

Título de la ponencia:

La aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa, basado en la doctrina de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad: breves conclusiones respecto del fallo de la CSJN “Arancibia Clavel, Enrique L. Causa N° 256”

Nombre del autor:

Diego Luciano Burgos

Sumario:

I. Introducción: plexo normativo pág. 2

II. Desarrollo

A) Perspectivas del derecho penal clásico / estado nación pág. 3

B) Breve exposición de las fuentes de la Imprescriptibilidad pág. 5

C) Consideraciones sobre del fin de la prescripción pág. 7

D) Colofón pág. 9

III. Conclusiones pág. 10

IV. Bibliografía pág. 13

mail: th.dlb@live.com.ar

## I. Introducción: plexo normativo

Luego de la reforma constitucional de 1994, como es sabido, once instrumentos internacionales referidos a derechos humanos fueron consagrados como de jerarquía constitucional en la normativa argentina, a través del inciso 22 del nuevo artículo 75. Uno de esos tratados es la Convención Americana de Derechos Humanos (de ahora en más CADH), la cual estatuye a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en más CIDH). Es por efecto del procedimiento enunciado en éste inciso, para el futuro otorgamiento de la máxima jerarquía a instrumentos internacionales de ésta índole, que en septiembre del año 2003 el legislador otorga rango constitucional a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (ley 25.778).

Posteriormente en agosto de 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por fallo de voto dividido (cinco a tres), aplica el principio de la imprescriptibilidad “a una causa fenecida” acorde al plexo normativo considerando el art. 18 CN, 59 y 210 CP. El fallo “Arancibia Clavel” (causa N° 256)<sup>1</sup> es objeto de la presenta exposición. Por primera vez la Corte declara lo que a fortiori parece ser la “aplicación retroactiva” de la norma penal más gravosa dada una nueva disposición.

El abordaje del tópico en cuestión es prácticamente un caso limite en la delimitación de la potestad punitiva del estado: a priori no es encuadrable en la dogmática penal, ni en los postulados de ningún estado de derecho liberal.

La complejidad de este particular, amerita una óptica transdisciplinaria, no exenta de problemas respecto a la fuentes de lo que puede ser considerado derecho aplicable o a la filosofía detrás de cada entidad discursiva contrapuesta a este respecto, ni mucho menos lograr un reduccionismo intrínseco a partir de las distintas ópticas metodológicas que erradamente intentan soslayar la cuestión valorativa.

Ejemplo de lo dicho se presenta respecto a las insospechadas y novedosas derivaciones de fuentes normativas constitucionales que repercuten sobre el derecho penal local:

La CIDH, en sentencia del 14 de marzo de 2001 sobre la causa Caso Barrios Altos Vs. Perú, sentó un precedente trascendental en cuanto a las responsabilidades de los estados en la aplicación de Pactos internacionales, más precisamente, en la obligación judicial de no anteponer disposiciones de derecho interno que sean incompatibles a la materialización de los principios y

---

<sup>1</sup> CSJN - 24/08/2004 - "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros-causa n° 259-." (en línea). Dirección HURL:<http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Arancibia-Clavel-CSJN.pdf> (consulta: 05/05/10).

derechos de la CADH.

Así las cosas se consagra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como resguardo de la dignidad humana y también, la pauta interpretativa de que el estado, con calidad de régimen sujeto al derecho, tiene la obligación insoslayable de perseguir, enjuiciar y (en su caso) condenar a los autores de graves violaciones a los derechos humanos. Lo doctrina de la imprescriptibilidad en este caso concreto, encuentra fundamento en el sistema argentino como una obligación de estado suscribiente a la CADH; huelga decir: un precedente dictado hacia Perú, por La CIDH, se convierte en vinculante a la Judicatura Argentina por la nueva integración en el desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos.

Ahora, el óbice central por el cual la doctrina unánimemente en Argentina rechaza las derivaciones de este fallo es que se violenta la concepción de raigambre liberal, por la cual el estado de derecho (sujeto a la legalidad de sus actos y ante todo sujeto a los límites impuestos por la constitución) ha incurrido irreparablemente en una peligrosa y anti constitucional vía de ejercicio penal, que se condice con concepciones anti liberales del estado: exclusión del principio de igualdad, reducción de la concepción de sujeto derecho inherente a la persona y doctrina del derecho penal basado en la peligrosidad inmanente. Esencialmente, todas derivaciones de lo que se ha dado en describir “Derecho Penal del Enemigo”<sup>2</sup> y que es denunciado<sup>3</sup> como un nueva oleada autoritaria, de lo que cíclicamente y desde la antigüedad romana, se renueva con distintos argumentos como parte del derecho penal de autor.

Y es que ¿Cómo puede ser concebido un estado que se aparte de la disposición del artículo 18 CN, sin ser considerando antiliberal?. Sobre el presente punto desarrollare el siguiente ensayo.

## II. Desarrollo

### A. Perspectivas del derecho penal clásico / estado nación

El primero de noviembre de 1995, por Ley 24.548, Argentina suscribe a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad (en adelante CICGLH), en 2003 establece su jerarquía constitucional. No quedan dudas de que en adelante ningún crimen de guerra-lesa humanidad podrá ser declarado proscrito.

Arancibia Clavel por su parte, realizó actos de terrorismo de estado entre de 1974 y hasta el 24

---

2 JAKOBS, Günter, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Buenos Aires, 2005.

3 Entre otros por PASTOR, Daniel R., *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*, p. 2

de noviembre de 1978, consistente en Asociación Ilícita en concurso real con participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (Art. 210, Código Penal y Art. 80, incs. 2º y 4º); el delito de asociación Ilícita habría proscrito a los 10 años por aplicación del Art. 62. CP. (la pena del Art. 210, es en su máximo de 10 años), esto es en 1988, sin embargo el primer llamado a prestar declaración indagatoria se produce el 15 de mayo de 1989.

Es decir, la CSJN “enuncia” que el delito no se encuentra proscrito, a partir de la incorporación ex post del mentado tratado a un proceso inherentemente ya fenecido. A grandes rasgos, es fácil denotar el apartamiento de los valores racionales del primer constitucionalismo moderno<sup>4</sup> que concebían al hombre como libre, auto determinable y a partir de ello, establecía razonablemente las garantías mínimas para evitar la desmedida y arbitraria injerencia de algún tirano<sup>5</sup>.

La importancia del principio de legalidad deviene de una concepción de dignidad inmanente a la persona: es porque es libre y razonable que puede elegir su conducta, actuar acorde a derecho y determinarse en su vida social; más nadie puede realizar esto si el derecho (más precisamente la ley, para este caso) no es previa. ¿De qué otra manera se le puede reprochar válidamente a una persona que, pudiendo libremente actuar acorde a derecho, no lo hace?. Es decir, es un soslayo a la dignidad humana incriminar una acción pasada con una disposición nueva. Prohibir aquello, una arbitrariedad, es precisamente lo que la legalidad en materia penal significa y representa<sup>6</sup>: la ley ha de ser previa al hecho y de aquí se deriva que nunca puede expandir la delictuosidad a una

---

4 Francia 1791, Estados Unidos 1774: más claramente en Francia, cuya constitución en su primera parte, al igual que en la argentina, establece garantías con el propósito manifiesto de delimitar los derechos insoslayables del individuo por el estado; la constitución americana por su parte no estableció ninguna parte dogmática, limitándose a la orgánica, se entendía que al positivizar (escribir) derechos naturales que todos los hombres poseían por ser iguales y libres, se lo limitaba. Sólo en enmiendas posteriores se establecen éstas garantías.

5 El absolutismo del Ancient Regime, tenía entre sus bases la autoridad incuestionable del monarca, así como facultades que desconocieran algún límite terrenal así, uno de los peores tipos de delitos eran los de “lesa majestad”. La aplicación más clara del autoritarismo desmedido, Pastor señala a estos delitos son los antecesores genealógicamente inmediatos de los crímenes de lesa humanidad. PASTOR, Daniel R., *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*, p. 4. Citando a FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, 2001, p. 807 ss.

6 ROXIN Claus, *HDerecho penal parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, 162.

acción ya pasada.

En principio, estos argumentos son desarrollados a ultranza en el voto en disidencia del Dr. FAYT. En segundo lugar realiza muchas otras consideraciones atinentes a la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos a saber, del juego de los artículos 18, 27<sup>7</sup>, inciso 22 del artículo 75<sup>8</sup> interpreta: el artículo 18 es parte del orden público argentino; en virtud del artículo 27 ninguna pacto concertado con nación extranjera puede contraponer el orden público argentino<sup>9</sup> y en virtud que la CICGLH, es de grado constitucional por el procedimiento previsto en la reforma de 1994, este argumento se ve “robustecido”<sup>10</sup>.

Hasta aquí los sumamente coherentes argumentos, no impasibles de algunas críticas: para empezar el exacerbado monismo nacional con respecto a las fuentes normativas que informan la constitución, lo cual sin embargo es coherente a una concepción filosófica del estado liberal<sup>11</sup>. De esta concepción parte de la idea de considerar (aún modernamente) el concepto clásico “soberanía” del estado nación y aplicar la misma filosofía utilizada por la dogmática penal de principios del siglo XX. A la vez, esto es pasible de nuevas observaciones acerca del razonamiento jurídico de la cual, como hemos visto, surge el absoluto rechazo a la idea de la aplicación de la doctrina de la imprescriptibilidad a causas fenecidas para el derecho interno.

#### B) Breve exposición de las fuentes de la Imprescriptibilidad

En 1960, transcurridos 15 años de finalizada la segunda guerra mundial, se genera la

---

7 “Art. 27.- El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

8 Art. 75 inc 22, parte pertinente: “tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.”

9 Considerando 15 del voto en disidencia del señor ministro doctor don Carlos s. Fayt.

10 Considerando 24 del voto en disidencia del señor ministro doctor don Carlos s. Fayt.

11 El código Francés de 1791: "Define en suma a la prescripción de la acción como de raigambre Liberal e inherente a los derechos del hombre y cualquier tentativa de restricción de esta como un retroceso autoritario que responde a un orden jerarquizado desconociendo los Derechos del hombre y del ciudadano" ALBANESE, Susana, *Crímenes de guerra. Delitos de genocidio y lesa humanidad. Imprescriptibilidad de la acción penal*, (en línea). Dirección [HURL:http://www.pensamientopenal.com.ar/17092007/doctrina01.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/17092007/doctrina01.pdf)H (consulta 5/11/09)

preocupación por parte de la comunidad internacional acerca de la posibilidad de enjuiciar a los criminales de Guerra Nazi, aún prófugos. Las normas de prescripción internas en los distintos estados imposibilitarían llevar a proceso judicial a aquellos que cometieron delitos contra el género humano.

Ahora, existe algo interesante respecto al derecho “no existe hasta que se dice”, definir en derecho, parece ser absolutamente todo, esto va de suyo para nuestro tópico: “ya que no hablamos de crímenes estatales sino de crímenes contra todo el género humano”, por ende las normas aplicables son sensiblemente distintas.

El segundo punto, es que el derecho internacional, a diferencia del de estado-nación, es eminentemente consuetudinario y para el caso que nos ocupa, está basado en jurisprudencia inaugurada con el Tribunal Militar de 1945, encargado de juzgar a las altas cabezas nazis. En aquella ocasión se dio un gran viraje respecto a la sujeción jurídicamente aceptable de conductas humanas a normas jurídicas que revestían el carácter de perfectas leyes en el sentido formal.

El precepto “dura lex sed lex” (es dura pero es ley), clave de una adhesión ideológica a todo derecho positivo, emanado de autoridad correspondiente, fue ante la aberración que constituyó los sucesos del holocausto (6 millones de civiles, sistemáticamente privados de su vida), reemplazado por el criterio de que “lo insoportable no puede ser derecho”, (iniusta lex sed no lex), he aquí en fenómeno puntal por el cual se condena a las altos jefes nazis, y es que no pueden excusarse ante la magnitud del crimen cometido bajo el ropaje de la ley positiva.

Esto es vital para entender el derecho penal internacional, por una parte de aquí la derivación, como nuevo aspecto, del concepto de dignidad humana, como parte inmanente (cada individuo) de un género humano y que existen lesiones que no son de raigambre estatal por afectar ese mismo tejido que constituyen la esencia de la humanidad considerada en conjunto (genocidios, deportaciones masivas, etcétera).

Por otro lado, se genera ese autopoietismo, en el que el derecho de gentes se desenvuelve<sup>12</sup>;

---

12 Desde la carta de Núremberg en 1945, la historia del siglo nos muestra una sucesión de tribunales internacionales, todos los cuales han comenzado su existencia cuando las potencias que derrotaron al eje fundaron el Tribunal Penal Internacional con un reglamento y una pena completamente facultativa a los jueces. Recientemente el mundo ha sido testigo de los procesos ad hoc de la ex Yugoslavia y Ruanda -1993-1994- estatuidos por la ONU y, ante todo el moderno Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, que cuenta con ratificación -y ya no sólo mera imposición- de más de cien países, con virtud subsidiaria al orden nacional como carácter del principio universal

no es el mundo de los tratados, ni del derecho positivo (meros cristalizadores), es el de la costumbre y el de la jurisprudencia ad hoc, todo remontable hasta comienzos de la década 1960, donde la doctrina de la imprescriptibilidad fue generada.

Eminentemente, en este siglo y dado lo acontecido respecto al Holocausto, la típica concepción decimonónica del estado-nación y el concepto de soberanía, como esa posibilidad de realizar cualquier acto de gobierno sin tener que rendir cuentas a nadie ha quedado anquilosada: no es admisible de ninguna nación (“civilizada” según la doctrina) obrar contra el género humano: Inherentemente los delitos de lesa humanidad, se traspa el regular funcionamiento del estado-nación, por lo que es pasible afirmar que incluso cuando un estado acepte su auto limitación a juzgar estos delitos, ya basados en la prescripción u otros, no está sino renunciando a una capacidad procesal de carácter territorialidad (sin prejuicio de las responsabilidades internacionales) que sin duda excede y desborda al concepto tradicional de soberanía en virtud de un orden global y con áreas de normativa propia por antonomasia.

Entonces, respecto a la aplicación retroactiva de la nueva disposición penal, que alcanza en este caso a una causa fenecida hacía más de un año: no existiría más que desde una óptica del derecho positivo del estado nación argentino “ya que desde 1960, habría sido imprescriptible”<sup>13</sup>

Aquí, en materia de jerarquía e interpretación constitucional, la pauta “en las condiciones de su vigencia” del inciso 22 del artículo 75 remite a dos posibles acepciones: la primera se refiere a las reservas realizadas al momento de suscribir un tratado, la segunda a la manifestación jurídica efectiva en que el tratado vale y existe al tiempo de ser subscripto. A esta segunda acepción se pliega la Corte en el voto mayoritario.

Huelga analizar entonces si toda la teoría de la imprescriptibilidad y del derecho de gentes no es simplemente un “neo punitivismo” que hace de excusa al derecho penal de autor, en un regresión autoritaria desde estado de derecho liberal.

### C) Consideraciones acerca del fin de la prescripción

De la prescripción se han enunciado tres fines (clásicos): 1º, el cese de la alarma social torna innecesaria la pena; 2º, la persona no es la misma por el influjo del tiempo y no necesita resocializarse; 3º, la seguridad jurídica del sistema exige que todo fenezca alguna vez. Se ha argumentado también el trastorno a la faz procesal, debido a la imposibilidad de ejercer

---

13 considerando 28 del voto de la mayoría, parte pertinente: “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.--

adecuadamente la defensa en juicio dado el envanecimiento de las fuentes probatorias.

Respecto del primera razón, que es considerada en el considerando 21 de la mayoría, los crímenes de lesa humanidad son eminentemente “la excepción a la regla”, dado que per se se trata de acciones extremadamente repugnantes a la concepción contemporánea de dignidad humana.

Aquí habría que mencionar también el motivo de la existencia de CICGCILH, que fue concebida especialmente para posibilitar el afianzamiento de los objetivos enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, esencialmente como herramienta que posibilite la acción del poder judicial respecto a este tipo de delincuentes. Este argumento teleológico, es recogido por el voto del Dr Maqueda, en considerando 75, al que se le debe sumar el argumento “funcional” de la mayoría en el considerando 23: “Que el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica”. Por tanto, admitir alegremente el instituto de la prescripción sería sumamente dañoso, ya que garantizaría la impunidad de quienes están en control de los mecanismos del estado, a partir de su mera permanencia en el tiempo en la situación que les permite ser victimarios.

Eminentemente, los fundamentos de considerar a la dignidad del ser humano como auto determinable “ceden” ante consideraciones de actos sucedidos en el siglo XX que no pudieron ser previstos en los albores del diseño del estado en la Ilustración<sup>14</sup> hace ya 200 años. Ante esto se puede objetar, que se está artificialmente creando una la doctrina laguna contra legem y que el principio de igualdad se diseño específicamente para evitar este tipo de punición en un estado que precisamente, fue concebido “de derecho”.

Respecto de los otros argumentos de la necesidad de prescripción, es dable decir que la necesidad de resocialización de una persona, no es ateniende a la calificación de la pena. La pena es un reproche por lo realizado, a priori en estos casos el reproche prima por encima de las consideraciones de la dignidad de la persona a priori “resocializada”, ya que es todo el género humano el que resulta afectado por este acto dañoso que, como ya lo hemos descripto en la

---

14 Aparecido modernamente en el Art.5 de La Declaración de Derechos del Hombre y El ciudadano de 1791 establece el principio de ley previa; tomado por el constituyente que lo incorporó la tradición argentina en el artículo 5 del Estatuto Provisional para la Administración del Estado, sancionada 5 de mayo de 1815, desde entonces letra pétrea de todo proyecto constitucional argentino. ZAFFARONI, Eugenio R., Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, t 1, 1980, p. 67

jurisprudencia de la CIDH, debe ser perseguido. Sin embargo, la ejecución penal individualiza por sí la necesidad efectiva de institucionalización, amén del instituto de la prisión domiciliaria. Por lo cual no es correcto identificar la condena efectiva con el régimen tendiente a la resocialización que se ejecute ya que avanzan por carriles distintos.

Por razones de brevedad no me detendré en los otros fines de la prescripción.

### III. Colofón

Hemos visto el plexo normativo en el cual se rodea este leading case, los problemas interpretativos en torno al inciso 22 del artículo 75 luego de la reforma de 1994, la obligación internacional asumida por argentina al ratificar la CADH y la jurisprudencia de CIDH en re “Barrios Altos”<sup>15</sup> la ratio iuris que emana de los sucesos históricos del siglo XX y la que informaba al primigenio artículo 18.

En la multiplicidad de discursos contrapuestos, y sin entrar a exponer sobre las “interpretaciones auténticas” por razones de brevedad, es óbice de este trabajo, no solo relevar el contenido del fallo y de la opinión doctrinaria unánime en torno al mismo, que es de total rechazo en Argentina. Este derecho “alternativo” en materia penal, simplemente calificado de anti liberal, autoritario y, encuadrable como una versión del derecho penal del enemigo al que ya me he referido.

Sin embargo, “¿Que conocimiento es sabido al mismo tiempo bastante bien y bastante mal para ser conocido una sola vez, de una sola manera, según un tipo de aprehensión?”<sup>16</sup>

Queremos puntualizar aquí, que no surge del texto constitucional, de modo unívoco, ni siquiera claro en su actual redacción un discurso categórico e inteligible que permita decir que no existe aquí una aplicación retroactiva de una disposición penal nueva que incrimina una conducta pasada, extendiendo inaceptablemente el marco punitivo estatal en una “trasnochada idea de que el derecho penal debe ser aplicado a ultranza en la persecución de toda violación de derechos

---

15 La cual es citada, del modo más contundente por el Dr. Petracchi, en el considerando 23 de su voto.

16 “Pero, después de todo, ¿Qué forma de saber es bastante singular, esotérica o regional para no ser dada nunca más que en un punto, y en una fórmula única? ¿Qué conocimiento es sabido al mismo tiempo bastante bien y bastante mal para ser conocido una sola vez, de una sola manera, según un tipo de aprehensión? ¿Cual es la figura de la ciencia, por coherente y cerrada que sea, que no deja gravitar a su alrededor formas más o menos oscuras de conciencia práctica, mitológica o moral? Si no hubiese vivido en el orden disperso y reconocido solamente por sus perfiles, toda verdad entraría en el sueño” FOUCAULT, Michel, *Historias de la Locura en la Época Clásica*, Buenos Aires, 2004, t.1, p. 257

humanos”<sup>17</sup>. A la vez, este discurso aceptado en la doctrina, no hace más que reflejar las limitaciones de ésta, en tanto fallan en concebir al derecho como algo más que un ejercicio axiomático deductivo repitiendo los cánones del estado-nación y concepciones axiológicas decimonónicas. Decir que desde el texto codificado y la dogmática del S. XVIII y XIX, se previeran tales atrocidades y la escala de las mismas ocurridas durante el S. XX, sin duda indica un pensamiento falaz, una concepción por demás mítica del derecho de hace dos siglos.

#### IV. Conclusiones

Existen, como todo en derecho, dos posibilidades de encarar este caso limite, el primero y más popular entre la doctrina es afirmar que éste instituto es de excepción, anti liberal y repugnante. El segundo es tomar en cuenta concepciones contemporáneas, siguiendo a PERELMAN, desde la segunda guerra mundial es difícil decir que se haya virado hacia un naturalismo jurídico, sino más bien al modo de argumentación aristotélico que parte de hechos comunes no puestos en duda. Uno de éstos es que la impunidad de este tipo de delitos es insoportable, lo cual la CSJN fundamenta diciendo que la alarma social en este tipo de delitos no cesa, por el mero paso del tiempo. En esta tésis la Ley fundamental del derecho interno argentino y el derecho internacional de los derechos humanos<sup>18</sup>, se han complementado en una.

En segundo lugar, sería un despropósito de la idea de prescripción, ya que los únicos que pueden cometer estos delitos son los que están en control de las agencias de punición estatal y solo les bastaría perpetuarse en tal posición para que por el mero paso del tiempo logren la impunidad. En teoría, la punición estatal debe ser restringida al imperio de la Ley, pero éste que ha sido uno de los óbices de lo que ha sido denominado proyecto inacabado de la modernidad<sup>19</sup> o “nueva barbarie”<sup>20</sup>, ha posibilitado los lamentable sucesos del siglo XX, a partir de la subsección indiscriminada a cánones positivos.

El tercer argumento, es el desarrollo de la jurisprudencia internacional de la CIDH

---

17 véase el excelente desarrollo que realiza PASTOR, Daniel R, *La deriva neopunitivista de organismos activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*”, Nueva Doctrina Penal, 2005/A

18 Terminología utilizada por ABREGÚ, MARTÍN, *Persecución Penal de Graves Violaciones de los Derechos Humanos*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, 2003, p. 33 ss.

19 HABERMAS, JÜRGEN, *El dilema filosófico de la Modernidad*, Buenos Aires, 2008, p. 9.

20 ADORNO, Theodore W., HORKHEIMER, Max, *Dialéctica del Iluminismo*, 1945, p. 10.

esencialmente con el importantísimo precedente *Barrios Altos vs. Perú*, luego de la trascendental reforma constitucional de 1994 crea un nuevo marco normativo, en el que se insertan de esta manera responsabilidades para el estado, el cual tiene frente a las demás naciones el deber de enjuiciar a este tipo delincuentes.

Esta es la otra conclusión a la que se puede arribar, la perfectamente coherente exposición de la CSJN de un desdoblamiento normativo, a la que a su vez el orden jurídico argentino se ha incorporado por obra del inciso 22 del artículo 75 post 1994: el derecho de gentes, desde el Tribunal de Nüremberg e incluso antes, jamás reconoció la posibilidad de que los delitos de lesa humanidad fuesen imprescriptibles.

Arancibia clavel cometió sus delitos entre 1974 y 1978, habiendo siendo llamado a declarar en 1989 es impasible de invocar que el delito había proscripto un año antes, ya que desde siempre ante las naciones civilizadas lo que estaba realizando era imprescriptible. La confusión se puede dar porque la convención se incorpora al orden argentino en 1995, sin embargo, esto solo puede ser óbice de objeción para la ultra ortodoxa doctrina, algo anquilosada, ya que es imposible sostener actualmente la que cada estado nación sea un compartimento estanco respecto a los demás, lo cual es propio de la concepción liberal decimonónica.

En cuanto a los fines de la pena y la individualización propia de la ejecución penal, si bien transita por carril diferente el cumplimiento de la resocialización del delincuente, el hecho de desligarla del reproche por el hecho cometido se presenta como un punto particularmente difícil por obra del tiempo sobre la persona.

Como punto final, la interpretación de la constitución de diferentes modos, lleva a conclusiones diametralmente distintas, como se puede apreciar en las disidencias sumamente razonables del Dr. Fayt respecto de Zaffaroni. La respuesta no es unívoca, pero es claro de que la cuestión valorativa no puede ser soslayada, finalmente es imposible afirmar que el poder judicial no tenga una función política de armonizar los derechos y garantías del texto con la visión políticamente dominante en una sociedad en un tiempo dado<sup>21</sup>. Lo cual logra justificar perfectamente para disgusto prácticamente unánime de la doctrina argentina: y es que a Fortiori

---

21 “como es la de armonizar el orden jurídico de origen legislativo con las ideas dominantes de lo que es justo y equitativo en el medio dado. Por esta razón, la aplicación del derecho y el paso de la regla abstracta, no son simples procesos deductivos, sino una adaptación constante de las disposiciones legales a los valores en conflicto”. PERELMAN, Ch., *La Lógica Jurídica y la nueva Retórica*, Madrid, 2006, p. 115

no existe aplicación retroactiva de ningún dispositivo penal más gravoso, ya que nada se incorpora que no fuese parte del derecho internacional al tiempo de cometerse los delitos.

Finalmente la concepción de Dignidad Humana en un principio significó que la persona era razonable-determinable y por eso era incorrecto penarla sin ley previa. La dignidad humana, expresada por el derecho de Gentes del siglo XX, rompe con los cánones a-históricos, abstractos y universales de la Ilustración reclamándose a sí misma en la elaboración de un nuevo concepto de dignidad humana: como parte del género y a todas luces no convalidando los sucesos masivos del siglo XX. Por razones de brevedad tampoco consideraremos otros tipos de acepciones del concepto de dignidad Humana<sup>22</sup>.

Para el este caso, ambos conceptos no se excluye, sino que se nutren mutuamente, en una nueva simbiosis de un derecho único, completamente ajena a los cánones interpretativos decimonónicos.

---

22 Así SANCINETTI: “Se podría pensar perfectamente en la posibilidad de reconocer algún derecho fundamental de la persona a que en algún momento concluyan sus cuentas pendientes con la comunidad: la posibilidad de un pleito abierta para siempre podría considerarse lesiva a la dignidad del hombre. [...] Pero ¿por qué razón podría una sociedad retardar éste reclamo sine die?” EN SANCINETTI, Marcelo A., *Persecución de Graves Violaciones de los Derechos Humanos*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, 2003, p, 68

## V. Bibliografía

Adorno, Theodore W., Horkheimer, Max, "Dialéctica del Iluminismo", 1945.

Agulla, Juan Carlos (comp.) Ciencias Sociales: presencia y continuidades. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias.

Buteler, José Antonio (comp.), "Fallos Actuales en Materia Penal. Corte Suprema de Justicia de la Nación", Nuevo enfoque Jurídico

Folgueiro, Hernán L., Parenti, Pablo F. (comp.), "Persecución de Graves Violaciones de los Derechos Humanos", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

Foucault, Michel, Historias de la Locura en la Época Clásica, Breviarios, Buenos Aires, 2004.

Habermas, Jürgen, "El dilema filosófico de la Modernidad", Katz, Buenos Aires, 2008.

Jakobs, Günter, Cancio Meliá, Manuel, "Derecho Penal del Enemigo", Hammurabi, Buenos Aires, 2005

Lazcano, Carlos J. (h), "Manual de Derecho Penal", Advocatus, Córdoba, 2002.

Pastor, Daniel R, "La deriva neopunitivista de organismos activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", Nueva Doctrina Penal, 2005/A

Pastor, Daniel R., "El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional".

Roxin Claus, Derecho penal parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, Civitas, 1999.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Aliaga, Alejandro, Slokar, Alejandro, "Manual de Derecho Penal", Ediar, 2005.

CSJN - 24/08/2004 - "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros- causa n° 259-." (en línea). Dirección

[URL:http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Arancibia-Clavel-CSJN.pdf](http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Arancibia-Clavel-CSJN.pdf)

ALBANESE, Susana, *Crímenes de guerra. Delitos de genocidio y lesa humanidad. Imprescriptibilidad de la acción penal*, (en línea). Dirección

[URL:http://www.pensamientopenal.com.ar/17092007/doctrina01.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/17092007/doctrina01.pdf)