EKMEKDJIAN C/ SOFOVICH”, se sostuvo una postura encontrada con el anterior caso. ¿Porqué?. ¿A quién consultó la SCJ los criterios interpretativos?. ¿Porqué?. ¿Qué importancia tiene la “Convención de Viena? en éste fallo?
- 5) ¿Qué disposiciones introdujo la reforma constitucional de 1994 en materia de fuentes del derecho internacional?
- 6) ¿Quién jerarquiza los tratados de derechos humanos consignados en el art. 75 inc. 22 segundo párrafo de la C. N.?. ¿Existe alguna diferencia entre los citados expresamente por el convencional y los que delega en el legislador?
- 7) ¿La decisión de equiparar los tratados y convenciones con la Constitución Nacional, es un acto político no justiciable?
- 8) El “juicio constituyente” que realiza el convencional en el marco del párrafo segundo del art. 75 inc. 22) es semejante al “juicio constituyente” que hace el legislador en el marco del tercer párrafo del citado artículo?. ¿Cuál es la opinión de Boggiano y de Fayt al respecto?
- 9) ¿Cómo se pronunció la SCJ en los casos “CAFÉ LA VIRGINIA” y “FIBRACA CONSTRUCTORA S.C.A.”?
- 10) ¿Qué hechos se le imputan a Arancibia Clavel?
- 11) ¿Qué dictaminó el Procurador General de la Nación Dr. Nicolás Becerra en el caso “ARANCIBIA CLAVEL”?
- 12) En el citado caso, la mayoría de los Ministros de la SCJ decidieron que la conducta de Arancibia Clavel era considerada “crímenes de lesa humanidad”. Defina el alcance establecido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- 13) ¿Qué convenciones y tratados han sido de aplicación en el citado caso?
- 14) ¿Quién ha sido el Procurador General de la SCJ en “MASSERA” y cual su dictamen en la referida causa?
- 15) ¿Qué dispuso el caso “MIRÁS” en materia de retroactividad y principios de legalidad?
- 16) Determine cual es el diferente alcance y eficacia que le otorgan al caso “PRIEBKE” la mayoría y la minoría de la SCJ para resolver “ARANCIBIA CLAVEL”.

¹¹⁷ “CRAC”= Cuestión planteada al caso+regla de derecho+análisis+conclusión(proceso al que se ve sometido el alumno en el método de casos)

- 17) ¿Cuál es la función primordial del “ius cogens”?
- 18) ¿En cuales de los tres fallos se cita e invoca los casos “Barrios Altos” y “Velazquez Rodriguez”? ¿Qué tribunal resolvió los mismos? ¿Son obligatorias sus decisiones para nuestros tribunales?
- 19) Precise el alcance que al termino “referencia” le otorga el Ministro Dr. Boggiano cuando cita el art. 75 inc. 22 en el caso “ARANCIBIA CLAVEL”. ¿Comparte el criterio con el adoptado en la causa “MONGES”?
- 20) El delito del que es acusado Arancibia Clavel ¿ encuadra en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad?
- 21) ¿Qué crímenes considera imprescriptibles dicha convención?
- 22) Para el Ministro Dr. Maqueda, ¿cuál es el alcance del “ius cogens” y como lo define? ¿Quién califica los delitos de lesa humanidad?
- 23) ¿Qué normas a juicio del Ministro Dr. Maqueda, han admitido y reconocido el concepto de asociación para cometer genocidio?
- 24) Sintetice los argumentos de los votos de la disidencia de cada uno de los Ministros en el caso “ARANCIBIA CLAVEL”.
- 25) ¿Existe una diferente interpretación entre los votos de mayoría y minoría con respecto al valor de las “reservas” que el país hace al aprobar un tratado internacional?. Fundamente su respuesta.
- 26) ¿Quiénes suscribieron por la mayoría y quienes por la minoría en el caso “ARANCIBIA CLAVEL”.
- 27) ¿Cuáles son los hechos del caso “LARIZ IRIONDO, JESUS MARIA”? ¿Qué dispuso el A quo?
- 28) ¿Como calificaron los hechos el A quo y Esteban Righi, en su carácter de Procurador General de la Nación?
- 29) ¿Cómo se ha definido “terrorismo” en las Convenciones y Tratados Internacionales?. Precise los instrumentos internacionales que le han servido de fuentes.
- 30) ¿Qué dispone el art. 2 del “Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas” en cuanto a la definición del delito y la jurisdicción criminal para su juzgamiento?
- 31) ¿Cuáles son a juicio del Procurador General los actos interruptivos de la prescripción invocada por el Sr. Lariz Iriondo?. ¿Cuál es la decisión que aconseja en su dictámen?
- 32) ¿Qué resuelve la mayoría de los Ministros de la SCJ en éste caso?. ¿Cómo califican los hechos?
- 33) ¿Cómo contabilizan los plazos de prescripción?. ¿Qué es el “principio del paralelismo”?
- 34) ¿Cuáles son las dificultades que invocan los Ministros Doctores Maqueda y Zaffaroni en consensuar internacionalmente el concepto de “delito de terrorismo”? ¿El “terrorismo de Estado” no se asimila al “terrorismo de organizaciones no estatales”?
- 35) ¿Existe alguna diferencia entre “LARIZ IRIONDO” y “PRIEBKE”, en materia de extradición?
- 36) ¿Cuál es el argumento principal de los votos de los Ministros Doctores Belluscio y Fayt?
- 37) ¿Cuál es el argumento del Ministro Doctor Boggiano para disentir con la mayoría y coincidir con el dictámen del Procurador General?
- 38) ¿Cómo define al “terrorismo” el Ministro Doctor Boggiano y que instrumentos internacionales invoca como fuente?. ¿Es un delito de lesa humanidad?
- 39) ¿En que consistieron los crímenes reputados “contra la humanidad” efectuados por Julio Simón, según la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires?
- 40) ¿Cuáles fueron los argumentos de la recurrente en su “expresión de agravios” en el caso “SIMON”?
- 41) Conforme al dictámen del Procurador General admitiendo el recurso de queja ¿Cuáles son los argumentos que justifican la existencia de la “cuestión federal”. ¿es simple o compleja?. ¿Directa o indirecta?

- 42) ¿Cuáles son las funciones del Ministerio Público Fiscal, de acuerdo con el art. 120 de la C.N.?
- 43) ¿En que caso la SCJ se ha expedido sobre la constitucionalidad de las leyes de “obediencia debida” y “punto final”?
- 44) ¿Las leyes de “obediencia debida” y de “punto final” son “leyes de impunidad”? Fundamente su respuesta.
- 45) ¿Cuál es la diferencia que percibe en el análisis del Procurador General y el Ministro Dr. Fayt con referencia a las leyes de “obediencia debida” y “punto final”?
- 46) ¿Los funcionarios de facto en 1976 asumieron facultades en contravención al art. 29 de la C.N.?
- 47) ¿La atribución del Poder Legislativo de amnistiar, tiene límites o es una decisión política no justiciable, conforme la mayoría de la SCJ en el caso “SIMON”?
- 48) ¿La atribución del Poder Ejecutivo de indultar, tiene límites o es una decisión política no justiciable, conforme la mayoría de la SCJ en el caso “SIMON”?
- 49) ¿Las leyes 23.492 y 23.521 son violatorias del art. 29 de la C.N. y en consecuencia son inconstitucionales?
- 50) ¿La afirmación de inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 es contradictoria con el caso “CAMPS” dispuesta en Fallos 310:1162?
- 51) Existen nuevos fundamentos omitidos en el caso “CAMPS” que hacen referencia a la “Convención Americana de Derechos Humanos” y al “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”?
- 52) ¿Existe un deber de investigar y sancionar las violaciones de los Derechos Humanos y los Crímenes contra la Humanidad en la “Convención Americana de Derechos Humanos” y en el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”? ¿Un deber de garantía? Cite sus disposiciones.
- 53) El deber de no impedir la investigación y sanción de graves violaciones de los Derechos Humanos recae sobre el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, los Ministerios Públicos..?
- 54) ¿Qué han dispuesto al respecto los casos “Barrios Altos” y “Velazquez Rodriguez”?
- 55) En el caso “GIROLDI”-Fallos 318:514-la interpretación “...en las condiciones de su vigencia..”¿se hace conforme al alcance y contenido que los órganos internacionales establecieron o a la jurisprudencia de la SCJ?
- 56) ¿Qué es “delito permanente” y que han afirmado al respecto H.H. Jescheck y Sebastian Soler?
- 57) Al momento de cometido el delito por Simón, ¿se encontraba tipificado en nuestro derecho interno el “delito de desaparición física de personas”? ¿Existía una norma vinculante para el Estado Argentino que atribuyera la comisión de crimen de lesa humanidad a ese delito?
- 58) ¿Cuál es el concepto y alcance de “desaparición forzada de personas”?
- 59) ¿Nuestra legislación penal contempla el delito de desaparición forzada de personas?
- 60) ¿La desaparición forzada de personas es un crimen contra la humanidad?. Fundamente su respuesta.
- 61) ¿Quién califica los delitos de lesa humanidad?.¿Son imprescriptibles?. Fundamento normativo.
- 62) ¿Qué dictamina el Procurador General en el caso “SIMON”?
- 63) ¿Qué argumentó la defensa de Julio Simón para eximirse de la condena penal?
- 64) ¿Cuál es el fundamento de la legitimación del Sr. Verbitsky para comparecer en la causa?
- 65) ¿Qué presunción surge del contenido de la Ley 23.521 en cuanto a la forma en que se habían cumplido las ordenes por el personal militar?
- 66) ¿Constituye impunidad o amnistía el contenido de la Ley 23.521?
- 67) ¿El Congreso tiene limitaciones en su potestad de dictar amnistías generales de conformidad con el art. 75 inc. 20, la reforma de 1994 y la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados y convenciones internacionales?

- 68) ¿Las leyes 23.492 y 23.521 contradijeron las disposiciones de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" y el "Pacto Internacional"?
- 69) En que consiste el "deber de respeto" y el "deber de garantía" que el Estado se obliga a cumplir al aprobar y ratificar el tratado internacional?
- 70) ¿Qué determinó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 28/92 sobre las leyes de "obediencia debida", "punto final" y los indultos?
- 71) ¿Cuál es el contenido de la sentencia en el caso "Barrios Altos" con respecto a las leyes de amnistía?
- 72) ¿La decisión de la Corte Interamericana de Justicia obliga a nuestro país?. ¿Por qué?
- 73) ¿La decisión de la C.I.J. recomienda la prohibición de la retroactividad de la norma de amnistía?. ¿Cuáles son los alcances en nuestro país?
- 74) ¿La nulidad insanable de una ley dictada por el Congreso viola la división de poderes quitándole una facultad al Poder Judicial?
- 75) ¿Cómo ha definido la "impunidad" y la "insanable inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521", el Ministro Dr. Boggiano, en su voto?
- 76) ¿Cuál es el alcance que el Ministro Dr. Boggiano ha dado en su voto a la "desaparición forzada de personas"?
- 77) ¿El derecho internacional consuetudinario integra el derecho argentino?
- 78) ¿Qué disponen los Fallos 43:321;176:218 y 316:567?
- 79) La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad reconoce tres disposiciones que lo justifican:a)el "ius cogens";b)La "Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad y c)La Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas.¿Cual es el fundamento?
- 80) ¿Qué ha dispuesto el caso "Trujillo Oroza c/Gobierno de Bolivia", citado por el Ministro Dr. Boggiano en su voto, respecto a la "prescripción" y el "delito continuado"?
- 81) ¿La ley penal nunca es retroactiva en el derecho interno?
- 82) ¿Cuál es el fundamento de la retroactividad del "ius cogens"?
- 83) ¿Tiene el Congreso facultades para nulificar leyes derogadas?
- 84) ¿Qué disponen las leyes 24.952 y 25.779?
- 85) ¿Quién tiene la facultad de revisar constitucionalmente las normas, el Poder Legislativo o el Poder Judicial?
- 86) La opinión consultiva 14/94 del C.I.DD.HH., citada por el Ministro Dr. Maqueda, en su voto, dispuso de criterios semejantes al art. 27 de la Convención de Viena. ¿Por qué?
- 87) ¿Qué obligación le impone la Constitución al Congreso en el art. 75 inc. 32 de la C.N.?
- 88) ¿El caso "CAMPS"(Fallos:310:1162), convalidó la "obediencia debida" y el "punto final"?Argumente su exposición.
- 89) ¿Cuál fue el fundamento del voto del Ministro Dr. Bacqué en dicho fallo?. Sintetice los mismos.
- 90) ¿La Carta de las Naciones de las Naciones Unidas, es fuente de derecho interno?
- 91) ¿Qué disposiciones han influido en la evolución del derecho de gentes que condujo a un doble proceso de reconocimiento y determinación de la dignidad humana?
- 92) ¿Cuál es el alcance que la C.I.DD.HH. ha dado al "ius cogens" en su informe 62/02 dentro de la causa "MICHAEL DOMINGUEZ c/ EE.UU."?
- 93) ¿Qué dispone la Corte Internacional de Justicia en el art. 38 de su Estatuto sobre las fuentes del derecho internacional?
- 94) ¿Cuáles son las fuentes que el Protocolo de la Convención de la Haya establecía en 1907?
- 95) ¿Cuál es la definición y extensión que el "Estatuto Militar Internacional para la Persecución de los Mayores Criminales de Guerra para el Teatro Europeo" realizó sobre "crímenes contra la humanidad"?
- 96) ¿Cuáles son las obligaciones que la C.I.DD.HH. ha establecido para sus Estados Miembros?
- 97) ¿Qué se ha dispuesto en el fallo sobre los "límites a la obediencia debida"?¿Qué dispone el Estatuto de Nuremberg al respecto?

- 98) ¿Cuáles han sido los argumentos del Congreso para anular las leyes derogadas sobre “obediencia debida” y “punto final”?
- 99) ¿Cuál es el “hecho nuevo” producido después de la sanción de las leyes de “obediencia debida” y “punto final”, que citan los Ministros de la SCJ en el caso “SIMON” que justifica revisar sus decisiones?. ¿Qué fundamentos “nuevos” justifican apartarse de los precedentes?
- 100) ¿Cómo ha definido los “delitos de lesa humanidad”, los Ministros Doctores Ricardo Luis Lorenzetti y Carmen Argibay?
- 101) ¿Para la Ministro Dra. Carmen Argibay se ha violado el principio de legalidad?. ¿Porqué?
- 102) ¿Cuál es el alcance del instituto de la “prescripción” para la mencionada Ministro?
- 103) ¿Corresponde la declaración de inconstitucionalidad de oficio?. ¿ha sido establecido por la SCJ?. ¿Qué alcance tiene?
- 104) ¿Cuáles son las limitaciones de un tratado con referencia a la Constitución, según el voto del Dr. Fayt?
- 105) El juicio de “comprobación” o de “constitucionalidad” que realizó el convencional en oportunidad de reformar la Constitución en 1994 es distinto del que realiza el legislador al momento de equiparar un tratado o convención con la mayoría calificada que autoriza el art. 75 inc. 22 tercer párrafo de la C.N.?. ¿Qué sostiene Fayt?
- 106) ¿Cuál es el orden jerárquico que interpreta Fayt la Constitución reforma impone?
- 107) ¿La tortura es un eximente de la obediencia debida?
- 108) ¿Qué dispone la “Convención contra la Tortura”?. ¿Ha sido aprobada y ratificada por el Congreso?. ¿Se le ha otorgado la equiparación con la C.N.?
- 109) ¿En el caso “ELMA” se aplicó la citada Convención contra la Tortura?
- 110) ¿Cómo hubiera resuelto “ARANCIBIA CLAVEL”?. ¿Qué argumentos hubiera expuesto si hubiera actuado como Procurador General de la Nación en el citado caso?
- 111) ¿Cómo hubiera resuelto “LARIZ IRIONDO”?. ¿Qué argumentos hubiera expuesto si hubiera actuado como Procurador General de la Nación en el citado caso?. ¿Qué fundamentos hubiera invocado de defender a Lariz Iriondo?
- 112) ¿Cómo hubiera resuelto “SIMON”?. ¿Qué argumentos hubiera expuesto si hubiera actuado como Procurador General de la Nación en el citado caso?. ¿Con cual de los votos de los Ministros se identifica más?. ¿Por qué?
- 113) A su juicio, el caso “PRIEBKE” tiene similitud con “LARIZ IRIONDO”?. ¿Por qué?
- 114) ¿Cuál es el criterio interpretativo que la SCJ ha adoptado en los fallos analizados en el presente case book que lo diferencian de sus precedentes “MERCK QUIMICA ARGENTINA”, “MARTIN Y CIA S.A.”, “EKMEKDJIAN”, “CAFÉ LA VIRGINIA”, “FIBRACA”, “PETRIC”?
- 115) ¿Cuál es el criterio interpretativo que la SCJ ha adoptado en los fallos analizados en el presente case book que lo diferencian de sus precedentes “CAMPS” , “VIDELA” y “MASSERA”
- 116) ¿Cabe la posibilidad en el marco de los fallos que analizó, que se revisen los indultos otorgados por el ex Presidente Menem?
- 117) ¿Deben abstenerse los tribunales extranjeros que juzgan delitos de lesa humanidad ocurridos en nuestro país entre 1976/1983, de proseguir sus procesos, atento la decisión adoptada en “SIMON”?
- 118) ¿Observa alguna ventaja en la aplicación del método de casos?. ¿Porqué?