

Reflexiones en torno a los Fundamentos Éticos y Políticos de la Imprescriptibilidad de los delitos de Lesa Humanidad

Daniela Domeniconi*

Resumen

El trabajo intenta demostrar que la aplicación del instituto de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar se encuentra justificada tanto jurídica como moralmente. La idea central es que la gravedad inusitada de este tipo de hechos, hechos que eminentes filósofos morales de nuestra época no han dudado en calificar como “mal radical” (Nino 1996; Arendt, 1956) justifica el abandono del principio de legalidad estricto para estos casos. Demostraré la hipótesis enunciada a partir de dos enfoques: el primero consistirá en revisar los fundamentos de la prescripción penal en los delitos comunes para luego determinar la imposibilidad de traspolarlos al caso bajo análisis. En segundo lugar, se analizará la aplicación del instituto sobre la base del “ius cogens” para encontrar en él los fundamentos morales a los que apela la Corte en los fallos por los delitos de Lesa Humanidad.

* Estudiante de Derecho y Filosofía en la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del proyecto de investigación “el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial”, radicado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Director: Juan Francisco Iosa. Codirector: Hernán Bouvier.

Reflexiones en torno a los Fundamentos Éticos y Políticos de la Imprescriptibilidad de los delitos de Lesa Humanidad

1.- El problema de la Imprescriptibilidad de los delitos de Lesa Humanidad en Argentina

He tomado bajo análisis el caso de la imprescriptibilidad ya que considero que es probablemente el tema más controvertido en los juicios por los Delitos de Lesa Humanidad en la Argentina, por su necesaria conexión con la retroactividad de la ley penal. Entonces, analizado y solucionado este problema, no debería haber inconvenientes en su extrapolación para el análisis de otras figuras legales utilizadas por los jueces en el juzgamiento de dichos delitos.

¿Por qué presenta, el tema de la imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad, un problema? Si contamos con el art. 1 de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad adoptada por Asamblea General de la ONU en 1968, que cataloga como imprescriptibles a los crímenes contra la humanidad, ¿cuál es el problema entonces? Y es aquí donde ingresa la cuestión de la *retroactividad* de la ley penal. La convención citada afirma en el mismo artículo que dichos crímenes son imprescriptibles “cualquiera sea la fecha en que fueron cometidos”, de lo que se seguiría que no es relevante que se hayan cometido antes o después de la existencia del tratado, ya que sólo por el hecho de ser delitos incluidos en dicha convención, hayan sido cometidos en tiempos de guerra, o incluso de paz, son de por sí, imprescriptibles, independientemente de los condicionantes formales tales como la época de comisión de los delitos. Esto parece bastante claro. Sin embargo, es de destacar que la Argentina aprobó dicha convención recién en el año 1995, entrando la misma en vigor en el año 1996, y con jerarquía constitucional luego de la sanción de la ley 25.778 del 3/9/2003 que le otorgara dicho rango¹. De todos modos, es un punto controvertido determinar desde qué momento obtuvo dicha Convención la jerarquía constitucional, puesto que desde la doctrina y la jurisprudencia se sostuvo que la reforma de 1994 le dio rango supra legal a los tratados y convenciones internacionales, pero en virtud de una jerarquía constitucional *previa* ya presente en los precedentes jurisprudenciales de la Corte². Frente a este panorama, las acciones delictivas cometidas por el gobierno *de facto* argentino desde 1976 hasta 1983 (torturas, asesinatos, desaparición forzada de personas, secuestro de bebés, etc.) parecerían no encajar dentro del espectro de posibilidades de juzgamiento por parte de los tribunales nacionales, puesto que por el principio constitucional de legalidad (art 18 C.N.) estaría vedada la aplicación retroactiva de la ley posterior, a menos que sea más favorable para el imputado; lo que, claramente, no constituye el supuesto del caso analizado.

1 Se le otorgó rango constitucional haciendo uso de la facultad contenida en el art. 75 inc 22 de la C.N de 1994: “Los demás tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional”.

2 Esta doctrina de la superioridad de los Tratados internacionales con respecto a las leyes fue sostenida por la CSJN en el caso “Ekmekdjian v. Sofovich”, arguyendo que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados confiere primacía al derecho internacional *convencional* por sobre el derecho interno. Corte Sup., 1992, Fallos 315:1492. Esta doctrina fue ratificada luego en casos posteriores como “Fibraca” (1993), “Hagelin” (1993) y “Cafés la Virginia” (1994).

Entonces, dadas estas condiciones, ¿cómo es procedente la aplicación de la imprescriptibilidad sin violar el principio *nulla poena sine lege*? Podría darse respuesta a este interrogante de un modo estrictamente jurídico, por un lado, y por otro, del modo que han elegido, por lo general, los distintos tribunales internacionales, nacionales, y sobre todo la CSJN para resolver estas cuestiones: la apelación a la costumbre y las normas imperativas que derivan de los principios *ius cogens* del Derecho Internacional, identificando a estos principios con principios morales preexistentes como Derecho de Gentes. Este segundo supuesto será analizado en el apartado 3. Entonces, volviendo al fundamento estrictamente jurídico acerca de la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad, bien puede recordarse que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³ proclama en su art 28: “Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, *salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo*”. Pues bien, de aquí podríamos extraer la siguiente conclusión: al dejar abierta la Convención de Viena una vía para que se juzguen actos o hechos realizados con anterioridad a la entrada en vigencia de los tratados dependiendo de la “intención” del tratado en cuestión, y entendiendo que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los DLH tiene la *clara* intención de que sus efectos se retrotraigan en el tiempo a la fecha de la comisión de los actos delictivos (como ya se explicó al analizar el art 1 de la convención) siempre que estos fueran crímenes contra la humanidad, podríamos luego concluir que habría una vía legal internacional para sortear el obstáculo temporal en el plano de los delitos de lesa humanidad, y, además dado que ningún país -según el 27 de la Convención de Viena- podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, entonces, estaríamos habilitados a decir que la retroactividad en el caso de los DLH prevalece, jurídicamente, sobre el principio de legalidad del art.18.

El argumento aquí expuesto es coherente, mas pareciera que no suficiente, ya que bien cabría la objeción de quien afirmara que si bien la Convención de Viena permite el juzgamiento de ciertos delitos de forma retroactiva siempre y cuando otro tratado expresamente lo dijera, y visto que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los DLH expresamente aclara que es su intención, aún así nos topáramos con el obstáculo de que la Convención de Viena haya entrado en vigor en 1980. Frente a esto cabe preguntarse, ¿la Convención de Viena al abrir la vía de la posibilidad de aplicación retroactiva de otros tratados, incluye entre esas posibilidades la de una posible aplicación a hechos cometidos antes de la entrada en vigencia de ella misma? Es decir, ¿podrían retrotraerse los efectos de un tratado posterior, habilitado por la Convención de Viena, a una época donde no estaba en vigencia la Convención que habilita dichos efectos? Ante este dilema hay dos posibles respuestas. La primera opción sería sostener que no es posible, por lo que en todo caso, sus efectos (incluyendo los “efectos cascada” con respecto a los tratados posteriores) se limitarían al momento de entrada en vigor el tratado; de lo que resultaría que para el caso concreto de Argentina sólo podríamos considerar como imprescriptibles aquellos delitos cometidos desde enero de 1980, dejando cuatro años de comisión de crímenes contra la humanidad, impunes. Claramente esa no es una opción satisfactoria. La otra

3 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue suscrita en 1969 y ratificada por la Argentina en 1972, entrando la misma en vigor el 27 de enero de 1980.

posible respuesta sería que una vez habilitada la vía para dejar de lado el requisito de existencia de una *lex praevia* gracias a la Convención de Viena, ya no importaría si los efectos del tratado habilitado como consecuencia de aquélla no estaban aún en vigor. Esta opción me parece, además de insuficiente, endeble puesto que estaríamos ante una posible falacia de petición de principio. Para sortear todos estos problemas netamente jurídicos, -problemas éstos que, además, según ha dicho la CSJN deben dejar de lado meros “formalismos estrictos” en virtud de cumplir de manera debida las obligaciones asumidas a través de los tratados internacionales de derechos humanos, eliminando todo aquello que pudiera constituir un impedimento normativo para avanzar en la investigación y punición de los crímenes de lesa humanidad⁴- prestando especial atención a la fundamentación de los Tribunales que han utilizado dichos tratados, y teniendo en cuenta condiciones externas a las estrictamente legales es que se podrá encontrar una solución más convincente, satisfactoria, completa y contundente.

2.- Sobre la Prescripción en el Derecho Penal

El primer problema a atender, y que será de fundamental importancia para comprender los fundamentos de la imprescriptibilidad es uno de los temas más discutidos en la doctrina penal: la naturaleza jurídica de la prescripción. A pesar de la falta de unanimidad doctrinaria al respecto, podemos esbozar una primera definición - mayoritariamente aceptada por los juristas- sin ahondar en el tema de su naturaleza y es la que la define como “una causa de extinción de la pretensión punitiva estatal que opera por el mero transcurso del tiempo tras la comisión del delito” (Zaffaroni, 2002: 653). Cuando comenzamos a indagar acerca de los fundamentos que han hecho al legislador incorporar al Código Penal un instituto tal como la prescripción penal es que encontramos los primeros desacuerdos doctrinales.

En un primer intento de esclarecimiento, Sebastián Soler nos dice que la prescripción tiene diversos fundamentos, y menciona entre ellos a) el simple transcurso del tiempo, b) la desaparición de los rastros y efectos del delito, c) la presunción de buena conducta, d) el olvido social del hecho, etc. (Soler, 1951: 510) Por otro lado, la opinión al respecto de Ricardo Núñez, quien afirma que: “La prescripción se funda en la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos morales del delito en la sociedad: extingue la alarma social ante el delito y la correlativa exigencia de que se lo reprima, que es lo que constituye el fundamento político de la pena” (Núñez, 1975: 243).

Vemos entonces que, para Núñez lo relevante al hablar de prescripción son los efectos morales del delito en la sociedad, lo que me lleva a preguntarme: ¿qué sucedería entonces en el caso en que la alarma de la sociedad frente a cierto tipo de delitos no se haya extinguido? Aceptando a modo de hipótesis de trabajo que en la sociedad argentina de hoy, aún no se haya podido eliminar el efecto moral de los delitos cometidos en la última dictadura: ¿Podemos decir que estamos habilitados a pasar por alto el hecho -meramente- formal de que la Argentina haya ratificado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad recién en el año 1995, a pesar de que el mismo estaba vigente internacionalmente desde 1968 como una norma imperativa del Derecho Internacional? Con esto quiero preguntar ¿es -o debiera ser- relevante el momento

4 Voto de la jueza Highton de Nolasco en el fallo “Simón”.

formal (esto es, el momento jurídico-normativo de la ratificación de la Convención) en detrimento de los fundamentos ético políticos de la necesidad de su existencia, si aceptamos *a priori* que el fundamento mismo del instituto de la prescripción es moral y político? Si aceptamos esta tesis, ¿podríamos estar ante una especie de regla moral que nos permita una relectura de la aplicación de la imprescriptibilidad por parte los tribunales argentinos? Y, aceptado todo esto, ¿podría la justificación aportar a una fundamentación moral de tipo racional de las normas? Si esto se comprueba, ¿podríamos decir que habría criterios intersubjetivamente obligatorios que nos permitan distinguir entre enunciados morales verdaderos y falsos, y que todo esto tenga relevancia jurídica?

Si la empresa teórica que propongo a raíz todas aquellas inquietudes es exitosa, se podrá solucionar el problema acerca de si del Derecho Internacional no contractual obligaba al Estado argentino a observar el principio de imprescriptibilidad en la época en que lo delitos de Lesa Humanidad fueron cometidos, incluso siendo éstos posteriores a la ratificación por parte del Estado argentino de las convenciones que refieren al tema.

Para realizar mi análisis partiré de las siguientes premisas:

- I) El mero hecho del paso del tiempo no es la justificación ni el fundamento de la prescripción; sino una condición para que ella se aplique en el caso concreto.
- II) El fundamento de la prescripción es de orden moral.
- III) La Imprescriptibilidad de los delitos de Lesa Humanidad es *la* excepción al caso de la prescripción común.
- IV) Los fundamentos de la Imprescriptibilidad son resultado de una moral que podemos llamar “objetiva”.
- V) Dichos fundamentos son de una importancia tal que trascienden las leyes en sentido estricto (*lex praevia, stricta, certa, scripta*)

- I -

Como he afirmado en la premisa I el mero hecho del transcurso del tiempo no opera como fundamento de liberación de la persecución del Estado por la comisión de un hecho delictivo, sino que lo decisivo para determinar la naturaleza de la prescripción es que “el trascurso del tiempo, como 'hecho jurídico negativo', produce una extinción o cese -por parte del Estado- sobre la relación jurídica sustancial que habilita la imposición de la pena cuando a juicio del legislador la no aplicación de la misma produce más ventajas que inconvenientes, por razones de política criminal o justicia material de 'certeza'”, como afirma Romero Villanueva. (Romero Villanueva, 2008:15) Además, hace notar el autor que la limitación temporal de la perseguibilidad estatal está en fundamental armonía con la *convicción jurídica popular*. Según la doctrina de la Corte Suprema, además, “la garantía de la defensa en juicio no requiere que se asegure al acusado la exención de responsabilidad por el sólo transcurso del tiempo”⁵

Vemos entonces cómo cuando hablamos de la prescripción penal común siempre se hace necesaria referencia como fundamento o justificación a los efectos morales del delito (Núñez), al olvido social del mismo, al cese del interés social por su castigo (Carrara, 1972: 182) o a la utilidad/inutilidad del castigo de cierto delito cometido

5 “Sapina y Armani S.R.L c. Impuesto Internos”. 20/9/48. (CSJN-Fallos, 211:1699)

hace cierta cantidad de tiempo, hecho que hace presumir que *por ello* se ha agotado la necesidad social de castigarlo; mas con esto no debemos entender que el mismo paso del tiempo constituye la razón por la cual los delitos prescriben. Ahora bien, el simple paso del tiempo sí constituye un requisito procesal formal para la viabilidad de la prescripción, y además, una sanción a la Administración de Justicia por no actuar a tiempo y no respetar así el debido proceso; pero no debe identificarse un mero presupuesto de viabilidad o condición de eficacia con la causa que da lugar a la prescripción de los delitos.

-II-

Hecha esta distinción conceptual, creo que es más sencillo entender la premisa II, acerca de por qué aseguro que el instituto de la prescripción tiene una fuerte impronta moral, que luego se traduce en su implementación material, pero que no se agota en ser simplemente un obstáculo procesal a la respuesta punitiva del Estado, sino que es un dispositivo legal que responde a cierta orientación de la política criminal de un Estado *en pos* de cuantificar la importancia de la persecución penal de ciertos delitos con respecto a otros. El más claro ejemplo de esto sería que algunos delitos (i.e. los tipificados por el Estatuto de Roma y los establecidos en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad) hayan alcanzado el “rango” de imprescriptibilidad absoluta, objetiva y retroactiva, siempre que se acrediten las características de los delitos tipificados.

Desde el punto de vista de los sujetos sobre quienes recae, puede sostenerse que las personas imputadas por delitos comunes tienen el derecho a no estar sometidas de por vida a la eventual posibilidad del inicio de una acción penal, y por ello de la garantía procesal de que no serán perseguidas *in eternum* por la Administración de Justicia.

A menos que aceptemos una teoría retribucionista del castigo penal, bien podemos afirmar, junto con Beccaria que “[...] Es importante que no quede impune ningún delito manifiesto, pero es inútil delatar a quien haya cometido un delito que está sepultado en las tinieblas. Un mal ya realizado, y para el que no hay remedio, no puede ser castigado por la sociedad política más que cuando influya sobre los demás con la seducción de su impunidad (...) los delitos menores y oscuros deben quitar con la prescripción la incertidumbre de la suerte de un ciudadano” (Beccaria, 1987: 22-28)

Se retomará más adelante esta cuestión que trae a colación Beccaria acerca de la relación impunidad/castigo y la gran significación e importancia simbólica que estos conceptos han logrado en la Argentina actual a raíz de los Delitos de Lesa Humanidad no juzgados, o juzgados-pero-luego-indultados, y su rol en la petición de castigo, o justicia efectiva por parte de la sociedad.

-III-

Las premisas siguientes pueden ser abarcadas conjuntamente, ya que simplemente quieren explicar que la imprescriptibilidad no es conceptualmente contraria a la prescriptibilidad, sino que es simplemente la excepción a una regla. Al decir que la imprescriptibilidad es una excepción a la prescripción estamos diciendo que éste caso exceptúa a la regla, pero que consideramos esa regla válida, verdadera y cierta. Acerca de por qué afirmé que los delitos de Lesa Humanidad son *la* excepción al caso, creo que no necesito ahondar demasiado, ya que junto con los crímenes de guerra son los únicos que han sido internacionalmente catalogados como no susceptibles de prescribir por el paso del tiempo.

Las premisas **IV** y **V** quedarán demostradas al final del trabajo, como consecuencia de la caracterización, primero, de los fundamentos que utiliza la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la resolución de los casos por delitos de lesa humanidad.

3.- Los fundamentos de la CSJN en la consideración de los Delitos de Lesa Humanidad

Cabe contextualizar, primero, un detalle no menor que rodeó a la sanción de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, y es, precisamente, que nació para aplicarse retroactivamente, a saber, para juzgar los delitos ya cometidos durante en la Alemania nazi. Esta consideración fue hecha por la jueza Argibay en el caso “Simón”⁶ al sostener que: “[...] 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)” (consid. 18).

El caso “Simón Julio H. y otros” tuvo como resultado un fallo en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, no sólo declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final para quien hubiere sido condenado por crímenes de lesa humanidad, sino que también sostuvo que correspondía aplicar el principio de imprescriptibilidad de los delitos en cuestión, en virtud tanto del derecho internacional consuetudinario como de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad. ¿Cómo resolvió argumentativamente la Corte en diversos momentos, la cuestión de la aplicación de una ley *ex post facto*, pero con jerarquía constitucional?

Sobre el tema el juez Belluscio en el caso “Arancibia Clavel”⁷, previo al caso “Simón” sostuvo que:

“con respecto al principio de imprescriptibilidad en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional, el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584, del 29 de noviembre de 1995, por la que aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad (...), así como también la sanción de la ley 25.778, el 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional (...) y es claro que de este modo la reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la mencionada Convención” (consid 12)

En la misma línea argumentativa encontramos el voto del juez Fayt en el caso

6 “Corte Sup. 14/6/2005, “Simón, Julio y otros”.

7 “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros- causa 259”. En su análisis sobre el caso Alejandro Morlachetti resume los hechos: “Arancibia Clavel formaba parte de un grupo destinado a perseguir, reprimir y eliminar en forma sistemática a opositores políticos de la dictadura imperante en Chile, facilitando y apoyando la comisión de delitos del grupo que operaba dentro del territorio argentino, y que abarcó la comisión de homicidios, desapariciones forzadas y tormentos, y la comisión de homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de más personas”. MORLACHETTI, Alejandro, “El caso 'Arancibia Clavel'. Principio de legalidad e imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. ¿Una nueva exégesis del art. 18 C.N?”, JA 2005-II-1001

“Simón”⁸.

A partir de las consideraciones citadas, se deriva que es clara y no hay dudas sobre la superioridad de la Convención por sobre el derecho interno, y la legitimidad del derecho internacional contractual al cual Argentina se obligó mediante la suscripción de la Convención. Ahora bien, subiste aún el problema de la incompatibilidad de la aplicación de la Convención con el principio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* como principio constitucional innegable derivado del art. 18. Veamos cómo solucionaron los jueces el dilema:

En el mismo caso “Arancibia Clavel”, en la consideración 28, los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco afirmaron que:

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

En el caso “Arancibia” los votos que componen la mayoría (Zaffaroni, Highton de Nolasco, Petracchi, Boggiano, Maqueda) destacan que el fallo era consecuente con la doctrina adoptada por la Corte en el precedente “Priebke”.⁹ En dicho caso, la Corte concedió, en 1995, la extradición de Priebke a Italia, afirmando que los principios referidos a los delitos contra el Derecho de Gentes formaban parte del derecho interno argentino, y como tales eran imprescriptibles. Ahora bien, resulta extraño, o al menos novedoso, el argumento de que los delitos de lesa humanidad formaran parte del derecho interno argentino en aquel entonces. ¿A qué se referían los jueces de la Corte? Pues bien, la mayoría de la CSJN consideró en dicho fallo que los principios del derecho de gentes ingresaban a nuestro sistema normativo interno a través del art 118 C.N y con ello sostuvo que los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra encuadraban en esta categoría, y eran, por ello, imprescriptibles. El dato relevante que aporta el caso “Priebke” es la aclaración doctrinal de la Corte en materia de derecho penal internacional y su relación con el derecho imperativo, derecho de gentes, o *ius cogens*.¹⁰

8 Vemos una gran coincidencia entre el voto de Fayt y Belluscio. Voto del Dr. Fayt en “Simón, Julio H y Otros”. Corte Sup., 14/6/2005 “...Que con respecto al principio de imprescriptibilidad -en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional-, el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584, del 29 de noviembre de 1005, por la que aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los..., así como también con la sanción de la ley 25.778, del 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional. Es claro que de este modo las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art 62 del Código Penal) han quedado desplazadas por la mencionada Convención” (consid 40)

9 En el caso “Priebke” la República de Italia solicitó la extradición de un ex militar alemán, con el fin de someterlo a proceso por su posible participación en el hecho conocido como la matanza de las Fosas Adre atinas ocurrido el 24 de marzo de 1944, en el cual habrían perdido la vida 335 ciudadanos italianos. Ese pedido arribó a la Corte Suprema en virtud del recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de Cámara que revocó el fallo de primera instancia que había concedido la extradición. El Tribunal, por mayoría, revocó la sentencia, haciendo lugar a la solicitud.

10 Si bien en el caso “Arancibia” se menciona “Priebke” como el antecedente sobre el tema de las normas imperativas del derecho de gentes, es de notar que el caso “Schwammberger” (C.Fed. La Plata, sala III penal, 30/8/1989) aparece como el primer precedente que registra nuestra jurisprudencia en el cual se sostuvo que el art 102 (art 118 luego de la reforma de 1994) de la C.N implica el reconocimiento de la plena vigencia en nuestro orden interno de las normas referidas a crímenes contra el derecho de gentes, concluyendo con esto que para dichos casos no tiene estricta aplicación el principio *nullum crimen nulla poena sine previa lege*. Cfr. con: MORLACHETTI,

“...Que, en las condiciones descriptas, los crímenes de guerra cuya perpetración se imputa a Priebke, configuran delitos contra la humanidad integrados con elementos de genocidio (...) que los órganos relevantes del Estado Argentino, tanto para la conducción de la relaciones exteriores como para la aceptación de los tratados, han expresado su voluntad en sentido coincidente con los principios del *ius cogens*” (votos jueces J.S.Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor, consideraciones 75 y 77)

“La calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición, sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional” (votos jueces Boggiano, López y Fayt consideraciones 4 y 5).

Estas consideraciones acerca de la relación entre derecho interno y *ius cogens* fueron retomadas por la Corte en los casos “Arancibia” y “Simón”, siendo éste último el fallo más claro y contundente sobre el tema. En él, la mayoría de la CSJN sostiene que 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 Personas¹¹ ha representado únicamente la *crystalización* de principios ya vigentes para nuestro país en virtud de normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos.

Así Highton de Nolasco votó:

“Que los hechos contemplados en las leyes 23.492 y 23.521 eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para la Argentina, *con antelación a su comisión*, de lo que se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad” (consid. 32)

y Luego Lorenzetti:

“...no hay una violación del principio *nulla poena sine lege*, en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento y fueron reconocibles para una persona que obrara honestamente conforme a los principios del Estado de Derecho” (consid. 30)

Por último Zaffaroni:

“Esta convención según entendió esta Corte Suprema en la causa 'Arancibia Clavel' 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 extingüía 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”

Como es de notar, los votos en mayoría de la CSJN en reiterada doctrina, pero sobre todo en el caso “Simón” parecen fundar la posibilidad de una aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad en principios consuetudinarios de carácter internacional *ius cogens*, que estaban de algún modo “latentes” en el ideario de los diferentes Estados luego de la Segunda Guerra Mundial. Al haber descartado en el apartado 2 los

Alejandro: *Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad*, en: Romero Villanueva: Prescripción Penal, op.cit. Pp 182, 183

11 Que declara en su art. 7: “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte”

argumentos estrictamente formales, bien cabe ahora analizar, para llegar a una argumentación más concluyente, los argumentos éticos, morales, y políticos que *efectivamente* han estado utilizando los jueces del país para resolver las causas atinentes a crímenes de lesa humanidad. ¿Por qué hago hincapié en lo que efectivamente está sucediendo en el ámbito judicial de toma de decisiones? Precisamente porque el presente trabajo busca encontrar una explicación sobre lo dado, es decir, realizar un razonamiento del tipo: visto que nuestros jueces aplican “cierta cosa” que parece tener un trasfondo indiscutible, casi natural de moralidad compartida intersubjetivamente, intentemos explicar este fenómeno, y no las lógicas probables de otros mundos. Esta aclaración pretende adelantarse a posibles críticas desde el escepticismo y el relativismo moral, que no vienen al caso puesto que, en este trabajo se sostiene *ab initio* que la argumentación moral es posible (como de hecho, se ve en los fundamentos de la CSJN) y que ésta puede darse si, y sólo si, aceptamos la existencia de ciertos principios morales. Ahora bien, ¿qué principios?

4.- *Ius Cogens*, o principios del derecho internacional

¿Qué hay detrás de esta figura, o regla a la cual parecen acudir constantemente los jueces para fundamentar las sentencias en los casos por Delitos de Lesa Humanidad? ¿Qué quieren decir los jueces cuando hablan de que la Convención sobre la Imprescriptibilidad sólo vino a cristalizar principios ya vigentes en nuestro país en virtud de normas internacionales? ¿Se explica todo esto solamente con la apelación al *ius cogens*? Antes, cabe entender qué vendría a ser exactamente esta figura.

El *ius cogens* está definido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. La función del *ius cogens* es “proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Naciones en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal” (Brownlie, 1985: 512-514). En la opinión consultiva requerida por la Asamblea General acerca de las Reservas de la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, la Corte Internacional al expedirse sobre la primera cuestión planteada, respondió al interrogante de en qué medida pueden efectuarse reservas a la Convención, en los siguientes términos:

“La Convención de Genocidio tiene por objeto prohibir las destrucciones de grupos humanos. Los principios que informan su contenido son reconocidos por las naciones civilizadas como *obligatorios*, aún sin vínculo convencional alguno, lo cual da a esta Convención la mayor universalidad posible” (C.I.J. Ecueil, 1951)

En la fundamentación del relator especial de la ONU se va más allá y se afirma que la Convención sobre la Imprescriptibilidad es “de carácter simplemente declarativo (...) las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes contra la naturaleza, son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido”¹². Se explica además, que la palabra “afirmar” que utiliza el Preámbulo de la Convención sirve como muestra de que el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y

12 Informe sobre el Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, documento de Naciones Unidas A/CN.4/398, del 11 de marzo de 1986, párrafo 172)

de lesa humanidad ya existía en el derecho internacional, y que la adopción de la Convención sobre Imprescriptibilidad es el resultado de un consenso logrado para consagrar convencionalmente un principio cuya existencia ya venía siendo reconocida en el derecho internacional.¹³

Citando otro ejemplo en donde se apele a estos principios del derecho internacional podemos hablar del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establece una *expresa excepción* al principio de irretroactividad de la ley penal, basándose en el *ius cogens*. Reza el art 15 (inc. 2) “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Con este argumento de los principios del derecho internacional *ius cogens* es que los tribunales internacionales también han podido dar cabida a diversas causas, a saber, el caso de Eichmann bien relatado por Hannah Arendt, en donde la corte Israelí rechazó el argumento de la defensa acerca de la aplicación retroactiva de la norma, con el fundamento de que los crímenes cometidos constituían ya graves ofensas contra el derecho internacional (*Law of Nations*) (Arendt, 1999). Otro caso dable de traer a colación es “Barbie”¹⁴ (1987) donde también se rechazó la defensa de la norma posterior, entendiendo que el Estatuto del Tribunal de Nuremberg era sólo declarativo de derecho internacional, y por lo tanto, no constituía una ley *ex post facto*.

Vemos entonces, que es innegable que algo sucede a nivel internacional, que no puede eludirse desde el derecho interno. ¿Pero, en concreto, qué es? ¿es ley? ¿o es fuente de derecho? Los internacionalistas responden diciendo que los principios *ius cogens* del derecho internacional son: “Principios propios de la disciplina, relacionados con los principios generales del derecho con base en la particular *naturaleza de la realidad social* internacional considerada. La noción de “principio” se basa en las ideas de *elemento esencial* y condición imprescindible de sus derivaciones normativas, origen y causa de su existencia. Los 'principios' son reglas superiores a las positivas que se concretan mediante la expresión de voluntades subjetivas a las que sirven de fuente y fundamento”. (Pagliari, 2007: 66)

Entre los internacionalistas, al menos, parece no haber discrepancias sobre el status de los principios *ius cogens* como fuente de derecho, pero además como fundamento superior a las leyes positivas. El internacionalista Andrea Bianchi, por ejemplo, sostiene que el *ius cogens* de alguna forma es el resultado de la materialización de las aspiraciones morales de la ley en el derecho internacional.¹⁵ (Bianchi, 2008). El autor afirma también que el *ius cogens* ha producido una figura de una fuerza moral sin precedentes, que impone legalmente una escala de valores y aspiraciones compartidas, aplicables globalmente. El *ius cogens* al que apelan los tribunales

13 Cfr. con: Preámbulo de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968

14 Klaus Barbie Altmann fue un alto oficial de las SS y de la Gestapo durante el régimen nazi, que estuvo involucrado en numerosos crímenes de guerra y de lesa humanidad durante la Segunda Guerra Mundial, especialmente en Francia. Salvado de la detención por los servicios secretos estadounidenses y las Ratlines, con los que Barbie colaboró, se refugió posteriormente en la Argentina. Barbie luego abandonó el país, se escondió en Brasil donde colaboró con las dictaduras militares de ese país. Fue finalmente expulsado a Francia, donde fue juzgado y condenado a cadena perpetua en 1987.

15 “The inner moral aspiration of the law thus materialized in international law with the advent of *ius cogens*”

nacionales e internacionales, asimismo, muestra un carácter imperativo, “natural y esencial”, que respeta y hace respetar “los principios de las naciones civilizadas” y que son reconocidos por cualquier persona “que obrara honestamente conforme a los principios del Estado de Derecho”. ¿Qué análisis nos merecen estos argumentos a los que apelan quienes toman, efectivamente, decisiones judiciales? Y es aquí donde creo que la única explicación satisfactoria que podemos encontrar es la que presenté en las premisas VI y VII y responde a un análisis más bien filosófico que jurídico: objetividad de la moral.

5.- ¿Es posible hablar de una moral objetiva cuando hablamos de la necesidad de la imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad?

Luego de la exposición de toda la serie de argumentos *morales* que utilizan los jueces para fundamentar sus decisiones *jurídicas*, se buscará encontrar una explicación plausible al problema moral implicado aquí. No es tarea sencilla puesto que es una idea generalmente rechazada (sobre todo por escépticos, relativistas y nihilistas) que pueda haber algo así como una moral objetiva. Lo que planeo demostrar es que si esto no existiera no se podría -al menos con un grado de aceptación generalizado- hablar de principios *ius cogens* del derecho internacional que fundamenten las decisiones de los jueces. Reitero la idea: esto no implicará decir que el fundamento moral de los juicios en Argentina deban ser los principios imperativos del derecho internacional, sino que, visto que los jueces apelan a ellos para resolver las causas por delitos de lesa humanidad, trataré de encontrar a qué principios morales aquéllos remiten.

Creo que la solución del problema puede venir de la mano del concepto de “*mal absoluto*” utilizado por Nino (Nino: 1996) tomado a su vez de Hannah Arendt, quien lo reinterpreta de Kant¹⁶. Para Arendt, este concepto, entendido venía a significar algo nuevo: una forma inédita de perversidad que estaba alejada de lo que Kant llamó el mal radical. El concepto que ella introduce en su libro *Eichmann en Jerusalén* busca conceptualizar algo que la humanidad no había conocido hasta entonces: la perversidad en su peor forma; una maldad tal que no entraba en los parámetros con los que la sociedad occidental había intentado hablar siempre de maldad.

Al realizarse Nino la pregunta acerca de cómo enfrentar “el mal”, afirma categóricamente que las violaciones de derechos humanos suponen el mal absoluto, y éstas son “ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado” (Nino, 1996: 33). Son hechos tan atroces que hasta calificarlos meramente de “incorrectos” resulta inapropiado. Nino concluye, además, que el concepto de *mal radical* en Arendt muestra sobre todo, la dificultad de responder al mismo con las medidas ordinarias que le aplicamos a los criminales comunes. La filósofa alemana también acordaba con que los crímenes contra la humanidad tenían una naturaleza moral completamente distinta a los crímenes comunes, lo que hacía que el principio de *nullum crimen, nulla poena* no se violara en los casos de justicia retroactiva en el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad, ya que “aquel principio se aplica significativamente sólo a acciones conocidas por el legislador y no a delitos

16 Siguiendo la ética kantiana el mal radical es la propensión de la razón a desatender los imperativos morales de la razón, es decir hacer mal algo cuando se sabe moralmente que obrar así está mal y se hace además, de una forma reiterada, desobedeciendo conscientemente la orden que marcada por el Imperativo Categórico.

desconocidos hasta ese momento, como el genocidio”¹⁷.(Arendt en Nino, 1996: 57). Esta nueva figura, esta “monstruosidad moral”, era, en los hechos, capaz de realizar un plan orientado a destruir la personalidad jurídica, la conciencia moral y la individualidad personal de todos los miembros de la sociedad (Marrades, 2002: 82). Este nuevo concepto que Arendt reutilizó quiso significar algo novedoso, pero a la vez catastrófico: por primera vez en la historia moderna había un plan sistemático de *aniquilación de lo humano*. Un plan racional que nos conectaba con lo peor de la no-humanidad. Y es frente a esta aberración casi inmediata que nos genera, tanto a nosotros, como a los filósofos morales, el pensar siquiera la posibilidad de que tanto “mal” racional, calculado y metódicamente pensado sea posible, que me planteo que en el ámbito de la protección de los derechos humanos (como derechos de la humanidad) deben encontrarse dentro de un espectro de moralidad objetiva, donde no sea posible la duda, la inestabilidad, ni el relativismo. Donde la convicción de la posibilidad de una ética jurídica intersubjetivamente fundamentable no entre en dudas. Donde, además, creamos en la fundamentación racional de las normas, pero sobre principios morales.

Hablar de que la justicia retroactiva en casos de crímenes de lesa humanidad es correcta, nos lleva necesariamente a basarnos en principios morales que justifiquen una excepción a un principio férreo del derecho penal como lo es el de irretroactividad. En definitiva: frente al mal radical no existe posibilidad moral de que, en el caso de que estuviésemos bien informados, con “ánimo frío, tranquilo y contenido” (Smith, 1995: 550) no tendiéramos a converger en considerar que ese actuar es moralmente incorrecto. Pero no sólo eso, sino que deberíamos reconocer que no fundamentar los derechos humanos en una base objetiva, podría hacerlos depender de acuerdos ocasionales o transitorios, que serían peligrosos para el sostenimiento mismo del Estado de Derecho. Y es aquí donde entra en juego el segundo concepto del título que no ha sido tocado a lo largo del trabajo: lo político. Y es que, en los casos de crímenes contra la humanidad, una de las dimensiones insoslayables de análisis es la dimensión política. La necesidad del conocimiento público de estos hechos es, según Thomas Nagel (Nagel en Nino, 1996: 212), una de las formas de superar las trampas del mal radical. Despertar la “conciencia jurídica dormida” de la sociedad va inexorablemente unido al reconocimiento de la inmoralidad e inhumanidad del mal radical. Es por todo esto que la imprescriptibilidad, si es necesaria para asegurar que los delitos efectivamente se juzguen, refuerza al Estado de Derecho de forma fáctica y simbólica. Por un lado, se realizan procesos judiciales ante jueces imparciales, con una amplia garantía procesal para los imputados y con gran consideración de sus defensas. Por otro, se calma el pedido público por parte de la sociedad de “justicia” y se frena así el marco de posibilidades de venganzas privadas. Sobre esto, considero impecable una reflexión de Jaime Malamud Goti:

“Los juicios permiten a las víctimas de los abusos por derechos humanos recobrar el respeto por sí mismas como sujetos de derechos jurídicos. No creo que esto pueda ser interpretado como una forma especial de retributivismo dado que el mal que ellos sufrieron no se neutraliza por el mal sufrido por los agresores. Lo que contribuye a restablecer su autorrespeto es el hecho de que su sufrimiento sea escuchado en los juicios con respeto y empatía, que la historia

17 Hannah Arendt en su explicación del juicio que fue resultado de la extradición de Eichmann a Israel.

verdadera recibe un reconocimiento oficial, que la naturaleza de las atrocidades se discute abierta y públicamente, y que quienes perpetraron esos actos son oficialmente condenados. Este proceso no sólo suaviza el deseo de venganza, sino que reconstituye el autorrespeto de la víctima” (Malamud en Nino, 1996: 213)

En síntesis, conceder que en materia de derechos humanos podemos hablar de una moralidad objetiva, i.e. aceptar racionalmente que todo ser humano razonable, situado en condiciones ideales rechazaría moralmente a las manifestaciones del mal radical, trae además, las consecuencias políticas de la confianza en un Estado de Derecho, no sólo por las implicancias fácticas que generan los juicios en el sentido de que los delitos no queden impunes; sino también porque los juicios promueven la deliberación pública de una forma tal que contrarresta todo tipo de eventuales tendencias autoritarias en una sociedad. “El dar a conocer la verdad a través de los juicios alimenta la discusión pública y genera una conciencia colectiva y un proceso de autoexamen” (Nino, 1996: 214)

6.- Consideraciones finales

Como se intentó demostrar a lo largo del trabajo, considero que los fundamentos ético políticos de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad son de una relevancia tal que es imposible dejarlos de lado a la hora de analizar la procedencia o improcedencia estrictamente legal y formal de dicha figura. Como se demostró, los fundamentos de la prescripción penal para delitos comunes responden a causas de índole moral, como el olvido social del delito, la convicción jurídica popular, o la extinción de la alarma social que importa el paso del tiempo luego de cometido un hecho delictivo. Ahora bien, se comprobó que el mero paso del tiempo es sólo una condición procesal de aplicación de la prescripción en el caso concreto y no es la justificación de la misma. Paso seguido, se explicó por qué, además, ese mero “paso del tiempo” cede en el caso excepcional de los delitos de lesa humanidad. Corroborado todo esto, pudimos ver que desde que surgió la figura de la Imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, ha estado ligada a una aplicación retroactiva (recordemos que nació para ser aplicada a delitos *ya cometidos* en Segunda Guerra Mundial), y que además, así la han aplicado tanto los tribunales internacionales como los nacionales. Se han esgrimido argumentos jurídicos o bien internacionalistas (jerarquía de los tratados internacionales) o bien de derecho interno (el derecho de gentes presente en el art 118 CN). Pero sobre todo, se han esgrimido argumento extralegales, se ha visto una constante apelación o a los principios imperativos del derecho internacional *ius cogens*, o la capacidad racional de una persona de actuar conforme a los principios del Estado de Derecho. Cualquiera sea el argumento moral que analicemos, estaremos en presencia de una moralidad objetiva que reacciona frente al mal radical, y en presencia de una posibilidad de convergencia intersubjetiva de criterios morales que, en condiciones ideales, nos llevan a rechazar a la inmoralidad de las violaciones a los derechos humanos. Y las rechazamos porque son inmorales en el sentido más fuerte de la palabra -son manifestaciones del mal radical- y porque este imperativo moral, a la vez, nos hace notar la implicancia política de rechazar al mal radical: proteger y fomentar los valores democráticos, contrarrestando la sensación de ilegalidad que generan los delitos de lesa humanidad cuando éstos quedan impunes. Y, si para todo esto la herramienta jurídica que tenemos a nuestro alcance hoy en día es la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad,

sostengo que estamos moralmente obligados a dejar de lado los rigorismos formalistas al momento de su consideración y tener en cuenta sus fundamentos ético políticos, dado que allí encontraremos el espíritu de esta figura.

Bibliografía

- Arendt, Hannah, 2007, “Algunas cuestiones de filosofía moral” en *Responsabilidad y juicio*, (Barcelona, Paidós)
- Arendt, Hannah, 1999 (1961) *Eichmann en Jerusalén*, [Traducción de Carlos Ribalta], (editorial De Bolsillo, España)
- Bianchi, Andrea, 2008 “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”, en *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 3 EJIL 2008
- Browline, Ian, 1985 *Principles of Public Internacional Law*, (3rd Ed, Clarendon Press, Oxford)
- Carrara, Francesco, 1972, *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, (Temis, Bogotá)
- Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio, 2002, *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial..* (Ed. Hammurabi, Buenos Aires)
- Hoerster, Norbert, 2000, *En defensa del Positivismo Jurídico*, (Gedisa Editorial, España)
- Marrades, Julián, 2002, *La radicalidad del mal banal*, Logos Anales de Seminario de Metafísica, Vol 35
- Nino, Carlos S, 2006 (1996) : *Juicio al Mal Absoluto*, (Yale University Press, Buenos Aires)
- Nunñez, Ricardo, 1975, *Manual de Derecho Penal. Parte General.* (Ediciones Lerner, Córdoba)
- Pagliari, Arturo S, 2007, *Curso de Derecho Internacional Público*, (Ed Advocatus, Córdoba)
- Pfeiffer, María L, 2000, *El Mal Radical. Su lugar en la ética kantiana*, Ágora papeles de Filosofía, 19/2, 2000.
- Romero Villanueva, Horacio, 2008, *La prescripción penal*, (Abeledo Perrot, Buenos Aires)
- Sancinetti, M y Ferrante, M, 1999, *El Derecho Penal en la protección de los Derechos Humanos*, (Hammurabi José Luis de Palma Editor, Buenos Aires)
- Smith, M: “El realismo moral”, en P. Singer (editor), *Compendio de ética*, (Alianza Editorial, Madrid)
- Soler, Sebastián, 1957, *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. (Tipográfica Editora, Argentina)