

**DERECHO A LA IDENTIDAD
Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES
DE LESA HUMANIDAD**

Este documento ha sido elaborado con la ayuda financiera de la Unión Europea y de la Agencia Española de Cooperación Internacional. Su contenido es responsabilidad exclusiva de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y en ningún caso se debe considerar que refleja opinión de la Unión Europea o de la Agencia Española de Cooperación Internacional.

DERECHO A LA IDENTIDAD Y PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD



ABUELAS DE PLAZA DE MAYO
Virrey Cevallos 592 PB1 (CP 1097)
Tel. 4384-0983
abuelas@abuelas.org.ar
www.abuelas.org.ar
www.redxlaidentidad.org.ar

ARCHIVO BIOGRÁFICO FAMILIAR DE
ABUELAS DE PLAZA DE MAYO
Corrientes 3284 4° H
Tel. 4864-3475 / 4867-1212
archivo@abuelas.org.ar

CENTRO DE ATENCIÓN POR
EL DERECHO A LA IDENTIDAD
Gurruchaga 1079
Tel. 4899-2223 / 4899-2228
identidadpsi@abuelas.org.ar

CONADI
25 de Mayo 552, 2° piso
Tel. 4312-6648
conadi@jus.gov.ar
www.conadi.jus.gov.ar

FILIAL DE ABUELAS LA PLATA
Calle 8 N° 835, Galería Williams,
Piso 6 Oficina 1 (CP.1900)
Tel. (0221) 425-7907
laplata@abuelas.org.ar

FILAL DE ABUELAS MAR DEL PLATA
Bolívar 3053 7° D, edificio "Tango"
Tel. (0223) 496-3029
abuelmardel@abuelas.org.ar

FILIAL DE ABUELAS ROSARIO
Calle Moreno 248
Tel. (0341) 472-1466/472-1467
int. 114
rosario@abuelas.org.ar

FILIAL DE ABUELAS CÓRDOBA
Duarte Quirós 545, piso 3, dpto. C,
Edificio "El Foro" (CP 5000)
Tel.Fax. (0351) 421-4408
cordoba@abuelas.org.ar

FILIAL DE ABUELAS AYACUCHO
Almirante Brown 514

EDITOR

Abel Madariaga

PRODUCCIÓN Y COORDINACIÓN

Clarisa Veiga, María Laura Rodríguez

CORRECCIÓN

María Laura Rodríguez

COMPOSICIÓN Y ARMADO

Diego Gorzalczany

DISEÑO DE TAPA

Bárbara Linares

Índice

PRÓLOGO COMISIÓN EUROPEA	13
PRÓLOGO AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL	17
PRESENTACIÓN	19
PROBLEMAS DE DERECHO PENAL	
La supremacía del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina: un análisis del fallo de la Corte Suprema en el caso “Arancibia Clavel”.	
<i>Hernán I. Schapiro</i>	23
Inconstitucionalidad de las Leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida” Notas al fallo “Simón” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.	
<i>Hernán L. Folgueiro</i>	67
Límites a la facultad presidencial de indultar. Un análisis en torno a la validez de los decretos de indulto que impidieron la investigación y el castigo de los ilícitos cometidos por la última dictadura militar argentina.	
<i>Lisandro Pellegrini y Agustina Rodríguez</i>	121
Acerca de las condiciones de detención en los centros clandestinos de detención y el delito de tormentos.	
<i>María Saavedra y Clarisa Miranda</i>	165

Los delitos del art. 146 del CP a la luz del derecho a la identidad
y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
Nuria Piñol Sala 205

Discusiones jurisprudenciales en torno a los tipos penales
usualmente presentes en sentencias condenatorias por
apropiación de menores.
Alan Iud 247

PROBLEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL

Los análisis genéticos después del fallo “Vázquez Ferrá”
de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
Luciano A. Hazan 283

Una reseña sobre los actuales lineamientos de la jurisprudencia
nacional e internacional en materia de excarcelación en casos de
delitos de lesa humanidad.
Iván Polaco y Sebastián Alejandro Rey..... 307

EL DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad en breves comentarios a los votos
disidentes del Caso de las Hermanas Serrano Cruz.
Verónica Asurey y Natalia A. L. Ferrari 339

Prólogo de la Comisión Europea

Gustavo Martín Prada

Jefe de la Delegación de la Comisión Europea en la Argentina.

No cabe duda: “Derecho a la Identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad” es un tema de alta relevancia para Argentina, ya que durante la última dictadura militar varios cientos de niños fueron ilegalmente apropiados y privados de su identidad, uno de los crímenes más odiosos que puedan imaginarse. Estos actos terribles, en su gran mayoría no resueltos, merecen, más allá de las familias personalmente afectadas, una atención particular y específica de toda la sociedad. Nos alegramos con cada uno de los niños –hoy jóvenes– identificados; sin embargo, la atención no debe cesar hasta que el destino del último de estos niños robados sea esclarecido y su identidad restituida. Es además un momento muy oportuno para difundir a un amplio público un libro que presenta un análisis profundo de algunos fallos importantes y resoluciones de la Justicia al respecto. Los estudios que se presentan en esta publicación tal como la supremacía de los derechos humanos; la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía; los límites de la facultad presidencial de indultar, las condiciones de detención en los centros clandestinos; y otros son de interés evidente para la sociedad argentina. Hoy nos toca, afortunadamente, vivir una época favorable para el esclarecimiento de los crímenes de la dictadura. A 30 años del inicio de uno de los períodos más dramáticos de la historia argentina, las leyes de amnistía han sido anuladas y se inició una serie de juicios contra los responsables de los abusos cometidos en la última dictadura. Publicaciones acerca de los derechos humanos encuentran un público agradecido e interesado. Y la Constitución de 1994 otorga rango constitucional a los más importantes convenios internacionales de dere-

chos humanos. Sin embargo, no debemos olvidar este trágico momento de la historia argentina. Esos tiempos de miedo, de exilio, de desapariciones forzadas, de tortura, de centros clandestinos de detención y de vuelos de la muerte. Es esta memoria dolorosa que muchas veces nos anima a seguir con la lucha a favor de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad. Quiero felicitar a las Abuelas de Plaza de Mayo, estas mujeres valientes que se atrevieron a resistir con valentía, ante quienes les robaron a sus familiares y tan violentamente abusaron de los derechos humanos. Hoy en día las Abuelas de Plaza de Mayo son conocidas y admiradas entre los defensores de derechos humanos en todo el mundo y tienen una trayectoria notable y ejemplar. Sus acciones, aunque destinadas en una primera instancia a recuperar a sus nietas y nietos, han tenido una repercusión mucho más amplia, incluso más allá de las fronteras argentinas. En el transcurso de los años, las Abuelas prepararon, llevaron a cabo y participaron en una gran cantidad de programas y proyectos y con la ayuda de socios en la lucha por la dignidad humana, lograron recuperar a una parte de los niños robados, establecer un Banco de Datos Genéticos y asegurar que no se olvide este crimen de apropiación ilegal de sus nietas y nietos. Logros de los cuales hoy se benefician víctimas de violaciones de derechos humanos en muchos países del mundo.

La publicación “Derecho a la Identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad”, realizada junto con la Procuración de la Nación, constituye un aporte más para reforzar la determinación del pueblo argentino de asegurar que los acontecimientos de esta sombría época no se repitan, nunca más. Es un paso más en este largo camino, una contribución que se inserta en un marco más amplio de actividades realizadas por las Abuelas de Plaza de Mayo y otras organizaciones e individuos, dentro y fuera del gobierno, comprometidos con los derechos humanos y la democracia. Para la Comisión Europea es un privilegio contribuir a estos esfuerzos con fondos provenientes de la Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos. Es una iniciativa que surgió en el año 1994 de la indignación y el repudio de parlamentarios europeos ante graves violaciones de derechos humanos en muchas partes del mundo, y

con la cual se ha podido contribuir a innumerables acciones y proyectos tendientes a promover la democracia y el respeto de los derechos humanos en muchos países en el mundo, en particular los que viven o habían vivido períodos de graves violaciones de los mismos. Esta contribución, que va más allá de un aporte financiero, refleja el absoluto compromiso de la Unión Europea basado en sus propias y a menudo dolorosas experiencias de no sólo promover el respeto de los derechos humanos en su “casa” europea, sino de apoyar a acciones de organizaciones de derechos humanos en todo el mundo que comparten los mismos valores fundamentales, los mismos objetivos, la misma visión de la dignidad del ser humano y la incondicionalidad de sus derechos. Sin duda se trata de fondos importantes; sin embargo, sabemos que sólo en manos de organizaciones e individuos comprometidos, responsables, y con el coraje necesario ante situaciones tan dramáticas, estos fondos pueden causar el impacto deseado. Volviendo a la publicación aquí presentada: espero que tenga una amplia difusión, y quiero expresar mi deseo que la colaboración entre la Unión Europea y Argentina en el ámbito de los derechos humanos continúe y se intensifique aún más en el futuro.

Prólogo de la Agencia Española de Cooperación Internacional

Javier Calviño Pazos

Cualquier forma de documentar los hechos del pasado conlleva al no olvido y debe ser reconocida como un derecho de cualquier sociedad.

La presente publicación recoge casos, causas y fallos relevantes de la justicia argentina. A través de su análisis, estudio y comparación, los documentos aquí reunidos constituyen un material indispensable para promover y potenciar la formación de futuros profesionales del Derecho. A su vez, son un valioso aporte para todas aquellas disciplinas vinculadas a la temática de la violación de los Derechos Humanos y, en especial, al Derecho a la identidad.

La obra, así constituida, no es tan sólo un repositorio de hechos destinados para quienes están familiarizados con el ámbito jurídico. Su objetivo, muy por el contrario, es hacer asequible el funcionamiento de la justicia al conjunto de la sociedad, centralizada, en este caso, en una época trágica para el pueblo argentino. Por esta exclusiva y ecuánime razón, esta obra se inscribe dentro del vasto proceso de reintegración y reconstrucción de su identidad.

Comentando con Don Ernesto Sábato esta publicación de las Abuelas de Plaza de Mayo, me manifestó su profundo respeto y admiración por quienes luchan por la verdad:

“A menudo he intentado desentrañar ese ominoso misterio que lleva a un hombre a convertirse en criminal. Sin embargo, toda respuesta me ha parecido siempre una mendaz improvisación. No hay ética, religión

ni metafísica que pueda dar cuenta del mal. Pero –o por eso mismo– el compromiso con lo que es absoluto me ha llevado siempre a actuar más allá de la imposibilidad de toda racionalización.

En este sentido, la labor de las Abuelas de Plaza de Mayo es un símbolo conmovedor de ese demencial heroísmo que, en medio de una realidad injusta, abre un cauce donde la justicia puede ser una realidad. La presente publicación, fruto del invalorable aporte de la AECI, es, sin duda, una herramienta excepcional en medio de esta significativa lucha por hacer de la memoria, un imperativo moral. Ella es el mayor instrumento del que disponen los pueblos para no verse nuevamente reducidos por los más aberrantes actos de crueldad”.

Por medio de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), desde hace años, España viene poniendo en acción todos sus mecanismos para llevar adelante una política de cooperación, relativa a la defensa y el compromiso con los derechos humanos y la democracia. Recientemente, la AECI ha tenido ocasión de manifestar este compromiso a través del vínculo gestado con la Procuración General de la Nación en convenio con la asociación de Abuelas de Plaza de Mayo, cuyo trabajo ha dado ya valiosos frutos. En esta oportunidad, la AECI colabora financiando y editando la presente obra.

Como representante de la AECI, y en cumplimiento del compromiso que he asumido ante este organismo, deseo que esta publicación se convierta en un verdadero aporte puesto al servicio de la recuperación de la identidad y de la memoria del pueblo argentino.

Presentación

Félix Pablo Crous

Fiscal general de política criminal, derechos humanos y servicios comunitarios.

Seré breve. Lo que sigue es mucho e intenso, de modo que no cansaré con esta introducción.

Es un orgullo personal y para la Procuración General de la Nación que Abuelas de Plaza de Mayo nos haya invitado a emprender juntos un camino de cooperación técnica, de la cual la edición de este libro es un hito muy importante.

Si el Estado que secuestró, torturó y asesinó a miles de personas puede ser percibido, al menos en alguno de sus estamentos, como interlocutor confiable y representativo del interés y los derechos de las víctimas de esas atrocidades, no podemos sino agradecerlo. Nos place en lo que nos toca, pero también como constancia de que para algo ha servido el tránsito por estos años de democracia, a los que no le faltaron zozobras, sorpresas ni defecciones.

Ya se sabe: la tarea del abogado no es la de mayor prestigio social. Buenas razones hay para que pesen sobre nosotros varios de los motes con que nos recuerdan, que solemos medrar con la desgracia ajena; por regla oficiamos de hechiceros del sistema; y a menudo obramos como artesanos de la institucionalización del estatus quo, de las más injustas relaciones de poder.

Tal vez por éste y otros motivos igualmente inquietantes muchos egresados de las facultades de derecho se han refugiado en los recintos de la academia, a resguardo de la realidad. Allí las normas immaculadas suelen dialogar entre sí, mientras los prestidigitadores de la entelequia despliegan sus galimatías en las señoriales y recoletas aulas.

Por cierto, nadie niega que el derecho y sus usinas han aportado algunas herramientas valiosísimas para la lucha contra la impunidad. Pero a la hora de someter todas las creaciones a la prueba del cotejo con las valoraciones que impone la barrosa realidad suele hacerse mutis por el foro; ni qué decir cuando toca arremangarse para el emplazamiento de los dispositivos instrumentales mediante los cuales esos desarrollos deberían tornarse operativos.

Por ahí ha quedado enredado cierto sector de la doctrina que caracteriza al Estado como un invariable impulso irrefrenable por el abuso de poder. Si vamos hasta el paroxismo, parecería que La Bonaerense ha salido masiva y alocadamente a perseguir genocidas.

Identificar el estado policial que anida como núcleo constitutivo histórico político y cultural dentro del sistema penal estatal formal con las fuerzas hoy realmente dispuestas a investigar, juzgar y castigar la forma más extrema de ese fenómeno, cual es el Estado terrorista, es una simplificación indigna de quien quiera llamarse intelectual, y muy peligrosa. Y suena ingenuo pensar en la ingenuidad de quien lo sostiene.

Es que, mientras tanto, no parece generar demasiadas alarmas ni contradicciones para los predicadores de la atonía estatal el vender su fuerza de trabajo a cualquiera, aun a aquellos que afianzan la eficiencia de la corrupción con la que colisionan con la fuerza de los ex grupos de tareas de la dictadura ¿cuándo el abogado empieza a parecerse a su cliente? ¿La doble condición, admitida en nuestras tradiciones, de jurista y abogado, autoriza a que ese matrimonio funcione sin reglas ni límites? ¿Es éticamente indiferente defender a cualquier lacra en el foro y llenarse la boca con los Derechos Humanos en la cátedra?

Los trabajos que componen este libro han sido elaborados por jóvenes autores, en los cuales conviven la actividad académica y el amor por el derecho con el ejercicio de la abogacía y la actividad judicial. Varios de ellos conforman la Unidad de Asistencia para causas por Violaciones a los Derechos Humanos de la Procuración General de la Nación, que coordino.

Digo lo último por la satisfacción que me produce compartir el trabajo con un equipo consolidado y comprometido –con lo mucho que cuesta

conseguirlo—. Pero también para llamar la atención de los distraídos sobre el penoso trabajo cotidiano de subir las empinadas cuevas de la burocracia que todavía impera en nuestros juzgados coloniales; un sistema procesal anacrónico que brinda mil oportunidades de estratagemas dilatorias a los abogados de los genocidas con la tolerancia extrema de los jueces; los pactos de silencio de los represores y sus colegas y la dificultad de investigar crímenes cometidos con previsión de impunidad sin contar con el pleno auxilio de las fuerzas de seguridad en cuyo seno todavía opera la ideología —cuando no las mismas personas— del aparato represivo ilegal; todo esto en poco se parece a un Estado omnipotente y ciego persecutor de ancianos —y no tanto— genocidas desvalidos.

Antes bien, solo un puñado de magistrados, funcionarios y agentes estatales motivados con el plus de sus convicciones personales y extraños a la cría del Proceso, enfrentan francamente el trabajo, con los recursos que sean, extremando el esfuerzo y la creatividad.

A la vez, el sistema judicial equipara, y por ende ampara todavía, a la enorme mayoría de la zaga de empleados, funcionarios y magistrados de la dictadura —que por algo fue cívico militar— que aún no se renovó vegetativamente, y lo hace en igualdad de condiciones ético administrativas. Esto, además de injusto con los agentes democráticos y disvalioso desde la perspectiva constitucional vigente, muestra una realidad poco saludable para la institucionalización republicana.

El sistema judicial se debe todavía un saneamiento a la manera de los procesos de desnazificación; enfrentar sin eufemismos esta deuda impaga desde 1983. Salvo casos flagrantes de adhesión indisimulable y brutal a la dictadura, el Poder judicial es, y en buena medida se percibe a sí mismo, como un continuo indiferente a ese trágico hiato histórico, una entidad autónoma a las vicisitudes de las tragedias de la República a la hora de separar la paja del trigo entre sus propios cuadros.

En ese amasijo, y en el sistema de procedimientos, costumbres y rituales de pertenencia que los educó y al cual tributan, tal vez residen buena parte de las causas de las dificultades que afrontamos para obtener justicia de nuestros tribunales para los crímenes del terrorismo de Estado.

Los abogados defensores de los genocidas suelen demandar a algunos fiscales y a las querellas menos trabajo que los Tribunales de la Nación.

Vaya en este libro, entonces, un aporte, una herramienta de trabajo para la lucha por la Justicia y contra la impunidad de una nueva generación de abogados, amantes de las mejores teorías, esas que muestran sus virtudes en la práctica que quienes las enarbolan sostienen con su esfuerzo cotidiano; y un reconocimiento a las universidades donde han sido formados en los ideales democráticos, como profesionales sensibles al sufrimiento de los prójimos que lucharon contra la injusticia y por eso sufrieron la implacable venganza del poder.

Buenos Aires, mayo de 2006.

Problemas de derecho penal

La supremacía del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina: un análisis del fallo de la Corte Suprema en el caso “Arancibia Clavel”.*

Hernán I. Schapiro**

I. INTRODUCCIÓN

En el fallo “Arancibia Clavel”¹ la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo, por mayoría de los miembros que por entonces la integraban, la imprescriptibilidad de la acción penal de un delito de lesa humanidad –la asociación ilícita para cometer esa clase de crímenes–, perpetrado desde el aparato estatal en la década de los 70, aún cuando para esa época no se encontraba vigente en Argentina la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” (en adelante CICGLH).

* Agradezco a mi compañero y amigo, el Lic. Lucas Miguel, por la paciente lectura de este trabajo y por sus observaciones.

** Secretario de la Unidad Fiscal Federal de La Plata, que interviene en las causas por delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar. En el período 1998/2000, Secretario en el “Juicio por la Verdad” que lleva adelante la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Master Derechos Fundamentales y doctorando en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: herni49@yahoo.com

Para arribar a esta conclusión, el tribunal se introdujo en el tratamiento de algunas cuestiones que revisten especial trascendencia en materia de persecución de los delitos del terrorismo de Estado, sobre todo la relación entre el derecho internacional (consuetudinario y convencional) con el derecho nacional y, en particular, con el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución.

En este sentido, cobra especial valor en la sentencia el criterio expuesto por algunos de los jueces acerca de la primacía del derecho de gentes sobre el derecho nacional, al menos en lo que se refiere a los delitos contra la humanidad, pues significa un importante paso adelante en materia de investigación y juzgamiento por los hechos referidos², a la vez que aparece como una línea estructurante respecto de los cursos de acción a seguir hacia el futuro.

Asimismo, resulta de interés el argumento acerca del deber de garantía de los derechos fundamentales, establecido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que pesa sobre los Estados nacionales, pues constituye otro de los fundamentos que sustentan en el fallo la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La perspectiva que reconoce supremacía al *ius gentium* sobre el derecho nacional no es nueva en la jurisprudencia argentina, pues desde hace algún tiempo varios tribunales inferiores la han adoptado en causas relativas a violaciones a los derechos humanos durante la dictadura militar, pero debe señalarse que este camino fue abierto por el voto del Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata Leopoldo Schiffrin, en su voto en el juicio de la extradición de Franz Josef Leo Schwammberger, de 30 de agosto de 1989.³

Es cierto que en el caso “Priebke”⁴ la mayoría de la Corte Suprema –con una composición parcialmente distinta que la actual– consideró que los tratados de extradición debían interpretarse con arreglo al *ius gentium* y que, en tales condiciones, los hechos por los que Italia solicitaba la extradición del mencionado criminal de guerra no se podían considerar prescriptos, pero ello no significó la explícita habilitación para el juzgamiento, por jueces argentinos, de crímenes contra la humanidad que se hallaran prescriptos de acuerdo con la legislación interna⁵, cosa sobre la que sí trata el caso “Arancibia Clavel”.

Por lo demás, la sentencia fue dictada en un contexto histórico-político favorable a la respuesta penal por los delitos contra la humanidad cometidos por la última dictadura militar, lo cual constituye un dato que no puede ser obviado sin riesgo de caer en aquellos peligrosos reduccionismos formalistas que aún conciben a los jueces, al modo de Montesquieu, como “la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.⁶

El fallo es de compleja lectura puesto que, además de los varios temas de interés que toca, expone múltiples líneas de argumentación que se complementan entre sí o bien se contraponen, de modo que en el presente comentario me propongo efectuar un pequeño aporte para la comprensión del texto de la sentencia, individualizando las cuestiones centrales que abordó, los problemas que planteó el análisis de cada una, el modo en que fueron resueltos y los criterios que se utilizaron para ello.

II. PLAN DE TRABAJO

El análisis que sigue radicará, principalmente, en la perspectiva dogmática adoptada por el fallo, aunque haciendo una breve referencia a la teoría jurídica subyacente.⁷

Cuando me refiero al aspecto dogmático, lo hago en el sentido de la interpretación que hicieron los miembros de la Corte de las normas constitucionales comprometidas en el caso –arts. 18, 75 inc. 22 y 118–, y del juego de éstas con el Derecho Penal Internacional.⁸

En cuanto al sentido que se da en este trabajo a la teoría jurídica, ésta pretende dar respuesta a la pregunta acerca de cuál es el derecho sobre el que la dogmática realiza sus operaciones.

En un esquema de este tipo, el pensamiento dogmático o ciencia del derecho⁹ se inserta un escalón por debajo de la teoría jurídica y uno por encima de la praxis. En efecto, de acuerdo con Theodor Viehwg, la dogmática jurídica es una opinión jurídica racionalizada, o sea, puesta en mayor o menor medida bajo el control del pensamiento. El objeto de la dogmá-

tica lo constituye un orden jurídico determinado, y se estructura sobre la base de uno o varios dogmas fundamentales, conciliables entre sí y que son considerados incontestables. Su función es la de dar una respuesta segura y vinculante¹⁰ para la aplicación del derecho y, en este sentido, “todo lo que el ars inveniendi sugiere dentro de la dogmática jurídica como solución de un problema tiene que ser conciliable con los dogmas fundamentales”.¹¹

Sin embargo, debe caber a la ciencia del derecho un rol crítico de su objeto de estudio, el cual va de la mano con el rechazo de determinadas ficciones impuestas en el mundo del derecho, como aquella del “legislador racional”, asociada a la visión del derecho como puro producto de la voluntad, que muchas veces se toman como puntos de partida indiscutibles del trabajo del jurista.¹²

Siguiendo esta línea de pensamiento, señala Viehwg que “para poder cumplir con su función de unificación es necesario que los mencionados dogmas fundamentales contengan implícita o explícitamente una *teoría del derecho material* como fundamentación última. Esto significa: tiene que contener una teoría que responda concretamente a la pregunta de qué es lo que, en última instancia, se considera como *junctum*”.¹³

Pues bien, el aparato conceptual descrito resulta útil como guía metodológica para la exposición que me propongo realizar. Previo a ello, conviene recordar, de manera sucinta, las circunstancias que motivaron la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso y circunscribir los temas sobre los que el Tribunal debió decidir.

III. CUESTIONES SOMETIDAS A EXAMEN DE LA CORTE Y SÍNTESIS DE LA DECISIÓN DEL MÁXIMO TRIBUNAL

Enrique Arancibia Clavel fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 de la Ciudad de Buenos Aires como partícipe necesario en el homicidio calificado de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni, en concurso real con la autoría del delito de asociación ilícita agravada, con arreglo al art. 210 bis del Código Penal (texto ley 23.077).

Ello, en virtud de que el Tribunal Oral tuvo por acreditada la pertenencia de Arancibia Clavel, a partir de marzo de 1974 y hasta noviembre de 1978, a la Dirección Nacional de Inteligencia Exterior (DINA) dependiente de la dictadura militar que ocupaba el gobierno de Chile, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos a Pinochet exiliados en Argentina, incluyendo secuestros, sometimientos a interrogatorios bajo tormentos y sustracción de identificaciones para su posterior falsificación y uso, entro otros ilícitos.

Para sostener que la conducta del imputado resultaba encuadrable en la figura de la asociación ilícita agravada según la redacción de la ley 23.077, el Tribunal Oral consideró que si bien, dado el carácter permanente de este ilícito, la figura aplicable al caso debería ser la vigente al momento del cese en la comisión del delito (24 de noviembre de 1978), o sea el art. 210 bis CP establecido por la ley de facto 21.338, el actual art. 210 bis –vigente al momento del juzgar los hechos–, posee mayor cantidad de exigencias típicas que el anterior, razón por la cual resulta más benigno, y debía desplazar al anterior, con arreglo al principio establecido por el art. 2 CP.¹⁴

El fallo fue recurrido por la defensa ante la Cámara Nacional de Casación Penal que lo revocó parcialmente, declarando extinguida por prescripción la acción penal correspondiente del delito de asociación ilícita.

El tribunal resolvió que no correspondía la calificación de asociación ilícita agravada del art. 210 bis según ley 23.077, toda vez que consideró que la conducta atribuida a Arancibia Clavel jamás pudo contribuir a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Pero a la vez, el tipo penal en el que sí podría haber resultado subsumible la conducta juzgada ya no se hallaba vigente (art. 210 bis del Código Penal, versión de la ley 21.338), con lo cual sólo podía entrar en juego el art. 210, o sea, el tipo básico de la asociación ilícita, en tanto se encontraba vigente al tiempo del comienzo de ejecución del delito, en el tiempo intermedio y al momento del juzgamiento. Empero, resolvió la Cámara de Casación que la acción correspondiente al delito previsto por el art. 210 CP se encontraba prescripta.

En cuanto a la alegación de la parte querellante respecto de la impres-

criptibilidad de la acción penal por tratarse de un crimen de lesa humanidad, el tribunal negó dicha calidad a la asociación ilícita

La querrela recurrió la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, de manera que ante la CSJN quedaron planteadas las siguientes tres cuestiones básicas a resolver:

a) si la asociación ilícita para cometer delitos de lesa humanidad participa también de este carácter, es decir, si se encuentra incluida en el catálogo de los crímenes contra la humanidad;

b) en caso afirmativo, si puede calificarse el hecho materia de juzgamiento como delito de lesa humanidad sin transgredir el principio del *nullun crimen nulla poena sine lege* del art. 18 de la Constitución Nacional, atento que para la época de su comisión no existía norma de derecho interno ni convención internacional vigente que lo previera; y

c) si la acción penal correspondiente a dicho ilícito –en el supuesto de que efectivamente se lo considere delito de lesa humanidad–, se hallaba o no prescripta, dado que la CICGLH tampoco se encontraba vigente en el orden nacional en aquel tiempo.¹⁵

La Corte, por mayoría de sus miembros, decidió que la asociación ilícita para cometer delitos de lesa humanidad participa también de dicho carácter y que la acción penal a su respecto no prescribe.

A continuación procuraré reflejar las distintas posiciones de índole dogmática que se ponen de manifiesto en el fallo frente a los problemas nodales que se abordaron.

Para ello, comenzaré por exponer el modo en que los magistrados entendieron la relación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –*ius gentium* y derecho convencional– con el derecho interno.

IV. RELACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS CON EL DERECHO NACIONAL

El criterio que cada uno de los jueces asumió en este tema constituyó una suerte de paradigma desde el cual hicieron frente a las cuestiones de la

calificación del hecho atribuido al imputado como delito de lesa humanidad y la imprescriptibilidad de la acción respectiva.

En este sentido puede afirmarse que, en términos generales, y más allá de matices, las posiciones en juego fueron las siguientes:

1. Respecto de la aplicación del *ius cogens*.

1.1. Aquella que se adscribe a la distinción entre orden público internacional y orden público interno, toma como punto de partida la idea de supremacía constitucional, y conduce a un sistema de aplicación derivada del primero.

1.2. La que sostiene la recepción directa y aplicación obligatoria del derecho de gentes (derecho internacional consuetudinario), receptado por el constituyente a través del art. 118 de la Constitución Nacional.¹⁶

Esta posición parte de la idea de la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el derecho nacional e implica un sistema de aplicación directa del derecho internacional.¹⁷

2. En cuanto a la aplicación del derecho convencional.

2.1. La que afirma que los tratados internacionales de derechos humanos incorporados por el art. 75 inc. 22° –por el constituyente de 1994 o por el Congreso Nacional en ejercicio de la facultad otorgada por el referido artículo–, son normas constitucionales de segundo grado.

También dentro de esta línea de pensamiento existe una postura algo más moderada, que sólo niega rango constitucional a los tratados incorporados a la Constitución por el Poder Legislativo.

2.2. Aquella que, partiendo de la afirmación de jerarquía constitucional de los instrumentos de derechos humanos a los que se refiere la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22°), estima que tales normas de derecho internacional –incorporadas por el constituyente de 1994 o por el Congreso Nacional–, se equiparan en cuanto a su rango a las de la Constitución, debiéndose aplicar de manera coordinada con los derechos y garantías establecidos en la primera parte de aquella.¹⁸

3. Existe otra variante en que el derecho internacional se sobrepone al derecho interno que consiste en dar primacía al “deber de garantía” de los derechos humanos asumido por parte del Estado que se manifiesta,

de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, en el deber de prevenir, castigar y sancionar las violaciones a los derechos fundamentales y la inadmisibilidad de normas de derecho interno que obstaculicen tales obligaciones. El incumplimiento de dicho deber acarrea la responsabilidad internacional del Estado.¹⁹

Dentro de estos márgenes se mueven las líneas argumentales en derredor de las cuales se estructuran los votos. A continuación veremos con más detalle el desarrollo que cada magistrado hizo de esas perspectivas.

IV.i. Votos de la mayoría

En sustancia, con la excepción del ministro Petracchi, los votos de la mayoría del Tribunal se fundan en la aplicación directa y obligatoria del derecho de gentes, recibido por el art. 118 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de admitir también el deber de garantía de los derechos humanos que pesa sobre el Estado nacional, salvo en el caso del ex juez Boggiano, que no lo menciona expresamente.

IV.i.a. Voto de los ministros Zaffaroni y Highton de Nolasco

Este voto no desarrolla el tema de manera extensa y como capítulo aparte, pero está claro que adopta el criterio de la vigencia directa del derecho de gentes, lo cual se encuentra expresamente manifestado en el considerando 16°, y se desprende también del 32°, en cuanto establece que la CICGLH ha venido a significar la cristalización de principios anteriores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*ius cogens*).

La argumentación se completa, en los considerandos 35° y 36°, con la remisión a fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto desestiman los obstáculos de derecho interno, tales como amnistías y prescripción, para investigar y juzgar graves violaciones a los derechos humanos, e imponen a los Estados nacionales el deber de garantía de los derechos fundamentales.

Este deber de garantía, como dijimos *supra*, también significa en los hechos dar primacía a reglas y obligaciones provenientes del derecho internacional sobre normas de derecho nacional.

IV.1.b. Voto del ministro Petracchi

El criterio del juez Petracchi, al igual que en el caso anterior, aparece unido al tratamiento de los temas de la asociación ilícita como crimen contra la humanidad y su imprescriptibilidad.

De ese análisis se desprende que este magistrado no admitió la primacía del derecho de gentes por la vía del art. 118 CN (cons. 22°) puesto que, en definitiva, en el supuesto conflicto entre las definiciones del *ius gentium* acerca de los delitos de lesa humanidad y el principio de legalidad del art. 18 CN, con su exigencia de tipicidad y previsión del marco penal imponible, hizo prevalecer a este último.

Si, por el contrario, aceptó la jerarquía constitucional de la CICGLH y, por tanto, su rango superior a la ley.

Pero lo decisivo en este punto del voto es la remisión a la jurisprudencia de la Corte IDH, que compromete la responsabilidad internacional del Estado argentino y hace necesario aplicar las previsiones de la CICGLH, desplazando a las reglas de prescripción del Código Penal (cons. 23° y 24°).

IV.1.c. Voto del ex ministro Boggiano

Este voto adhiere a la posición que admite la aplicación directa y obligatoria del derecho de gentes por vía de su recepción por el art. 118 CN. En este orden de ideas entiende que el texto del art. 118 CN, al establecer el lugar del juicio para los delitos contra el derecho de gentes, supone la vigencia de los principios de este último (cons. 29°), y los instrumentos internacionales de derechos humanos como la cristalización de los principios del *ius gentium*.

En cuanto al derecho convencional sostiene, en prieta síntesis, que al conferirse jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos –sin distinción–, se produce un fenómeno de *referencia* –distinto de los de incorporación, recepción o adaptación–, que significa que el tratado se aplica como rige en el derecho internacional y no porque se haya incorporado transformándolo en derecho interno. Esta constitucionalización de los tratados importa conferirles la misma jerar-

quía que las restantes normas de la Carta Magna, con lo cual resultan complementarios y no pueden destruirse o desplazarse recíprocamente (cons. 8°, 9°, 29°, 37° y 40°). Desde esta perspectiva, la interpretación del art. 27 CN, que ve en él la encarnación del principio de soberanía del derecho interno –como lo sostiene el voto del juez Fayt, por ejemplo– resulta obsoleta frente a los nuevos desarrollos del derecho internacional.

IV.1.d. Voto del ministro Maqueda

De los votos particulares que constituyen la mayoría, éste es el que más profundiza en la cuestión a la que nos venimos refiriendo. El juez Maqueda –al igual que pares Zaffaroni, Highton de Nolasco y Boggiano– parte de la afirmación de que los tratados internacionales de derechos humanos en juego no hacen sino reconocer derechos preexistentes en la costumbre internacional, sobre cuya base se constituye el Derecho Penal Internacional de salvaguarda de los derechos humanos desde el final de la segunda guerra mundial (cons. 13°). En este orden de ideas, asevera que la tradición del derecho de gentes –de aplicación obligatoria, independientemente de la voluntad de los Estados nacionales–, fue recogida por la Constitución en el actual art. 118 (cons. 19° y 27°)

El carácter imperativo del *ius cogens* se traduce en el deber y la responsabilidad internacional de los Estados de perseguir los delitos contrarios a dicho cuerpo de normas (cons. 62°, 63° y 65°).

En este sentido Maqueda también apela al deber de garantía que pesa sobre el Estado argentino para justificar la supremacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

IV.2. Votos de la minoría

Los tres votos de la minoría del Tribunal echan anclas en la posición de rechazo de la aplicación de normas del *ius cogens* y mantienen la distinción entre orden público internacional y orden público nacional, con supremacía del primero. Me referiré a los de los ministros Belluscio y Fayt, por ser los que más profundizan en la cuestión.

IV.2.a. Voto del ministro Belluscio

El rechazo del juez Belluscio a la vigencia directa del derecho de gentes a través de su recepción por el art. 118 se encuentra desarrollado en el considerando 16° del voto, y se basa en que dicha norma establece sólo una regla de competencia judicial y no posee la extensión que le asignan los votos de la mayoría. En este punto el voto no contesta el argumento del ex juez Boggiano, en el sentido de que esa regla de competencia supone precisamente la aplicación del derecho de gentes.

Asimismo, el voto alude a que la aplicación del *ius cogens* significaría consagrar la aplicación de un derecho natural, suprapositivo, un ideal común de justicia que derogarían normas de la Constitución Nacional porque las del derecho de gentes resultarían más valiosas, con lo cual se estaría concediendo que la legislación Argentina consagró una suerte de “injusticia legal” que obliga a reemplazarla por reglas de valor de los pueblos civilizados, que suplantarían al derecho penal positivo como fuente de las normas de conducta (cons. 16°).

En cuanto al derecho convencional, en el considerando 12°, Belluscio reconoce jerarquía constitucional a la CICGLH, incorporada con arreglo al procedimiento del art. 75 inc. 22° CN por el Congreso de la Nación y, es más, afirma que sus disposiciones desplazan hacia el futuro pero no retroactivamente a las del derecho interno en materia de prescripción de delitos de lesa humanidad. Sin embargo, en el extenso considerando 15°, expresa que todos los tratados –incluso los que originariamente incorporó el constituyente de 1994– son “normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen sobre las leyes ordinarias, pero que son válidas únicamente en la medida que no afecten los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional”.

Parece existir una sutil diferencia entre este concepto y el de la posición que defiende que los tratados de derechos humanos, independientemente de su origen, tienen jerarquía constitucional –como expresamente lo establece el art. 75 in. 22°–, y deben ser aplicados de manera coordinada con los derechos y garantías de la parte dogmática. Pero la diferencia es a mi juicio profunda, pues la postura de Belluscio remite a

la distinción entre orden público internacional y orden público interno, con primacía de este último.

IV.2.b. Voto del ministro Fayt

Este voto es el que sostiene de manera más decidida y fundada la escisión entre el orden público interno y el internacional y la supremacía de la Constitución frente a *toda* norma del derecho internacional, sobre la base de un análisis de la doctrina del art. 27 CN, que en el voto del juez Belluscio se menciona pero que el magistrado Fayt se encarga de profundizar (cons. 16°).

De acuerdo con ello, señala el ministro Fayt, que desde el derecho internacional se reconoce un “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”. En dicho margen figuran los derechos fundamentales consagrados por la Constitución, cuya afectación constituiría el límite a la introducción de principios del derecho internacional (cons. 18°). Esta doctrina, afirma Fayt, se mantiene inalterada, aún con la evolución que experimentó la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de relaciones entre los tratados internacionales y el derecho interno, y también a pesar de la reforma constitucional de 1994 (cons. 21°).

La conclusión es tajante en cuanto a la supremacía de la Constitución *por sobre todas las normas* y la facultad del poder judicial de revisar la adecuación de los tratados, cualquiera sea su categoría (incluso los incorporados por el Poder Constituyente al texto constitucional), a los principios de derecho público interno, como corolario del carácter rígido de nuestra Carta magna.

De tal manera, el orden de prelación de las normas jurídicas en el país sería el siguiente: 1°) Constitución Nacional, 2°) tratados de derechos humanos del segundo y tercer párrafo del art. 75 inc. 22 CN, 3°) los demás tratados (art. 75 inc. 22 CN), y 4°) las leyes del Congreso (cons. 32°).

Este criterio no asimila las consecuencias de la reforma constitucional de 1994 en cuanto al rango constitucional de los instrumentos de derechos humanos, dejando las cosas en el estado en que se encontraban a partir del fallo “Miguel Ángel Ekmekdjian c. Gerardo Sofovich” (C.S.J.N., Fallos 315:1492), es decir, con prioridad de los tratados sobre las leyes del Congreso.

Para concluir, el voto rechaza la idea de la recepción del Derecho de gentes por el art. 118 CN, con fundamentos similares a los expuestos en el voto del juez Belluscio, agregando que sería exagerado inferir que el art. 118 habilite la persecución penal sobre la base del Derecho Penal Internacional, en tanto no se establecen cuáles son los principios y normas que regirían la persecución de los crímenes contra el derecho de gentes (cons. 43°).

V. LA ASOCIACIÓN ILÍCITA COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD

Una vez sentadas las bases teóricas del modo en que opera el derecho internacional penal frente al derecho nacional, y partiendo de esas líneas de pensamiento, los votos de la mayoría, y el del ex juez Vázquez, se ocuparon de resolver la cuestión de si la asociación ilícita para cometer delitos de lesa humanidad es también un ilícito de estas características.

En el caso de los votos de la minoría, los jueces Belluscio y Fayt se introdujeron directamente al análisis de la prescripción de la acción penal, sin ocuparse de exponer si consideraban que la asociación ilícita para cometer delitos de lesa humanidad constituye o no un delito de esas características. Sin embargo, el hecho de que ambos magistrados hayan sostenido que, en el caso, no podría sostenerse la imprescriptibilidad de la acción penal por el hecho de que ello significaría una trasgresión al principio de legalidad, permite suponer que sí consideran a la asociación ilícita para cometer delitos de lesa humanidad como un crimen de esas características.

V.I. Todos los magistrados que abordaron el punto concluyeron en que, efectivamente, la intervención en una asociación ilícita dirigida a cometer delitos de lesa humanidad participa de ese carácter, puesto que se trata, en definitiva, de actos preparatorios –punibles– para la comisión de otros delitos de lesa humanidad, o conexos a éstos. Por lo demás, los votos insisten en que el acuerdo de voluntades para cometer delitos de lesa humanidad se encuentra previsto en numerosos instrumentos internacionales, lo que brinda un panorama del estado de la cuestión en el

ámbito internacional (cons. 13° voto Z y HN; 13° y 14° voto P; 20° voto Bo; 51° y 52° voto M; 13° voto V20).

El recurso al análisis de diversos tratados y convenciones que prevén figuras similares a la asociación ilícita, a la opinión de la doctrina y al derecho comparado, tiene también el sentido de demostrar que las fuentes del derecho internacional imperativo consideran a la conducta objeto de juzgamiento como crimen contra la humanidad, es decir, que dicha conducta se encuentra sin dudas prohibida por el *ius cogens*.²¹

VI. LA ASOCIACIÓN ILÍCITA COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD FRENTE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Una vez que la mayoría de la Corte arribó a la conclusión de que el acuerdo de personas para cometer crímenes contra la humanidad participa también de dicha característica, hubo de enfrentarse a la cuestión de si, en el caso concreto, podía calificarse así la conducta atribuida al imputado –con todas las consecuencias que conlleva– sin transgredir el principio de legalidad (art. 18 CN) porque, para la época los hechos, no existía norma de derecho interno ni instrumento internacional vigente en nuestro país que tipificara y conminara con pena a la asociación ilícita como delito contra la humanidad.

En otros términos, la cuestión antedicha importó resolver el supuesto conflicto que se planteó en el caso, entre la aplicación de las reglas del Derecho Penal Internacional y la garantía constitucional del *nullum crimen nulla poena sine lege*.

La solución adoptada acerca de esta cuestión por los jueces Zaffaroni, Highton de Nolasco, Boggiano y Maqueda consistió en que el ilícito atribuido al imputado podía calificarse como de lesa humanidad, en sustancia, por la aplicación directa y obligatoria de los principios del *ius gentium*, recibidos por el art. 118 CN, que tenían vigencia anterior a los hechos que dieron origen a la causa, independientemente de la existencia de cualquier norma nacional o internacional e incluso de la voluntad del Estado.

Esta línea de pensamiento, sin embargo, debió batallar con las objeciones –*defences* del Derecho Penal Internacional²²– relativas a las supuestas violaciones a dos aspectos del principio de legalidad, que en realidad resultan inescindibles entre sí:

1. la *prohibición de aplicación retroactiva* de leyes penales en perjuicio del imputado;
2. el *principio de determinación*, consistente en la exigencia de norma penal que defina exhaustivamente la conducta prohibida y establezca el marco penal respectivo.²³

Veremos en lo que sigue las respuestas posibles a estas impugnaciones. Pero previo a ello conviene efectuar una breve síntesis de aquello que se entiende como principio de legalidad en materia penal (no internacional). Para ello seguiré el desarrollo que efectúa Günther Jakobs que, por lo demás, es uno de los autores modernos de consulta en los distintos votos que componen el fallo.

Sostiene Jakobs que la formulación latina ordinaria del principio de legalidad proviene de Feurbach y puede enunciarse así: *nulla poena sine lege (scripta, stricta, praevia, certa), nulla poena sine crimine, nullum crimine sine poena legali*.

1. Del desarrollo de esta definición se extraen los efectos del principio de legalidad que consisten en que:
 2. la determinación de la punibilidad debe llevarse a cabo mediante ley escrita (*lex scripta*);
 3. la ley debe determinar la punibilidad (*lex certa*), debiéndose entender por punibilidad que el hecho esté o no conminado con pena, y la medida de ésta;
 4. el intérprete debe estar sujeto a esa determinación (*lex stricta*);
- la determinación debe ser anterior al hecho (*lex praevia*) –de lo cual deriva la prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa–;

De acuerdo con Jakobs, Feurbach enunció el principio como elemento de su teoría de la pena, pero más importante es la fundamentación desde la

teoría del Estado en el pensamiento jurídico de la Ilustración, en los siguientes términos: “El uso de la libertad de acción sin peligro de resultar castigado sólo es posible si se da la determinación previa de lo punible, y sólo si se garantiza la seguridad ante la arbitrariedad –sobre todo judicial–, cuando la determinación previa tiene lugar en consonancia con lo razonable (*Montesquieu*) o la voluntad general (*Rousseau*), es decir, en la ley”.²⁴

Creo que este fundamento clásico es el que establece la tradición constitucional liberal y, por tanto, nuestra propia Constitución, y es el que toma el fallo de manera principal para la confrontación del principio de legalidad con la calificación de la conducta del imputado como violatoria del derecho de gentes.

Sin embargo, Jakobs enumera otros basamentos posibles del principio, que también aparecen mencionados en algunos de los votos:

1. *El principio de culpabilidad*, en el sentido de que “sólo cabe hablar de ‘decisión defectuosa consciente, o reprochablemente inconsciente’, cuando ‘en el momento del hecho ya ha estado presente su punto orientador: la ley penal que especifica el tipo de injusto...’”²⁵

2. La conexión del principio de legalidad con los *principios democráticos*.²⁶

3. Su vinculación con el principio de *división de poderes*.²⁷

4. La *protección de la confianza* como componente necesario del Estado de Derecho.²⁸

5. Finalmente, la concepción defendida por Jakobs es la de la sujeción a ley para garantizar la *objetividad*, lo cual significa que “el comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino *por anticipado* y *con validez general*, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho. El principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable (...). Especialmente, también la prescripción ha de estar legalmente determinada...”²⁹

VI.1. Pues bien, en este punto veremos las respuestas que parte de la Corte ensayó a las objeciones (*defences*) relativas a la afectación de los dis-

tintos aspectos del principio de legalidad mencionados *supra*, que se producirían al calificar la conducta del imputado como crimen contra la humanidad. Para ello nos centraremos en el voto del juez Maqueda, por ser el que, partiendo de la aplicación directa del *ius gentium*, con mayor profundidad se dedica a responder a las objeciones.

Comencemos por la *prohibición de aplicación retroactiva de la ley más gravosa*.

Puede decirse que el magistrado respondió con dos argumentos distintos, basados en puntos de observación diferentes.

VI.1.a. El primero de ellos, que desarrolla en el considerando 54°, resulta adecuado a nuestro sistema jurídico y a aquellos que, si bien no poseen una norma como la del art. 118 CN, reconocen la supremacía del derecho de gentes respecto de las violaciones a los derechos humanos.

Se trata de una perspectiva de derecho internacional, y se refiere a que el principio de legalidad —esencialmente ligado con el principio de soberanía estatal—, adquiere una configuración necesariamente distinta en el ámbito del Derecho Penal Internacional enderezado a la protección de los derechos fundamentales, dada la falta de un sistema institucional de similares características a nivel universal. De tal modo, como señala Kai Ambos, la prohibición de retroactividad “...no habría de entenderse de modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal *escrito* al momento de la comisión del hecho. La prohibición de retroactividad de Derecho Penal Internacional se orienta al carácter del derecho como un ordenamiento jurídico dinámico. Por ello es suficiente si la acción en cuestión es punible según los principios *no escritos del derecho consuetudinario*”.³⁰ De esto se sigue también que el autor de los delitos que ya estaban prohibidos por el *ius cogens* no podrá alegar, precisamente por esa previsión, su confianza en que los hechos no eran antijurídicos. En otros términos “una violación de la prohibición de retroactividad no existe (...) si ésta es entendida como una mera *norma de protección de la confianza*.”³¹

De acuerdo con estos argumentos, no se trata de que el principio de legalidad no exista en el Derecho Penal Internacional, sino que adquiere una

configuración diversa a la que prevén las constituciones de cuño liberal.³²

De tal modo, carecen de sentido los esfuerzos por adecuar de manera estricta y completa la aplicación del derecho de gentes al principio del *nullun crimen sine lege praevia*, pues se trata de paradigmas jurídicos distintos, que requieren de categorías de pensamiento y análisis también diversos a las de la formación jurídico-penal tradicional.

VI.1.b. La segunda respuesta a la objeción de la *prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa* es la que, desde un punto de vista más que nada dogmático-constitucional –pues responde a una particularidad de nuestra Carta Magna–, se esboza en los considerandos 52° y 57°, y consiste en que la conducta que se enrostra a Arancibia Clavel se hallaba prevista como delito del derecho internacional, incorporado por el art. 118 CN, con anterioridad a los hechos. Como vimos más arriba, esta línea de pensamiento sostiene que los tratados internacionales constituyen sólo la cristalización de reglas preexistentes en el *ius cogens*.

Las dos líneas argumentales expuestas aparecen agrupadas en el voto para sostener la conclusión de que no existe en el caso trasgresión alguna a lo establecido por el art. 18 CN.

Finalmente, el ministro Maqueda sostiene que el hecho de que la asociación ilícita estuviese prevista por el Código Penal para la época de los hechos, de algún modo completa el respeto de la garantía del *nullun crimen sine lege praevia*.

Este argumento refuerza la posición defendida en el voto pero no es una razón determinante desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional pues, como se dijo, para que la garantía mencionada se vea satisfecha basta que la conducta incriminada se halle recogida por los usos y costumbres del derecho internacional, como un valor de orientación, adaptable caso por caso³³ o, en otros términos, como una “enunciación indicativa de criterios de antijuridicidad”.³⁴

VI.2. La segunda objeción que el voto del juez Maqueda responde se refiere a la posible vulneración del *principio de determinación (lex certa)*, o

sea, como se dijo, a la ausencia, en el ámbito del Derecho Penal Internacional, de una norma escrita y exhaustiva –tipicidad– que describa y establezca el marco penal correspondiente a la conducta incriminada.

Las mismas razones que se esgrimen para contestar a la impugnación acerca de la aplicación retroactiva de la ley se pueden hacer valer para dar respuesta a la tacha de violación del principio de *lex certa* pues, reitero, se trata de dos aspectos que conforman y son parte del mismo principio.

En efecto, puede sostenerse –como lo hace el juez Maqueda en el considerando 54°– la distinta configuración del principio de legalidad en el sistema internacional, dada la falta de un poder legislativo de características similares a los de los Estados nacionales, en el que tienden a prevalecer los principios generales y los usos³⁵, con lo cual, en palabras de Kai Ambos, “no puede exigirse (...) una determinación formal en el sentido de un ordenamiento jurídico escrito. Antes bien, es ya suficiente con un *estándar razonable* o inteligible; con otras palabras, en Derecho Penal Internacional se ha de tolerar un determinado grado de inseguridad”.³⁶

Pero también puede argumentarse sobre la base del desarrollo pleno de la doctrina del art. 118 CN, como el que enseña Leopoldo Schiffrin, en el sentido de que la aplicación obligatoria del derecho de gentes que determina dicha norma tiene la ventaja “...de dejar satisfechas las exigencias concernientes al principio *nullun crimen nulla poena sine lege* en cuanto abarca la totalidad de las condiciones de punibilidad de un hecho penal, inclusive lo referente a la prescripción. Ello es así porque la vigencia interna del derecho de gentes modifica esas mismas condiciones de punibilidad”.³⁷ Esta última línea de pensamiento haría innecesario demostrar, como lo hace el juez Maqueda, que el principio del *nullun crimen* sufre atenuaciones en el Derecho Penal Internacional.

En otros términos, entiendo que la vigencia interna directa del derecho de gentes por conducto del art. 118 CN significaría que en nuestro derecho existen desde un comienzo condiciones de punibilidad propias, distintas de las relativas a los delitos comunes, para aquellos hechos que resultan violatorios de la “ley de las naciones”.

De todos modos me parece acertado que se tengan en consideración

los dos argumentos que fundan la supremacía del derecho de gentes, pues de este modo se independiza la vigencia directa de este último de su reconocimiento constitucional.

Finalmente, en los considerandos 57° y 58°, el juez Maqueda expone una solución concreta para responder a la objeción de no acatamiento del *principio de determinación (lex certa)*.

Sostiene el encuadramiento de la conducta atribuida al imputado en los tipos penales de la legislación interna –aún cuando éstos no capten la gravedad de los hechos en toda su dimensión– sin que ello elimine su carácter de delitos de lesa humanidad, con todas las consecuencias que de ello derivan. Esta solución cuenta con respaldo en la doctrina y la legislación del Derecho Penal Internacional³⁸, y es lo que sucede en nuestra práctica cuando recurrimos a las figuras de la privación ilegal de la libertad para captar penalmente las desapariciones forzadas de personas durante la dictadura militar: el carácter contrario al derecho de gentes de los crímenes cometidos desde el aparato del Estado es indiscutible, aún cuando en la época de la dictadura la figura específica de la desaparición forzada de personas no se hallaba prevista en el Código Penal. La privación ilegal de la libertad no aprehende los hechos en toda su magnitud, pero permite una actuación penal rodeada de las garantías correspondientes.

Resumiendo entonces, del voto del juez Maqueda, como opinión representativa de la posición que da primacía al derecho de gentes, se desprende que el principio del *nullun crimen nulla poena sine lege* se ve satisfecho si la conducta ofensiva para el *ius gentium* hubiera estado prevista de manera razonable e inteligible en el orden internacional a la época de los hechos –sin que resulte necesario que estuviera fijada en una norma escrita– y si existieran figuras del derecho interno que, *en lo esencial*, capten esas conductas, estableciendo unos presupuestos objetivos y subjetivos y un marco penal que permitan el juzgamiento de los hechos sin que ello afecte las garantías del imputado.

No se niega el principio de legalidad del art. 18 CN, sino que se considera que el derecho de gentes introduce una suerte de excepción o modi-

ficación de los caracteres que adopta en el referido principio en el derecho interno, en los casos de delitos de lesa humanidad.

Este desarrollo debe ser apreciado en el contexto de un Derecho Penal Internacional con instituciones legislativas y judiciales en estado casi embrionario, si se las compara con las de los Estados nacionales, y de derechos internos que no adecuan o tardan en acomodar sus legislaciones a lo que prescribe el Derecho Internacional, muchas veces porque son los propios agentes de las violaciones a los derechos humanos. La ausencia de las referidas instituciones en el orden internacional marca si se quiere la paradoja de que se necesite de los Estados nacionales para *completar* la tipificación de las acciones contrarias al derecho de gentes y el juzgamiento de los responsables de las mismas.³⁹

VI.3. La postura opuesta a la solución adoptada por el juez Maqueda la expone, en mi criterio, el magistrado Petracchi en el considerando 22° de su voto,⁴⁰ al remitir a su disidencia en el caso “Priebke”, según la cual no es posible combinar reglas del derecho de gentes con los tipos penales del derecho interno e incorporar a estos últimos la imprescriptibilidad de la acción, pues ello importaría crear una tercera categoría de delitos, lo cual escapa a las facultades de los jueces. En aquel momento Petracchi rechazó la aplicación retroactiva de la CICGLH, aún cuando no se encontraba debidamente incorporada al ordenamiento jurídico argentino (v. cons. 5° y 6° del voto en “Priebke”).

Si examinamos lo sostenido por el juez Petracchi en el mencionado caso “Priebke”, se comprende que la postura del magistrado en el presente caso deriva, como se dijo *supra*, de la no admisión de la vigencia interna plena del derecho de gentes por la vía del art. 118 CN, pues si así lo estimase debería conceder que este último modifica las condiciones de punibilidad previstas en el derecho interno cuando se trate de delitos de lesa humanidad, como así también el criterio de que el principio de legalidad adopta, en el Derecho Penal Internacional, caracteres diversos que en los derechos nacionales, por ser un derecho penal *in fieri*⁴¹ que, como se dijo, debe terminarse de construirse con normas del derecho interno de los países.

Esta opinión de fondo se mantiene en el fallo que vengo comentando, pues la decisión del juez Petracchi se funda en la imposibilidad de sostener la posición que desarrolló en el caso “Piebke” a la luz de la evolución experimentada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual lo lleva a propiciar la *lisa y llana aplicación retroactiva* de la CICGLH, que había descartado, mas no a la elaboración de soluciones que prevean la aplicación directa del Derecho Penal Internacional en los términos que lo hacen los votos del resto de los ministros que integraron la mayoría del Tribunal.

VII. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL FRENTE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El siguiente problema que la Corte afrontó en el fallo fue resolver si la acción penal relativa al delito de asociación ilícita se hallaba, en el caso, prescripta o no. El tratamiento de esta cuestión aparece inescindiblemente unido a la de la calificación de la conducta del imputado como crimen contra la humanidad, al punto que ambas cuestiones comparten los diversos criterios de fundamentación de una u otra posición y que, si se admite que la conducta de Arancibia Clavel fue violatoria del *ius gentium*, la imprescriptibilidad resulta una consecuencia necesaria de ello. Sin embargo, existen algunos aspectos del asunto –como las justificaciones diversas del instituto de la prescripción– que hacen necesario su tratamiento por separado. Por lo demás, vale la pena recordar una vez más que es precisamente al analizar el tema de la imprescriptibilidad cuando los jueces Belluscio y Fayt exponen su visión acerca de la supuesta vulneración del principio de legalidad.

Pues bien, la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos contra la humanidad no se discute hoy en día, más aún cuando la CICGLH se ha incorporado, con jerarquía constitucional, a nuestro ordenamiento jurídico. Sí, en cambio, existen posiciones doctrinales que cuestionan la existencia misma de acciones imprescriptibles desde un punto de vista de filosofía del derecho.⁴²

Pero no es éste el problema central del fallo, sino el de la imprescriptibilidad de la acción penal frente al principio de legalidad, en su aspecto de *prohibición de aplicación retroactiva*, dado que para la época de los hechos la referida CICGLH no se hallaba vigente en nuestro país.

En cuanto al alcance del principio de legalidad respecto de la prescripción, sostiene Jakobs que “también la prescripción ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no. El aspecto de confianza, de carácter psicológico, extravía hasta llevar a la suposición de que la prescripción no es objeto del principio de legalidad, dado que en el cálculo del autor no desempeña papel alguno la prescripción, y mucho menos papel alguno digno de protección. Pero no se trata de eso. Más bien lo determinante es que el Estado, al prorrogar el plazo de prescripción (o al establecer un cálculo de la prescripción que suponga prorrogarla, o al facilitar la interrupción de la prescripción, etc.) amplía su competencia para punir; y ello, en la retroactividad deliberada, también bajo la impresión de hechos ya sucedidos pero aún por enjuiciar (¿para qué si no la retroactividad?)”.⁴³ Es decir que la prescripción se encuentra abarcada por el principio de legalidad, no en función de la “protección de la confianza” de quien delinque, sino de la garantía de la objetividad.

VII.1. VOTOS DE LA MAYORÍA DEL TRIBUNAL

VII.1.a. Los votos de la mayoría —a excepción del juez Petracchi— se orientan en el mismo sentido que en los tópicos anteriores, o sea el de afirmar que la acción penal relativa a los delitos de lesa humanidad era imprescriptible para la costumbre internacional con anterioridad a la CICGLH, que no hizo más que cristalizar una regla ya existente en el *ius gentium* (cons. 29° a 33° voto Z y HN; cons. 30° voto Bo). Es decir que hacen hincapié en la conexión entre la calificación del hecho como crimen contra la humanidad y el carácter imprescriptible anejo a dicha calificación.

En tal sentido, en el voto del juez Maqueda se pone de manifiesto que

la imprescriptibilidad de la acción penal queda unida con la calificación de los delitos como de lesa humanidad, de manera que, como vimos, lo medular del voto se encuentra en el tratamiento de la pertinencia de dicha calificación (cons. 72°).

Por lo demás, los votos de todos los ministros no dejan de señalar que el instituto de la prescripción está inescindiblemente conectado al principio de legalidad en el ámbito de los delitos comunes, pero que respecto de hechos que se califican como contrarios al derecho de gentes las cosas son distintas por virtud de la diferente configuración del principio de legalidad o por su recepción directa a través del art. 118 CN (cons. 19° y 25° voto Z y HN; cons. 38° a 40° voto B).

Por su parte, el entonces juez Boggiano, si bien compartió la solución antes expuesta, propició también la aplicación retroactiva de la CICGLH (cons. 35° a 37° de su voto).⁴⁴

VII.1.b. Pero aparte del argumento principal, relativo a la aplicación del *ius gentium*, se exponen en los votos otras razones que lo refuerzan.

Una de ellas consiste en que los fundamentos tradicionales del instituto de la prescripción no alcanzan a los delitos de lesa humanidad, dada la gravedad de los mismos (cons. 20° y 21° voto Z y HN; cons. 73° voto M).⁴⁵

En este orden de ideas, algunos de los votos ponen de resalto precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que se declaró inadmisibles las disposiciones de amnistía, prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos (cons. 34° y 35° votos Z y HN; cons. 69° M). Recordemos, por lo demás, que éste es el argumento central del voto del magistrado Petracchi para sostener la aplicación retroactiva de la CICGLH.

VII.2. Votos de la minoría

Los votos de la minoría aceptan la imprescriptibilidad de las acciones relativas a delitos de lesa humanidad a partir de la sanción de la ley 24.584 que aprobó la CICGLH, considerando que ello no genera conflicto constitucio-

nal alguno, lo cual no deja de tener importancia, pues significa aceptar la justificación del carácter inextinguible de la prescripción en este tipo de hechos.

Empero, los magistrados negaron la aplicación retroactiva de dicho instrumento porque ello resultaría contrario al principio de legalidad (art. 18 CN).

Asimismo sostuvieron que las normas del derecho de gentes no satisfacen el principio del *nullum crimen* y que dicho obstáculo no se vería salvado por la aplicación directa del *ius gentium* a través del art. 118 CN que, por otro lado, no tendría tal extensión, pues sólo constituiría una norma de orden procesal (cons. 11° a 16° voto Be; cons. 12° a 15°, 16°, 32°, 42 y 43° voto F, cons. 18°, 24° y 25° voto V).⁴⁶

Siempre en el marco de la perspectiva de análisis a la que me vengo refiriendo, se rechaza la posibilidad de que el carácter aberrante de los hechos justifique dejar de lado la prohibición de aplicación retroactiva de la ley, pues se afirma que dicho principio se halla reconocido en otros instrumentos internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22 CN. Asimismo, se hace hincapié en la reserva que el gobierno argentino efectuó en punto a lo establecido por el art. 15 segundo párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que demostraría que Argentina no adhirió incondicionalmente a la aplicación del derecho de gentes (cons. 15° voto B, cons. 20° voto F).⁴⁷

El voto del juez Fayt también explora los precedentes de la Corte IDH que se han referido al “deber de garantía” de los Estados nacionales y a la inadmisibilidad de toda medida que impida la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, como la prescripción de la acción penal.

Con relación a lo primero, señala que la Corte Interamericana nunca afirmó de manera expresa que deba vulnerarse el principio de legalidad para hacer efectiva la garantía (cons. 35°). Y, respecto a la imprescriptibilidad, que los hechos juzgados en los precedentes objeto de análisis son disímiles a los que se plantean en la decisión de la CSJN (cons. 36°).⁴⁸

En esta misma línea de pensamiento es importante traer a colación lo afirmado por el ministro Fayt en el cons. 40° *in fine*, en el sentido de que el caso “Arancibia Clavel” no podría generar deberes para el Estado ar-

gentino desde que fueron cometidos con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH.⁴⁹

VIII. ALGUNOS APUNTES DE TEORÍA DEL DERECHO

Las discusiones dogmáticas que hasta aquí he puesto de manifiesto llevan por sí solas a la formulación de preguntas que remiten al campo de la filosofía del derecho como teoría jurídica. En particular, en estas breves líneas, quisiera –sin ninguna pretensión de exhaustividad– dejar algunas reflexiones acerca de la idea de derecho que, desde mi punto de vista, se desprende de las posiciones sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional que recorren el fallo.⁵⁰

VIII.I. Creo que podría afirmarse que en el fallo coexisten dos grandes visiones. Por una parte, aquella que extiende los alcances del derecho, al menos en materia de protección de los derechos humanos, a la costumbre internacional, que considera de aplicación imperativa por sobre el derecho nacional. Este criterio lleva al ordenamiento jurídico más allá de las fronteras del poder soberano del Estado y adopta al derecho internacional no como una fuente de legitimación externa o justificación del sistema –que también lo es– sino de legitimación interna, es decir, como fuente de validez, como norma de reconocimiento de derechos fundamentales, superiores aún a la Constitución.⁵¹ En otras palabras, no se trata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un conjunto de principios regulativos hacia los que el ordenamiento nacional debería tender en busca de su perfeccionamiento, sino directamente de normas superiores, válidas y vigentes en el orden jurídico nacional cuyo contenido es directamente operativo, debe ser aplicado por los jueces y fundamenta y condiciona la validez de las normas de jerarquía inferior.

Esto último significa también que la producción normativa nacional está condicionada por el contenido de los derechos fundamentales ins-

criptos en el derecho internacional –convencional y no convencional–, o sea que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene a funcionar como “norma básica de identificación material” en materia de derechos fundamentales.⁵²

Este criterio evita contradicciones, a mi juicio insalvables, como la que surge de lo manifestado por el juez Fayt en el considerando 37° de su voto, en el sentido de que la imposibilidad de condenar a Arancibia Clavel por hallarse prescripta la acción penal no puede equipararse a las leyes que impiden la investigación y sanción de responsables de violaciones a los derechos humanos, como las autoamnistías, de las que da cuenta el fallo “Barrios Altos” de la Corte IDH, en virtud de que las normas sobre prescripción no fueron creadas para impedir las investigaciones.

Esta última afirmación es en general cierta, pero lo que no toma en cuenta el ministro Fayt es que al menos durante 9 años (desde 1974 hasta 1983) –sin contar el tiempo en que se mantuvieron vigentes las inconstitucionales leyes de obediencia debida y punto final– el plazo de la prescripción pudo correr sin riesgos de ser interrumpido por el hecho de que era el propio Estado el que cometía las violaciones a los derechos humanos. Con lo cual, reconocer la prescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad porque el Estado no incorporó la CICGLH con anterioridad a los hechos, significa caer en un peligroso entrampamiento que deja a las garantías contra la impunidad a la suerte del juego político y coyuntural o, más bien, a la nuda voluntad de los órganos de poder de cada momento.

Me pregunto qué sucedería, de sostenerse el criterio anterior, en la hipótesis de un gobierno que, contando con las mayorías calificadas del Congreso que exige el art. 75 inc. 22 CN, decidiera denunciar la CICGLH y, seguidamente, promover graves violaciones a los derechos humanos desde el aparato estatal. Aceptando la vigencia del derecho de gentes el cuadro de situación sería evidentemente otro.

VIII.2. La otra postura es la que se expresa en los votos de la minoría, sobre todo en los de los ministros Belluscio y Fayt, que parecen sostener

en la Constitución Nacional la única fuente de normas de los derechos humanos. Tal es así que incluso los tratados internacionales aparecen como normas de segundo orden.

Esta posición parte de una adhesión indiscriminada al principio de soberanía nacional y, desde mi punto de vista, corre el serio riesgo de sentar las bases de un poder político no sometido a límites suficientes pues, en último término, se reconoce como única fuente de validez del derecho a la voluntad del productor de las normas.⁵³

Es cierto que los derechos y garantías que componen la parte dogmática de la Constitución deben condicionar la validez de la producción de normas inferiores, pero la negación de la apertura al derecho de gentes como orden normativo superior importa un mayor riesgo de omnipotencia estatal.

Puede compartirse con Fayt la valoración del principio de soberanía nacional que efectúa en el segundo párrafo del considerando 16° en punto, por ejemplo, a la protección del mercado interno frente a los poderes económicos internacionales, o a la defensa de los recursos naturales, pero esa estimación de la soberanía no tiene por qué extenderse indiscriminadamente al punto de negar la vigencia del *ius gentium*. No olvidemos que es a los grandes intereses transnacionales a quienes más preocupa la universalización efectiva de los derechos humanos.

VIII. CONCLUSIÓN

En el fallo “Arancibia Clavel” la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría de sus miembros, estableció que la asociación ilícita para cometer delitos de lesa humanidad es un injusto que participa de dicho carácter, y que la acción penal respectiva no prescribe, aún cuando para la fecha de comisión del hecho juzgado Argentina no había incorporado la CICGLH. Las razones en que los jueces fundaron dicho criterio fueron básicamente dos:

1. la supremacía del derecho de gentes sobre el derecho nacional; y
2. el deber de garantía de los derechos humanos y la consecuente responsabilidad internacional que pesa sobre el Estado argentino.

Los jueces Zaffaroni, Highton de Nolasco, Maqueda y el ex magistrado Boggiano sostuvieron la primacía del *ius gentium*, al menos en lo que se refiere a los delitos contra la humanidad. El magistrado Petracchi, como parte de la mayoría, admitió la supremacía del derecho internacional, pero sólo por acatamiento de la jurisprudencia de la Corte IDH, de manera que, si bien existe en los cinco votos coincidencia en cuanto a la supremacía del Derecho Penal Internacional protector de los derechos humanos, no sucede lo mismo respecto del *ius gentium*.

En cuanto al conflicto que la minoría del Tribunal suscitó respecto de la vulneración del principio constitucional de legalidad del art. 18 CN, los votos de la mayoría, a excepción del juez Petracchi, consideraron que el derecho de gentes introduce una suerte de excepción o modificación de los caracteres que adopta el referido principio en el derecho interno, en los casos de delitos de lesa humanidad.

En definitiva, creo que el fallo resulta de gran trascendencia, pues importa el reconocimiento, al menos por algunos de los actuales integrantes de la CSJN, de una línea de avanzada en materia de protección de los derechos fundamentales.

NOTAS Y BIBLIOGRAFÍA

1. Fallos: 327:3312, “Arancibia Clavel, Enrique Lautraro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, de 24/08/04, publicado en La Ley de 9/9/04 y de 10/11/04.
2. El fallo no hace referencia al principio de justicia universal, como para tener una orientación acerca de cuál sería la posición del Alto Tribunal en el caso de graves violaciones a los derechos humanos cometidas fuera de los límites de competencia territorial del los tribunales argentinos. No obstante parece que la última parte del art. 118 CN prevé tal posibilidad.
3. Fallo publicado, con comentario de Germán Bidart Campos, en “Jurisprudencia Argentina”, T. 135, pags. 323 y siguientes.
4. Fallos 318:2148, publicado en “Jurisprudencia Argentina”, de 21 de junio de 1995 y 13 de marzo de 1996.
5. V. al respecto el trabajo de Leopoldo Schiffrin titulado “La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino”, publicado en el libro “La aplicación de los trata-

dos sobre derechos humanos por los tribunales locales”, compiladores Martín Abregú y Christian Courtis, CELS, Ediciones del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1997, especialmente págs. 117 y 118.

6. Montesquieu, “De l’ Esprit des Lois”, Ouvres Complètes, Aux Editions du Seuil, Paris, 1964, pág. 589.
7. En términos generales, los teóricos o filósofos del derecho contemporáneos, con sus matices particulares, conciben el análisis del derecho desde las perspectivas de la filosofía, la teoría del derecho, la dogmática (a veces incluida en la teoría general) y la sociología jurídica (que incluye el contexto histórico-político).

Más allá de las objeciones que pudieran formularse desde la perspectiva de la filosofía y la teoría general del derecho, me parece adecuado adoptar, a los efectos de obtener mayor claridad respecto de lo anterior, el criterio de Norberto Bobbio, acerca del triple marco de análisis del derecho.

Enseña el filósofo italiano que “(...) frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; 3) si es eficaz o ineficaz. Se trata de tres diferentes problemas: de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica”. Estos tres problemas –agrega Bobbio– determinan campos bien precisos de investigación: del primero nace la filosofía del derecho como teoría de la justicia; del segundo, la filosofía del derecho como teoría general del derecho; y del tercero, la sociología del derecho. A su vez, estos tres campos de estudio se corresponden con las preguntas acerca del deber ser de las normas jurídicas frente a los principios de justicia (juicio de valor), de la existencia concreta de la norma dentro del ordenamiento jurídico (investigación empírico-racional), y del efectivo cumplimiento o no por parte de los destinatarios de la norma (investigación de carácter histórico social).

Bobbio considera inaceptable la confusión entre los tres campos de valoraciones del derecho pues conducen a tres reduccionismos teóricos: el iusnaturalismo, que reduce la validez a la justicia (falacia naturalista de Hume); el positivismo más estricto, que reduce la justicia a la validez; y el realismo norteamericano y sus antecesores continentales, que reduce la validez a la eficacia (v. Bobbio, Norberto, “Teoría general del Derecho”, traducción de Eduardo Roza Acuña, Ed. Debate, Madrid, 1998, págs. 33 a 51).

Las diferencias entre los diversos autores residen en el espacio que asignan a cada una de las mencionadas ramas del conocimiento del derecho, lo cual tiene que ver con la concepción de la naturaleza del objeto de conocimiento. Las distintas escuelas de teoría del derecho dan respuestas diversas a los problemas formulados por Bobbio y ello, a la vez, redundan en teorías de la interpretación jurídica diferentes. Así, por ejemplo, las teorías del derecho contemporáneas (teoría pura del derecho de Kelsen, realismo norteamericano, el empirismo de Alf Ross, las tesis de Hart y Dworkin, etc.) presentan distintas perspectivas acerca de qué es el derecho y, por tanto, del objeto de reflexión de

la dogmática jurídica o ciencia del derecho y, además, en muchos casos, las fronteras entre las distintas disciplinas que abordan el conocimiento de los jurídico pueden resultar imprecisas (v. Linfate Vidal, Isabel, “La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pág. 146).

En cuanto a las objeciones de fondo que se plantean al pensamiento de Bobbio, y del positivismo clásico en general, Ferrajoli considera equivocadas las tesis que, como en el caso de Bobbio y toda la tradición positivista anterior, identifican validez con positividad del derecho o, en otros términos, que “(...) la validez de una norma se identificaría con su existencia jurídica, como producto de un acto normativo conforme a las normas acerca de su producción”. Ello, en virtud de que en los modernos estados constitucionales la validez de una norma depende de su conformidad no sólo formal sino también sustancial con normas de rango superior” (v. Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Valladolid, 2000, pag. 355).

Este giro a la concepción positivista tradicional –que también repercute en el plano epistemológico, pues constituye el marco extremo del pensamiento dogmático, por lo menos desde una perspectiva iuspositivista– tiene su explicación en la circunstancia de que los valores del iusnaturalismo fueron incorporados al derecho positivo en las modernas constituciones.

8. Creo que las siguientes palabras de Hans Welzel son útiles para comprender el contenido del pensamiento dogmático, más allá de la función crítica del derecho que debe perseguir: “Misión de la ciencia penal es desarrollar y explicar el contenido de estas reglas jurídicas en su conexión interna, es decir, ‘sistemáticamente’. Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a su aplicación del acaso y la arbitrariedad. Pero la ciencia penal es una ciencia ‘práctica’ no sólo porque ella sirve a la administración de justicia sino también, en un sentido más profundo, en cuanto es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces tocan los conceptos fundamentales de la filosofía práctica” (v. Welzel, Hans, “Derecho Penal Alemán”, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 1).
9. Del primer modo la designa, por ejemplo, Theodor Viehweg (“Tópica y filosofía del derecho”, traducción de Jorge M. Seña, Gedisa Editorial, Barcelona, octubre de 1997, págs. 15/16), y como ciencia del derecho –además de dogmática jurídica– la menciona, entre otros, Alf Ross, en “Sobre el Derecho y la Justicia”, traducción de Genaro R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970.
10. Esta última característica, si bien discutible en lo conceptual, resulta de toda evidencia

en la práctica forense.

11. Viehweg, op. cit. págs. 15/17; Ross, op. cit. pág. 21.
12. V. Gustavo Zagrebelsky en “El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia”, traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Torino, 2002, págs. 120/122. Viehweg también asigna a la dogmática un rol de crítica del derecho al expresar: “Una teoría que se sustraiga al examen científico no puede ofrecer a la dogmática jurídica la aquí requerida base cognoscitiva. Por ello, tiene que ser indispensablemente examinada por la investigación y la dogmática, a fin de promover en todas direcciones su conformación inmanente y, en caso necesario, sugerir una bien preparada reforma de la Constitución. Como, por una parte, todas las cuestiones dogmático-jurídicas profundas conducen a la teoría básica del derecho y, por otra, ésta siempre contará con el interés especial de la investigación básica, existen múltiples y fecundos puntos de contacto entre la filosofía del derecho y la dogmática jurídica (op.cit. pág. 28).
13. Viehweg considera este modelo de teoría jurídica como “teoría del derecho en el viejo sentido”, y estima que la “teoría del derecho en el nuevo sentido” se ocupa de averiguar la estructura de los fenómenos jurídicos en sus aspectos lógicos o sociológicos y desplaza de su ámbito de interés el problema de la justicia. En este sentido no puede servir de base segura al pensamiento dogmático, excepto que presente “una nueva teoría del viejo tipo” (op. cit., pág. 25).
 En este orden de ideas, sostiene Javier Asuátegui Roig que “podría afirmarse que una teoría del derecho que intente ser fiel a la realidad de un sistema jurídico democrático no puede dejar de guardar relación con la Teoría de la justicia” (v. Ansuátegui Roig, Francisco Javier, “Poder, ordenamiento jurídico, derechos”, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, España, 1987, pág. 5).
14. El art. 210 bis CP según la ley de facto 21.338 rezaba así: “Se impondrá reclusión o prisión de cinco a doce años, si la asociación dispusiera de armas de fuego o utilizare uniformes o distintivos o tuviere una organización de tipo militar. La pena será de reclusión o prisión de cinco a quince años, si la asociación ilícita dispusiera de armas de guerra y tuviera una organización de tipo militar. Los cabecillas, jefes, organizadores o instructores serán reprimidos de ocho a veinticinco años de prisión. La misma pena se impondrá si la asociación estuviere organizada total o parcialmente con el sistema de células”.
 Por su parte, la ley 23.077 introdujo la siguiente redacción del aludido artículo: “Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:
 a) Estar integrada por diez o más individuos;
 b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
 c) Tener estructura celular;

- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;
- f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos”.

En cuanto al tipo básico del art. 210 CP, en su redacción conforme con la ley 20.642, dice: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”.

15. Este instrumento fue incorporado por ley 25.584 y dec. 579/2003, y adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778.
16. El art. 118 CN reza así: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, *contra el Derecho de gentes*, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio” (la cursiva es mía).

La recepción del Derecho de gentes por el art. 118 es una particularidad de nuestra Constitución, pero la aceptación de la primacía de aquél por sobre los derechos nacionales puede hacerse valer independientemente de una tal recepción.

Entiendo el Derecho de gentes o derecho consuetudinario o derecho internacional general o *ius cogens*, como lo hace el juez Maqueda en su voto, con cita de Emerich de Vattel, en los siguientes términos: “(...) un sistema complejo estructurado a partir de principios generales del derecho y de justicia, igualmente adaptable para el gobierno de los individuos en un estado de igualdad natural, y para las relaciones y conductas entre las naciones, basado en una colección de usos y costumbres, en el crecimiento de la civilización y del comercio y en un código de leyes convencionales y positivas. Dicho concepto suponía una suerte de moralidad básica a la que debía atarse la conducta de las naciones entre sí y con relación a sus habitantes que se estructuraba en un ordenamiento jurídico y ético que iba más allá de los sistemas internos positivos entonces existentes. Los elementos obligatorios del Derecho de gentes no podían ser violados por la legislación positiva, eran vinculantes para todos, las legislaturas no debían prevalecer sobre ellos y el orden jurídico se entendía como declarativo de tales derechos preexistentes” (considerando 18°).

Por su parte, en el citado caso “Schwammberger”, el juez Schiffrin definió al Derecho

de gentes como una “ley, conforme con la razón, difundida entre todos los pueblos, que inefable apela a los rectos, que no es lícito derogar y menos abrogar, ni puede eximir al Congreso o el pueblo de su observancia...” (v. considerando 17°).

Sostiene Rodolfo Mattarolo, y comparto, que “aunque ya el artículo 102 de la Constitución Nacional –hoy artículo 118– había confirmado la vigencia en nuestro país del derecho internacional consuetudinario –Derecho de gentes– la nueva norma constitucional (artículo 75 inciso 22) lo reitera, en cuanto incluye la Declaración Universal de Derechos Humanos entre los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional” (v. del mencionado autor, “La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad”, publicado en Revista Argentina de DDHH del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Universidad Nacional de Lanús, año 1 n° 0, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, junio de 2001 (primera edición).

Por último, afirma Kai Ambos que las reglas del derecho consuetudinario internacional –se refiere al Derecho Penal Internacional– se han desarrollado sobre la base del derecho de Nürenberg (v. del mencionado autor, “La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática”, traducción de Ezequiel Malarino, Ed. Temis, Uruguay, 2005, pág. 36).

Es muy ilustrativo, en cuanto a la supremacía del *ius cogens* sobre el derecho internacional convencional, el voto razonado del juez de la Corte IDH Antônio Augusto Cançado Trindade, en el caso “Trujillo Oroza”, de 27 de febrero de 2002.

17. Creo que aún no ha sido definitivamente resuelto el problema de la extensión con que el art. 118 de la Constitución recepta el Derecho de gentes, es decir en qué medida el derecho internacional consuetudinario tiene carácter imperativo (*ius cogens*). Por lo pronto, tal como lo señala Leopoldo Schiffrin –y ello coincide con el objeto de interés de este comentario– “de la lectura de dicha norma, pareciera que tal remisión abarca sólo la esfera penal” (op. cit. pág. 118).
18. Respecto de la convivencia entre el *ius gentium* y los tratados incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional observa Leopoldo Schiffrin el siguiente problema, que considera aún inexplorado: la recepción directa e incondicionada del Derecho de gentes por el art. 118 de la Constitución Nacional sólo puede ser dejada de lado por una reforma constitucional, en tanto que los tratados aludidos pueden ser denunciados con el consentimiento de los miembros de las dos Cámaras del Congreso. Con lo cual, normas de igual jerarquía constitucional serían derogables por dos caminos distintos: uno constitucional y el otro infra-constitucional. Ello significa que el art. 118 otorga al Derecho de gentes un rango constitucional en tanto que el art. 75 inc. 22 le daría rango cuasi-constitucional (op.cit. pág. 118).
19. El “deber de garantía”, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH surge, básicamente, de lo dispuesto por los arts. 1.1, 2, 8 y 25 de la CADH y se distingue del “deber de respeto” de los derechos humanos porque crea obligaciones positivas para el Estado.

En efecto, en el caso “Velázquez Rodríguez”, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, n° 4, párrafo 166, la Corte IDH afirmó: “(...) el deber para 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, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (la cursiva es mía).

Asimismo, el “deber de garantía” importa la inadmisibilidad de las disposiciones incompatibles con los tratados, y comprende la obligación de no dictar tales medidas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades (Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994). En la misma opinión consultiva la Corte IDH se refirió a la responsabilidad que pesa sobre los Estados nacionales, al expresar que “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” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994).

A su vez, en el caso “Barrios Altos” (sentencia de 14 de marzo de 2001, pár. 41), el Tribunal dijo 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, de acuerdo con los artículos 8 y 25 de la Convención. Y agregó: “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”.

En este orden de ideas, en Fallos CSJN 317:247, el juez Petracchi sostuvo que la falta de respeto de los derechos humanos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecidos por el artículo 1.1. del tratado.

Andrés Gil Domínguez estima como supuesto de aplicación derivada del derecho internacional la remisión a la jurisprudencia de la Corte IDH (v. su artículo “El caso ‘Aranzibia Clavel’ un fallo fundante en torno a la aplicabilidad”, publicado en Revista “La Ley”, suplemento de derecho Constitucional de octubre de 2004, pág. 99).

20. A partir de este capítulo, cuando se mencionan entre paréntesis a los integrantes de la Corte, se lo hace con la letra inicial de sus apellidos, excepto en el caso del ex juez Boggiano y del juez Belluscio, a quienes se nombra con las dos primeras letras de sus apellidos.
21. Acerca de las fuentes del Derecho Penal Internacional, v. Kai Ambos, op. cit., págs. 34/44.
22. V. Ambos, Kai, op. cit., pág. 73. Expresa el referido autor que: "(...) la fundamentación en el *derecho consuetudinario* de normas de Derecho Penal Internacional plantea especiales dificultades en un doble sentido. Desde la óptica del *derecho penal* el principio del *nullum crimen* parece excluir la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional. Sin embargo, conforme a los artículos 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11 (2) de la declaración Universal de Derechos Humanos y 7 (2) de la Convención Europea de Derechos Humanos, una conducta puede ser sancionada, si ella era punible 'según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional'. Aquí el concepto 'principios de derecho' no se tiene que entender en el sentido del art. 38 (1) (c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sino en el de las reglas de derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del derecho de Nuremberg, por lo cual la regla aplicada debe tener 'sin duda' el carácter de costumbre internacional".
- Y prosigue: "Desde la óptica del derecho internacional se presenta el problema de la praxis de los Estados (*repetitio facti*), necesaria junto con un convencimiento jurídico general (*opinio iuris*) para el nacimiento del derecho consuetudinario internacional, que difícilmente se pueda fundamentar de cara a la amplia extensión de la impunidad de las severas violaciones a los derechos humanos" (op. cit., págs. 36/37)
23. *Ibidem*, págs. 85/86.
24. V. Jakobs, Günther, "Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997, pág. 79.
25. Jakobs considera que esta concepción no explica por qué la determinación habría de producirse legalmente ni por qué tendría que abarcar la punibilidad ni la medida de la pena (págs. 79/80).
26. Nuestro autor indica que la intervención democrática no explica la prohibición de retroactividad, o la medida de la pena, o la prohibición de leyes indeterminadas o de condiciones de punibilidad no válidas en general (pág. 80).
27. La crítica de Jakobs a esta fundamentación consiste en que la división de poderes tampoco explicaría la prohibición de retroactividad, que se refiere a todos los poderes (pag. 81).
28. Jakobs sostiene que esta confianza es la del ciudadano fiel al Derecho, de que su comportamiento no va a ser definido posteriormente como injusto. Desde esta perspectiva no discute la corrección de este criterio. Empero, afirma que la confianza del ciudadano fiel al Derecho no se corresponde con la del no fiel al Derecho, en el sentido de que se le vayan a imponer sanciones conminadas legalmente en el momento del hecho, lo

cual se reconoce en la circunstancia de que para la culpabilidad se requiere la cognoscibilidad del injusto, pero no de la punibilidad y menos aún de la medida de la pena. Es decir que, “dado el conocimiento o cognoscibilidad del injusto, no se protege la confianza en la impunidad”. Y agrega: “(...) se trata de conocimiento o cognoscibilidad de la pena o de la magnitud de la pena como indicio de la gravedad del injusto, pero no como ‘etiqueta de precio’ fijo para fechorías” (págs. 81/82).

29. Op. cit. págs. 82/85.
30. Ambos, Kai, op. cit. pág. 85.
31. Ibídem, pag. 85.
32. V. al respecto, Rodolfo Mattarollo, quien sostiene que: “En el Derecho Penal Internacional, contra lo que a veces se afirma, el principio de legalidad existe, pero tiene características peculiares y se ha expresado de una manera que le es propia: *nullum crimen sine iure*, lo que significa que las incriminaciones deben tener una base normativa y no ser arbitrarias, aunque las penas no estén formuladas de manera expresa y específica”. Y prosigue: “El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional parte de una distinción fundamental entre la **norma de comportamiento** y la **norma de represión**. La costumbre puede dar nacimiento a la norma de comportamiento: un comportamiento se convertirá en algo prohibido porque la mayoría de los Estados se abstienen con la conciencia de ejecutar así una obligación jurídica. Pero la norma de represión es una consecuencia de la norma consuetudinaria de comportamiento. Exigir identificar de una misma forma una norma consuetudinaria de una de represión equivaldría a exigir una costumbre de la transgresión. En este sentido el derecho penal no es retroactivo” (op. cit. págs. 10/11). Más allá de lo anterior, Mattarollo ensaya otra explicación del sentido del principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional, que radica más que nada en la especial naturaleza de los crímenes de lesa humanidad y no en la diferente configuración del principio debido a la ausencia de un sistema institucional similar al de los Estados nacionales. Expresa: “...de cara a los crímenes de derecho internacional, comprendido el genocidio, la tortura y las desapariciones forzadas de personas, perpetradas en forma sistemática o masiva –conductas de ilegalidad manifiesta que conmueven la conciencia de la humanidad, y que casi siempre se cometen a través de un aparato organizado de poder– una metagarantía del debido proceso legal a su vez está constituida por el derecho a la jurisdicción, a la seguridad y a la dignidad para las víctimas, la sociedad en su conjunto, e incluso para la sociedad internacional”. “Debe buscarse aquí el equilibrio entre el valor del derecho a la justicia para las víctimas de los delitos y el valor de la libertad individual de los acusados. La dignidad humana es protegida aquí frente al poder de quienes generalmente han realizado de manera deliberada y consciente un ‘ejercicio criminal de la soberanía estatal’ en la perpetración de sus crímenes” (op. cit., pág. 9).
33. Ambos, Kai, op.cit., pág. 86

34. V. voto del Dr. Schiffrin en el caso “Schwammberger” (cons. 28°).
35. Esta línea argumental fue desarrollada con profundidad en el voto del juez Leopoldo Schiffrin en el caso “Schwammberger”.
36. Ambos, Kai, op. cit. pág. 86.
37. V. Schiffrin, Leopoldo, op.cit., pág. 117. Puede consultarse también el voto del Juez Schiffrin en el caso “Von Wernich, Cristian Federico s/ infracción arts. 144 bis, 144 ter., 8o inc.7° y 54 del Código Penal”, expte. N° 2625, de 7 de marzo de 2006, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II).
38. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en su art. 23, y el art. 24 del Estatuto del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, remiten al derecho nacional de aquellos países para la aplicación de las penas a los responsables de las conductas fijadas sólo en términos generales, y no mediante una tipificación estricta.
39. V. caso “Schwamberger”, voto del juez Schiffrin, cons. 29.
40. Recordemos que la minoría trata la relación entre el derecho de gentes y el principio de legalidad al referirse a la imprescriptibilidad de la acción penal (v. *infra* apartado VII.2).
41. V. el cons. 28° del voto del juez Schiffrin in re “Schwammberger”.
42. V. el artículo de José Luis Guzmán Dálbora, “Crímenes Internacionales y Prescripción”, publicado en AAVV, “Temas actuales de Derecho Penal Internacional”, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2005, pag. 112.
43. Jakobs, op. cit., págs. 82 y 83.
44. V., en este sentido, el considerando 59° del voto del juez Schiffrin en el caso “Schwammberger”, en cuanto afirma que “mientras no hay obstáculo constitucional en el derecho argentino para que el legislador establezca –con fundamentos razonables– la imprescriptibilidad de determinadas acciones penales, las normas que *ex post facto* prolonguen la prescripción o la supriman, no son admisibles para el orden público interno, excepto cuando entren en juego imperativos del derecho de gentes...”
45. En realidad, el voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco –que son quienes más desarrollo dan a la cuestión– toma sólo uno de los fundamentos tradicionales de la prescripción, el que se afina en el *punto de vista de la sociedad* y justifica la prescripción en que el transcurso del tiempo de algún modo debilita la vivencia del hecho, la alarma colectiva, perdiéndose el interés en el castigo. Pero existen otros dos fundamentos usuales: uno de ellos lo menciona el aludido voto pero no lo desarrolla, y es el que toma como eje la *perspectiva subjetiva del imputado*, que pasado el tiempo ya no sería la misma persona, habría padecido sufrimientos durante los años en que evadió el accionar de la justicia y ello funcionaría como una suerte de enmienda. Finalmente, se suele justificar el instituto de la prescripción desde el *prisma del Estado*, sobre la base de argumentos tales como que el transcurso del tiempo produce dificultades en materia probatoria y abre el camino al error judicial, la declinación del interés estatal en la punición, lo innecesario o inútil del castigo a la luz de los fines asignados a la pena, la renuncia a la acción demos-

trada por el aparato estatal (v. Guzmán Dálbora, op. cit., págs. 106/107, quien expone las críticas de que resultan pasibles las dos últimas posiciones).

46. He hallado en la doctrina posiciones que, sin negar la primacía del principio de legalidad, encuentran caminos alternativos para sostener la no prescripción de las acciones penales en los casos de delitos cometidos desde el aparato del Estado.

Alejandro Carrió, por ejemplo, parte de una tesis de sesgo contractualista, según la cual el principio de legalidad tiene como fundamento la reciprocidad, es decir, el acuerdo tácito entre el Estado y los particulares de que la autoridad moral del primero para aplicar penas se basa en su compromiso de no modificar las reglas de conducta previamente impuestas. En tales circunstancias, cuando el Estado mismo o personas actuando en su nombre se involucran en delitos, el pacto se rompe e impide que los funcionarios reclamen del propio Estado cuya autoridad subvirtieron, que éste continúe autolimitándose (v. Carrió, Alejandro, “Principio de legalidad y crímenes aberrantes: una justificación alternativa a su imprescriptibilidad”, publicado en revista *La Ley*, T. 2004-E, pag. 122 y ss.).

Encuentro dos reparos a esta perspectiva: por un lado, me parece que el autor recurre a esta justificación debido a que no halla apoyo normativo sólido que le permita considerar imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos desde el aparato del Estado durante la década de los 70, sin transgredir el principio de legalidad; sin embargo su justificación tampoco se desprende de norma expresa alguna y, en este sentido, podría achársele que modifica condiciones de punibilidad sobre la base de una interpretación filosófica del principio de legalidad. Pero además, me pregunto si este camino argumental no conlleva el riesgo de suponer que cualquier ciudadano “infiel al derecho”, que delinca desde las estructuras del Estado o aún por fuera de él, deshace el pacto de reciprocidad y, por tanto, no puede exigir ya el respeto del principio de legalidad. Carrió limita su tesis a los delitos que “el derecho internacional viene considerando desde hace tiempo como muy graves o aberrantes”. Pero con ello se viene a reconocer como fundamento último de la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de lesa humanidad, no ya la ruptura del pacto de reciprocidad con el Estado, sino la magnitud de los hechos en cuestión. La otra posición, que no sólo parte de la primacía del principio de legalidad sino más aún, de la no justificación de que existan acciones penales que no prescriban, es la sustentada por Guzmán Dálbora. Este autor chileno sostiene el criterio de que, en los casos en que el Estado se vio impedido de ejercer la acción penal, precisamente porque sus propias estructuras se utilizaron para cometer los delitos que posteriormente se pretenden prescriptos, debe considerarse suspendido el curso del plazo previsto por la ley. Este punto de vista constituiría una interpretación teleológica del instituto de la suspensión del plazo de la prescripción y no la aplicación de una ley más gravosa (Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., págs. 112/115). En el fondo se trata de la tesis de que las reglas del Estado de Derecho sólo son eficaces globalmente cuando se aplican a sucesos que son posibles en un Estado de Derecho (v. Jakobs, op.cit. págs. 83/84, notas 20

y 23, quien se refiere a la solución de alterar retroactivamente los plazos de prescripción en Alemania, respecto de los delitos del nazismo).

47. Este argumento no fue expresamente contestado por la mayoría, aunque el juez Maqueda, en el considerando 71° de su voto, manifestó que la vigencia de un orden internacional que previo a los hechos materia de juzgamiento consideraba ilícito tomar parte en una organización destinada a cometer delitos contra la humanidad, hace plenamente aplicable la previsión del art. 15 (2) del Pacto.

El Dr. Schiffrin sostiene, como ya hemos visto, que la vigencia interna del Derecho de Gentes modifica las condiciones mismas de punibilidad de los delitos en los casos en que estos son de lesa humanidad y, por tal motivo, “carecerá de relevancia que el art. 75 inc. 22, de la Constitución al incorporar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos haya subordinado al art. 18 CN la aplicación del 15.2 de dicho Pacto, que dice: ‘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 delitos según los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional’” (v. Schiffrin, Leopoldo, op. cit., págs. 117/8).

Adicionalmente cabe tener en cuenta que el art. 75 inc. 22 incorpora al Pacto en las condiciones de su vigencia, y es la ley 23.313, anterior la reforma de 1994, la que había formulado la reserva mencionada.

En realidad, este punto fue objeto de decisión en fallos de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires, en el sentido de que las reservas formuladas no pueden modificar la normativa internacional ni oponerse al *ius cogens* (casos “Videla, Jorge Rafael s/ prisión preventiva”, de 9 de septiembre de 1999 y “Massera s/ excepciones”, de la misma fecha). Se trata, en sustancia, de que “la cuestión no puede resolverse con una mera referencia al derecho internacional convencional” (v. Mattarollo, op.cit. pág. 8).

Parecidos argumentos podrían sostenerse con relación a la supremacía del *ius gentium* respecto del art 21 de la ley 48, en cuanto sólo admite al Derecho de Gentes con rango inferior a la ley nacional (el artículo reza así “Los Tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de al provincia, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido”).

48. El examen de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que efectúa el Dr. Fayt debería ser materia de análisis particular, pero ello excede los límites del presente trabajo. Sin embargo, no está demás señalar que, si bien es cierto que en el caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia de 18 de septiembre de 2003, la Corte IDH aplicó la doctrina de la inadmisibilidad de disposiciones de derecho interno, como la prescrip-

ción, que impidan el curso de investigaciones relativas a violaciones a derechos humanos, aún cuando, como sostiene el Dr. Fayt, dicho instituto no fue especialmente creado para obstaculizar la prosecución de la causa. Sin embargo, la Corte IDH consideró que el tribunal interviniente toleró que la defensa del imputado opusiera diversas articulaciones dilatorias, que impidieron el avance de las actuaciones y, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas (apartados 113 y sigs.).

49. Respecto de este punto, es interesante confrontar la opinión del ministro Fayt con la del juez de la Corte IDH Antônio Augusto Cançado Trindade en el caso “Trujillo Oroza vs. Bolivia” en el cual, con remisión a “Blake versus Guatemala” (sentencia de 24 de enero de 1998) expresó: “al identificar un décalage entre el tradicional derecho de los tratados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (párr. 16), ponderé que el primero no podía seguir dejando de tomar en debida cuenta el elemento de intemporalidad propio de este último (párr. 21), y agregué que “no sería posible, por ejemplo, hablar de limitaciones *ratione temporis* de la competencia de un tribunal internacional (...) en relación con normas del derecho internacional general. (...) La *opinio juris sive necessitatis* (elemento subjetivo de la costumbre), como manifestación de la conciencia jurídica internacional, revela hoy día mucho más vigor que los postulados seculares del derecho de los tratados, cuando se trata de establecer nuevos regímenes jurídicos de protección del ser humano contra violaciones particularmente graves de sus derechos” (párr. 24)”.
50. Las conclusiones sobre este punto condicionan el resto de las cuestiones de filosofía del derecho, tales como el aspecto epistemológico, metodológico, el análisis crítico del derecho con base en determinados criterios de justicia, etc. (v. Ansuátegui Roig, op. cit. págs. 5/6). Por supuesto que la relación inversa también es condicionante, pues lo contrario importaría pensar que se puede acceder al derecho como objeto de conocimiento sin nociones filosóficas previas.
51. Acerca del concepto de legitimación externa y su relación con la legitimación interna, ver Ferrajoli, Luiggi, op. cit., pág. 224 y ss.
52. Sobre los conceptos de “norma básica de identificación formal” y “norma básica de identificación material”, v. Peces-Barba, Gregorio, “Curso de Derechos Fundamentales”, Ed. BOE-Universidad Carlos III, Madrid, España, 1995, pág. 354 y ss. Podría objetarse que, como el derecho de gentes no se halla positivizado, no podría constituir una norma básica de identificación de normas positivas. Sin embargo, por un lado, los principios básicos del derecho de gentes sí se encuentran consagrados en los principales instrumentos internacionales posteriores a la segunda guerra mundial y, por el otro, el art. 118 CN introduce “positivamente” la supremacía del derecho de gentes
53. Sobre las raíces filosóficas de esta concepción, v. Schiffrin, Leopoldo, op. cit., pág. 123.
54. V., en este sentido, el considerando 59° del voto del juez Schiffrin en el caso “Schwammbarger”, en cuanto afirma que “mientras no hay obstáculo constitucional

en el derecho argentino para que el legislador establezca –con fundamentos razonables– la imprescriptibilidad de determinadas acciones penales, las normas que *ex post facto* prolonguen la prescripción o la supriman, no son admisibles para el orden público interno, excepto cuando entren en juego imperativos del derecho de gentes...”

- Ambos, Kai**, “La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática”, traducción de Ezequiel Malarino, Ed. Temis, Uruguay, 2005.
- Ansuátegui Roig, Francisco Javier**, “Poder, ordenamiento jurídico, derechos”, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, España, 1987.
- Bobbio, Norberto**, “Teoría general del Derecho”, traducción de Eduardo Rozo Acuña, Ed. Debate, Madrid, 1998.
- Carrió, Alejandro**, “Principio de legalidad y crímenes aberrantes: una justificación alternativa a su imprescriptibilidad”, publicado en revista La Ley, T. 2004-E, pag. 122 y ss.
- Ferrajoli, Luigi**, “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Valladolid, 2000.
- Gil Domínguez, Andrés**, “El caso ‘Arancibia Clavel’ un fallo fundante en torno a la aplicabilidad”, publicado en Revista “La Ley”, suplemento de derecho constitucional de octubre de 2004, pag. 99.
- Guzmán Dálbora, José Luis**, “Crímenes Internacionales y Prescripción”, publicado en AAVV, “Temas actuales de Derecho Penal Internacional”, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2005.
- Jakobs, Günther**, “Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997.
- Linfate Vidal, Isabel**, “La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- Mattarollo, Rodolfo**, “La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad”, publicado en Revista Argentina de DDHH del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Universidad Nacional de Lanús, año 1 n° 0, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, junio de 2001 (primera edición).
- Montesquieu**, “De l’Espirít des Loís”, Ouvres Complètes, Aux Editions du Seuil, Paris, 1964.
- Peces-Barba, Gregorio**, “Curso de Derechos Fundamentales”, Ed. BOE-Universidad Carlos III, Madrid, España, 1995.
- Ross, Alf**, “Sobre el Derecho y la Justicia”, traducción de Genaro R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970.
- Schiffrin, Leopoldo**, “La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino”, publicado en el libro “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tri-

bunales locales”, compiladores Martín Abregú y Christian Courtis, CELS, Ediciones del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1997.

Viehweg, Theodor, “Tópica y filosofía del derecho”, traducción de Jorge M Seña, Gedisa Editorial, Barcelona, octubre de 1997

Welzel, Hans, “Derecho Penal Alemán”, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993

Zagrebelsky, Gustavo, “El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia”, traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Torino, 2002.

Inconstitucionalidad de las Leyes de Punto Final” y “Obediencia Debida”. Notas al fallo “Simón” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Hernán L. Folgueiro*

I. INTRODUCCIÓN

El 14 de junio de 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía Nros. 23.492 (“Punto Final”)¹ y 23.521 (“Obediencia Debida”)² en una causa iniciada por “Abuelas de Plaza de Mayo” para lograr la identificación y la restitución de Claudia Victoria Poblete, secuestrada junto con sus padres en el año 1977. Se trata de una de las decisiones más trascendentes de la Corte Suprema de Justicia de los últimos años, producida en el marco de un recambio de miembros del tribunal que comenzó a mediados del año 2003.

Si bien a primera vista es difícil abordar el fallo “Simón” tanto por su extensión como por la diversidad de los votos, sería incorrecto afirmar que por estas características se trata de un fallo fuera de lo común; en efecto, parecería que esta etapa institucional de la Corte Suprema se caracteriza por la incapacidad de los jueces para concordar en los argumentos y por la gran extensión de los votos. Esta técnica de resolución

* Abogado, Diploma de Honor, UBA, 1996; ex Secretario del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 4, ex Secretario de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal; ex integrante de la Unidad de Asistencia para causas sobre Terrorismo de Estado de la Procuración General de la Nación.

de conflictos conspira contra la doctrina del propio Tribunal que establece que sus decisiones deben servir de guía y orientación para los operadores del sistema. Por la dificultad para extraer conclusiones de los fallos, este modo de trabajo de la Corte deja en manos de los juristas la labor de determinar, en definitiva, cuáles son los criterios del Tribunal en cada una de las materias.

Por estas particularidades del fallo, que luego serán detalladas, el objetivo central de este trabajo es orientar su lectura mediante el agrupamiento y el análisis de las distintas materias y de los argumentos que presenta la decisión.

Teniendo en cuenta la estructura del fallo, proponemos una lectura transversal de los distintos votos que lo componen, con el objeto de ordenar argumentos y verificar, si es posible, la existencia de opiniones coincidentes entre los fundamentos. Por supuesto, no es la única manera posible de leer y analizar este fallo, pero preferimos exponer temáticamente los argumentos que integran la decisión antes que comentar cada uno de los votos de los jueces por separado. Previo a ello, narraremos el derrotero que siguió el caso hasta que la Corte Suprema se encontró en condiciones de pronunciarse.

II. EL CAMINO DE LA CAUSA HASTA LA CORTE SUPREMA

La “Asociación Abuelas de Plaza de Mayo” denunció ante la justicia federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que el 28 de noviembre de 1978 “fuerzas conjuntas” secuestraron al matrimonio compuesto por José Liborio Poblete Roa y Gertrudis Marta Hlaczik y a la hija de ambos, Claudia Victoria Poblete. “Abuelas” expresó que por denuncias recibidas en la Asociación, el militar retirado Ceferino Landa y su esposa, Mercedes Beatriz Moreira, tendrían en su poder a Claudia Victoria Poblete anotada bajo el nombre de Mercedes Beatriz Landa. La causa quedó radicada en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 4 a cargo del juez Gabriel Cavallo.

Luego de efectuar las medidas de investigación correspondientes, que incluyeron un estudio de histocompatibilidad inmunogenética que determinó la vinculación de Mercedes Beatriz Landa con el matrimonio Poblete-Hlaczik, el 25 de febrero de 2000 se decretó el procesamiento con prisión preventiva del militar retirado Ceferino Landa y de Mercedes Beatriz Moreira por los delitos comprendidos por los artículos 139 inc. 2, 146 y 293 del Código Penal, y se ordenó declarar la nulidad de la inscripción del nacimiento de Mercedes Beatriz Landa como hija de los anteriormente nombrados. Este auto de mérito fue confirmado por la Sala II de la Excm. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal el 11 de mayo del mismo año.

El 5 de junio de 2001 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 5 de la Capital Federal, integrado por los jueces Luis Rafael Di Renzi, Guillermo Federico Madueño y Guillermo Andrés Gordo, condenó a Ceferino Landa a nueve años y seis meses de prisión por encontrarlo penalmente responsable de “participación necesaria en falsedad ideológica en instrumento público, y autor de falsedad ideológica en instrumento público, falsedad ideológica en instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas y retención y ocultamiento de una menor de diez años”. También por el delito de retención y ocultamiento de una menor de diez años condenó a Mercedes Beatriz Moreira de Landa a la pena de cinco años y seis meses de prisión. Este fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 5 quedó firme el 28 de julio de 2005, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el recurso extraordinario remitiéndose a las consideraciones vertidas por el Procurador General de la Nación.³

Con posterioridad al dictado del auto de procesamiento contra el matrimonio Landa-Moreira el juez Cavallo ordenó la detención de Juan Antonio Del Cerro (apodado “Colores”) y de Julio Héctor Simón (apodado “Turco Julián”) por haber participado de la sustracción, retención y ocultación de Claudia Victoria Poblete. Por estos hechos el 1º de noviembre de 2000 Del Cerro y Simón fueron procesados con prisión preventiva (art. 146 del Código Penal). El 8 de febrero de 2001 este auto de procesa-

miento fue confirmado por la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal.

Por otra parte, en el mes de octubre del año 2000 se presentó en la causa el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) solicitando que se indagara a todos los que hubieran intervenido en el secuestro de Claudia Victoria Poblete y de sus padres, José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik. Como los posibles imputados se encontraban amparados por las disposiciones de amnistía, el CELS solicitó que se declarara la nulidad de las leyes 23.492 y 23.521.

El 6 de marzo de 2001 el juez Cavallo, en una extensa resolución, accedió al pedido del Centro de Estudios Legales y Sociales declarando la nulidad e inconstitucionalidad de las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida”. En primer término, en el fallo se analizó el contexto histórico en el que fueron perpetrados los hechos imputados y se reseñaron los antecedentes del juzgamiento de los crímenes del terrorismo de Estado tanto en la Argentina como en el exterior. Luego de exponer diversos antecedentes del derecho internacional, se concluyó que los hechos investigados constituían crímenes contra el derecho de gentes, más precisamente, crímenes contra la humanidad (tortura, desaparición forzada de personas, etc.), a partir de lo cual era posible afirmar tanto la jurisdicción universal para su juzgamiento como su imprescriptibilidad. Asimismo, el pronunciamiento evaluó la compatibilidad de las leyes de amnistía con la Constitución Nacional, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y con la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanas o Degradantes, concluyendo que las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida” eran nulas por aplicación de lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Nacional, e inválidas e inconstitucionales con relación a los tratados señalados.

Este pronunciamiento fue confirmado por la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal el 9 de noviembre de 2001, y el 29 de agosto de 2002 el Procurador General de la Nación solicitó que la Corte Suprema se pronunciara a favor de la invalidez y de la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521.⁴

III. EL CONTENIDO DEL FALLO

A los efectos de ordenar la exposición y de no repetir la falencia que presenta la decisión en su conjunto en cuanto a la multiplicidad de argumentos y temas tratados, hemos concentrado los aspectos principales del fallo en una selección de seis núcleos temáticos. Si bien, como explicaremos, no todos los jueces se pronunciaron sobre los temas que fueron elegidos, consideramos que en la exposición están incluidos los puntos medulares que integran la decisión. En primer lugar haremos referencia a la opinión de los jueces con relación a la calificación de los hechos de la causa como crímenes contra la humanidad, y seguidamente expondremos el tratamiento de la cuestión de la imprescriptibilidad de tales crímenes. Luego nos referiremos al tema de una posible afectación del principio de legalidad que conllevaría la reapertura de los juicios. Posteriormente analizaremos el tratamiento que se le dio a la reforma constitucional de 1994 respecto de la incorporación al texto de la Constitución de los tratados sobre derechos humanos y su aplicación al caso. Asimismo, veremos qué valor se le asignó a los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la necesidad de persecución de graves violaciones de los derechos humanos; en particular, observaremos cómo se utilizó el precedente “Barrios Altos”. Finalmente, haremos referencia a las consideraciones de los jueces derivadas de la aplicación de la ley 25.779 al caso en cuestión. En cada uno de los apartados transcribiremos algunos párrafos de los distintos votos para que el lector pueda efectuar su propia evaluación de los argumentos.

A) LOS CRÍMENES COMETIDOS POR EL RÉGIMEN 76/83 COMO CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

El fallo del juez federal por el cual se declaró la nulidad y la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía fue el primero en adjudicar el carácter de crímenes contra la humanidad a los ilícitos bajo investigación. Este criterio

fue mantenido en el fallo de la Sala II de la Cámara Federal y en la opinión del Procurador General que antecedió al pronunciamiento de la Corte. La importancia de afirmar que los hechos constituían crímenes contra la humanidad era crucial dado que una de las consecuencias fundamentales de esa caracterización es que, para el derecho internacional, los crímenes contra la humanidad no prescriben ni son pasibles de ser amnistiados.

A excepción del juez Petracchi, que sólo hizo una remisión al fallo de la Corte “Arancibia Clavel”⁵, en el que se afirmó el carácter imprescriptible de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, todos los votos que integraron la mayoría calificaron a los hechos imputados como crímenes contra la humanidad.

La calificación de los ilícitos perpetrados por el terrorismo de Estado como crímenes de lesa humanidad fue efectuada por primera vez, en nuestro país, por la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en el año 1999 como consecuencia de un planteo de prescripción introducido por Jorge Rafael Videla en la causa en la que se investiga la existencia de un plan estatal para la apropiación de niños.⁶

En el denominado “Juicio a las Juntas”⁷ no se había hecho ninguna referencia a que los hechos probados constituyeran crímenes contra la humanidad, y las únicas menciones del derecho internacional habían tenido lugar en el capítulo que trataba la antijuridicidad de los hechos probados.⁸ Si bien cuando se llevó adelante el juicio el derecho penal internacional tenía escasa difusión en el ámbito local, la calificación de los hechos como crímenes contra el derecho internacional hubiera producido consecuencias. En efecto, Orlando Ramón Agosti fue condenado únicamente a la pena de cuatro años y seis meses de prisión por la comisión de ocho actos de tormento y tres robos y, a su vez, fue absuelto en once casos de desaparición forzada de personas ocurridas en el centro clandestino de detención denominado “Mansión Seré” por haber transcurrido el plazo previsto para la prescripción de la acción penal.⁹ Seguramente, la imputación de once hechos de privación ilegal de la libertad hubiera posibilitado la aplicación de una condena más rigurosa.¹⁰

A medida que fue transcurriendo el tiempo la posibilidad de la prescripción de la acción penal comenzó a presentarse como un escollo para la sustanciación de los procesos. Por ejemplo, el 5 de diciembre de 1986 la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal declaró la prescripción de la acción penal de Alfredo Astiz en el caso “Dagmar Ingrid Hagelin”.

Así, la consecuencia más importante de la afirmación consistente en que los ilícitos perpetrados en el marco del terrorismo de Estado constituyen crímenes contra la humanidad es que en esos casos la acción penal no está sujeta a plazos de prescripción.

Boggiano dijo: “... se persigue a Julio Héctor Simón por crímenes contra el derecho de gentes. En efecto, los hechos investigados en la causa 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, art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 75, inc. 22) y 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 Nuremberg.” (Considerando 38)

Zaffaroni: “... No existe problema alguno de tipicidad, pues se trata de casos de privación ilegal de libertad o ésta en concurso con torturas y con homicidios alevosos, es decir, de delitos que siempre merecieron las penalidades más graves de nuestras leyes positivas, y en cuanto a su calificación como crímenes de lesa humanidad, tampoco es discutible, desde que los más graves crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial y juzgados conforme al Estatuto de Nuremberg fueron precisamente masivas privaciones ilegales de libertad seguidas de torturas y de homicidios alevosos.” (Considerando 14)

Highton de Nolasco: “Que en consecuencia, 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.” (Considerando 32)

Lorenzetti: “La descripción jurídica de estos ilícitos contiene elementos comunes de los diversos tipos penales descriptos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como ‘crímenes contra la humanidad’ porque: 1)- afectan a la persona como integrante de la ‘humanidad’, contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2)- son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado.” (Considerando 13)

Argibay: “Cabe señalar que la clasificación de los hechos como crímenes contra la humanidad resulta, por lo que diré, en principio plausible. Si se tiene en cuenta que esta categoría de crímenes internacionales se refiere a diversas conductas que también son consideradas delictivas en el derecho interno de los países, se hace necesario determinar cuál es el rasgo que autoriza la inclusión de un acto no sólo en esta última, sino también en la primera. Considero 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 (Bassiouni, Cherif M., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, Capítulo 6, especialmente pp. 243/246 y 275). 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 (Punto IV de la resolución confirmatoria del auto de procesamiento y Punto IX de la resolución denegatoria de la excepción de falta de acción).” (Considerando 10)

B) EL TRATAMIENTO DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Si bien en el fallo analizado no se cuestionaba particularmente la vigencia de la acción penal, los jueces de la mayoría hicieron mención de la imprescriptibilidad de los delitos imputados. También la resolución del juez Cavallo y la de la Sala II de la Cámara Federal resolvieron el caso afirmando que los delitos imputados a Simón eran imprescriptibles como consecuencia de que los hechos constituían crímenes contra la humanidad.

La adecuación constitucional de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad ya había sido analizada por la Corte Suprema en el caso “Arancibia Clavel”. En este apartado sólo reseñaremos los considerandos en los cuales los jueces hicieron referencia al tema. En este mismo volumen se incluye un comentario al fallo “Arancibia Clavel” y sus consecuencias.¹¹

Boggiano: “[...] esta Corte juzgó que la calificación de delitos de lesa humanidad está sujeta de los principios del *ius cogens* del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148). Este es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional, la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (Fallos: 43:321; 176:218; 316:567).” (Considerando 40)

Maqueda: “[...] la calificación de delitos de lesa humanidad queda unida, además, con la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes según resulta de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, Resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968 aprobada por la ley 24.584. Dicha regla también ha sido mantenida por el art. 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Tal decisión sobre la falta de

un derecho a la prescripción se vincula, desde luego, con la simétrica obligación de los estados nacionales de adoptar las medidas tendientes a la persecución de este tipo de delitos aberrantes con la consiguiente obligación de no imponer restricciones, de fundamento legislativo, sobre la punición de los responsables de tales hechos.” (Considerando 91)

Zaffaroni: “Tal como lo señala el señor Procurador General, el derecho internacional también impone la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, consagrada primeramente por el derecho internacional consuetudinario y codificada en convenciones con posterioridad, conforme al criterio sostenido en la causa A.533.XXXVIII. “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa n° 259–”. No existe problema alguno de tipicidad, pues se trata de casos de privación ilegal de libertad o ésta en concurso con torturas y con homicidios alevosos, es decir, de delitos que siempre merecieron las penalidades más graves de nuestras leyes positivas, y en cuanto a su calificación como crímenes de lesa humanidad, tampoco es discutible, desde que los más graves crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial y juzgados conforme al Estatuto de Nuremberg fueron precisamente masivas privaciones ilegales de libertad seguidas de torturas y de homicidios alevosos.” (Considerando 14)

Lorenzetti: “Que también cabe rechazar el argumento sobre la imprescriptibilidad, ya que ésta es una de las características de los delitos de lesa humanidad. Tal como lo señala el señor Procurador General, el derecho internacional impone la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, consagrada primeramente por el derecho internacional consuetudinario y codificada en convenciones con posterioridad, conforme al criterio sostenido en la causa “Arancibia Clavel” ya decidido por esta Corte Suprema (A.533.XXXVIII., sentencia del 24 de agosto de 2004).” (Considerando 32)

Los jueces Petracchi (considerando 30) y Highton de Nolasco (considerandos 31 y 32) se remitieron, respecto de este punto, a lo resuelto en el fallo Arancibia Clavel.

C) ¿AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO *NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE*?

Quienes en algunos artículos de doctrina¹² y en los medios de comunicación¹³ se oponían por razones políticas a la reapertura de las causas alegaban –de modo muy general– que se vería afectada la seguridad jurídica porque se encontraría vulnerado el principio de legalidad. En realidad, ese tipo de críticas no aportaba argumentos de peso para sostener tal objeción dado que las referencias al principio de legalidad eran formuladas en un sentido muy general o, en algunos casos, en un sentido no técnico.

El principio de legalidad, como es sabido, es derivado del contenido del artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece que *ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*. El principio de legalidad produce varias consecuencias para el derecho penal material: la ley penal debe ser anterior al hecho del proceso (*lex praevia*), debe ser escrita (*lex scripta*) y debe describir con toda precisión la conducta prohibida; asimismo, la pena debe estar establecida con claridad como así también sus condiciones de ejecución (*lex certa*), y la interpretación de la ley debe estar sujeta a esa determinación (*lex stricta*).¹⁴

La reapertura de los casos para la persecución de los crímenes contra la humanidad cometidos por el régimen de facto no vulnera la parte medular del principio de legalidad: pues para el juzgamiento de los hechos se aplica el Código Penal vigente al momento de comisión. Así, lo explicaba la resolución del juez Cavallo:

“Los tipos penales vigentes en la legislación argentina ya prohibían, y continuaron haciéndolo, las conductas que integraron el plan sistemático de represión y son aptos para subsumir los hechos y determinar la pena que les cabe a los autores y partícipes en los *crímenes contra la humanidad* cometidos en nuestro país. [...] Esta subsunción en tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas en análisis (cuestión que establece el derecho de gentes a través de normas *ius cogens*) ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les cabe por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes. [...] En síntesis, las conductas que conforman los

crímenes contra la humanidad cometidas en el marco de la represión política sistemática (1976-1983) estaban prohibidas por la legislación penal argentina vigente en aquel momento. En consecuencia, dado que no se da un supuesto de ausencia de ley penal al respecto, cabe aplicar esos tipos penales para juzgar dichos crímenes, toda vez que ellos permiten concretar su persecución y, en caso de condena, determinar la pena que cabe imponerles a quienes sean hallados culpables. Aplicando los tipos penales de su legislación, la República Argentina puede, entonces, juzgar los *crímenes contra la humanidad* ocurridos en su territorio y satisfacer de este modo el interés que la comunidad internacional (de la que nuestro país forma parte) tiene en la persecución penal de los crímenes contra el derecho de gentes cualquiera sea el lugar de su comisión”.

Ahora bien, los problemas de afectación del principio de legalidad se presentaron al analizar la aplicabilidad de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en el derecho interno. Pues la prescripción de la acción penal para la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación forma parte del concepto constitucional de “ley penal”, de lo que se deriva la prohibición de leyes *ex post facto* en materia de prescripción.¹⁵

Al momento de comisión de los hechos el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad integraba el derecho internacional general como un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas o como costumbre internacional¹⁶; por ello, la afirmación de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad no afectaba el principio de irretroactividad de la ley penal. Sin embargo, la inexistencia de una norma escrita de derecho interno que validara el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad suponía la afectación, no ya desde la óptica de las leyes *ex post facto*, sino porque la ley penal debe ser *scripta y stricta*.¹⁷

El tratamiento de la posible afectación del principio de legalidad fue tratado de manera dispar por los jueces que integraron la mayoría.

Para el juez Petracchi la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad ingresó al ordenamiento jurídico interno *ex post facto*, con lo que debemos entender que para este magistrado la reapertura de los ca-

sos contraviene la doctrina del principio de legalidad elaborada por la Corte Suprema. Esta afectación del principio de legalidad fue justificada en este voto por la necesidad de cumplir obligaciones derivadas de tratados internacionales. Esta postura, desprovista de toda otra justificación, no explica cómo se compatibilizan los derechos de los individuos sometidos a proceso por la reapertura de los juicios –algunos de ellos también derivados de tratados internacionales obligatorios para el Estado argentino– con la obligación de perseguir los crímenes derivada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta opinión es criticable porque toma a la jurisprudencia de la Corte Interamericana como una obligación a cumplir más allá de su razonabilidad. Es probable que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana el juez Petracchi haya encontrado una razón para cambiar su posición fijada en el fallo “Camps”¹⁸ en el que se había pronunciado a favor de la constitucionalidad de las amnistías.

A diferencia de lo sostenido por el juez Petracchi, la jueza Highton de Nolasco descartó la afectación del principio de legalidad por el dictado de leyes *ex post facto* en materia de prescripción. Con remisión a su voto en el caso “Arancibia Clavel” afirmó que al momento de comisión de los hechos investigados el orden jurídico interno contenía normas internacionales que reputaban al delito de desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. En virtud de este argumento sostuvo que el delito de privación ilegal de la libertad adquiere el carácter de imprescriptible si, a la vez, puede ser considerado como crimen contra la humanidad. El problema que soslaya esta tesis es que en el orden jurídico interno no existe ninguna regla escrita que establezca que cuando un delito común pueda ser considerado crimen contra la humanidad le son aplicables las reglas del derecho internacional. La tesis postulada por la jueza Highton, que en principio consideramos correcta, ameritaba una mayor fundamentación dado que deja abierto un espacio para la crítica basada en la afectación del principio de legalidad. Si bien el voto remite a la decisión del caso “Arancibia Clavel” era necesario –dada la trascendencia del caso– una respuesta concreta al problema, como lo hizo, por ejemplo, el juez Boggiano al afirmar la

necesidad de compatibilizar las normas *ius cogens* comprendidas por el artículo 118 de la CN con la doctrina emanada del artículo 18 de la CN.

El juez Boggiano adujo, en primer término, que no encontraba objeciones temporales para la aplicación al caso de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad dado que esta clase de hechos lesionaron “antes y ahora” el derecho internacional. Excluyó con esta afirmación la objeción relacionada con la aplicación de leyes *ex post facto* en materia de prescripción. También reconoció que el principio de la irretroactividad de la ley penal es relativo dado que no excluye la aplicación de la ley posterior más benigna. En último lugar, aludió al contenido del artículo 118 de la CN como fundamento normativo para afirmar que las normas *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad no colisionan ni contradicen sino que complementa el principio de legalidad previsto por el artículo 18 de la CN. En síntesis, el juez Boggiano reconoció la primacía del derecho internacional sobre el nacional y, en consecuencia, afirmó la necesidad de aplicación al caso de las normas *ius cogens* del derecho internacional que imponen la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

Los jueces Maqueda y Lorenzetti descartaron la vulneración del principio de legalidad porque al momento de los hechos la prohibición de las conductas imputadas estaba prevista, tanto por el derecho internacional como por el derecho local (Código Penal).

Al igual que el juez Cavallo, Maqueda defendió la posibilidad de la persecución de los crímenes contra la humanidad sobre la base de la ley interna del Estado, afirmando que la aplicación del Código Penal implica preservar el principio de legalidad dado que el fin del principio es que la acción prohibida y la pena estén debidamente descriptas en la ley. Frente a la objeción de que se pretendía aplicar la figura de desaparición forzada de personas no prevista en el ordenamiento jurídico interno, Maqueda defendió la posibilidad de juzgamiento de este crimen internacional a partir de las figuras del Código Penal que pudieran entrar en consideración. Lorenzetti, por su parte, agregó que no podía alegarse afectación del principio *nulla poena sine lege* dado que los crímenes contra la humanidad siempre formaron parte del ordenamiento jurídico

argentino y porque eran reconocibles para una persona que obrara conforme a los principios del estado de derecho. En estos votos no se hizo referencia a la posible afectación del principio en virtud de la aplicación de leyes *ex post facto* en materia de prescripción.

La jueza Argibay se propuso analizar la posible violación del principio de legalidad en alguna de sus manifestaciones. En primer término, indicó que el principio fue respetado en tanto impone la intervención del Congreso para legislar en materia penal. Afirmó en tal sentido que el Congreso intervino tanto en la ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad como en su elevación a jerarquía constitucional. En segundo término, sostuvo que la modificación de las reglas de prescripción en forma retroactiva no vulnera el principio de legalidad dado que las normas legales sobre prescripción no forman parte del reproche penal. Se apartó, de este modo, de la doctrina de la Corte Suprema que postula que la prescripción de la acción penal integra el concepto de “ley penal” aludido por el principio de legalidad. Así, agregó que no se frustra la confianza en el derecho de los ciudadanos (lo que comúnmente se denomina “seguridad jurídica”) porque la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor del delito pueda motivarse. Con cita de fallos de la Corte Suprema afirmó, con toda claridad, que es absurdo que el autor de un hecho ilícito pueda adquirir al momento de la comisión del suceso una expectativa garantizada constitucionalmente de no ser perseguido por el paso de un determinado lapso de tiempo.

La opinión de la jueza Argibay constituye un aporte importante para el análisis de la cuestión tratada en este apartado ya que propone un cambio en la doctrina de la Corte con respecto a la relación del principio de legalidad y la prescripción de la acción penal. Su propuesta no necesita recurrir al derecho internacional para postular la adecuación constitucional de la reapertura de los casos. Lisa y llanamente afirma que la prescripción de la acción penal no integra el principio de legalidad; en otras palabras, el individuo no tiene un derecho asegurado constitucionalmente a no ser perseguido tras el transcurso de determinado tiempo.

Con respecto a la relación entre el derecho internacional y el principio de

legalidad, la jueza Argibay descartó la violación del principio de legalidad por la manipulación arbitraria de normas ya que, según su descripción, el compromiso asumido por el Estado argentino de perseguir los crímenes contra la humanidad sin límites temporales emerge de un proceso iniciado con posterioridad al dictado de la Carta de Londres de 1946 que sirvió de base para los juicios de Nuremberg contra los criminales nazis.

El voto del juez Fayt, único disidente en la solución del caso, señala que la utilización del concepto de desaparición forzada de personas vulnera el principio de legalidad en tanto que no es ley para el derecho interno y porque es posterior a los hechos de la causa. Tampoco acepta la tesis que se había propuesto en la resolución del juez Cavallo de considerar los tipos penales del Código Penal como un medio de realización del derecho penal internacional porque, según su tesis, aun en ese caso, se debería aplicar *ex post facto* el principio de imprescriptibilidad del crimen de desaparición forzada de personas previsto por la Convención Interamericana. A su vez, sobre la base de la doctrina de la Corte Suprema que establece que la prescripción de la acción penal forma parte del concepto de “ley penal” previsto por el principio de legalidad rechazó la posibilidad de que la Convención sobre Imprescriptibilidad pueda aplicarse con efecto retroactivo.

Ahora bien, si se sigue una interpretación rígida del principio de legalidad en materia penal, con prescindencia de toda vinculación entre el derecho interno y el derecho internacional, es claro que puede sostenerse la afectación del principio de legalidad, porque al momento de comisión de los hechos ninguna ley en el ámbito interno recogía el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Sin embargo, como lo ha demostrado el juez Leopoldo Schiffrin en su voto en el caso *Schwammberger*²⁹, la Constitución Nacional impone, al receptor al derecho de gentes como fuente normativa (art. 118), la armonización del principio de legalidad vigente en el ámbito interno con la dimensión del principio de legalidad en el ámbito internacional. Por otra parte, como también lo ha expuesto Schiffrin, razones de justicia material como la necesidad de evitar la impunidad de los crímenes más graves que se pueden cometer desde el Estado, imponen un esfuerzo de inter-

pretación tendiente a evitar, precisamente, lo que el fundamento del principio de legalidad pretendió erradicar. En sus palabras:

“En el plano internacional, donde no hay Estado ni órganos soberanos comunes, ni legislación propiamente dicha, y no cabe la división de poderes estatales inexistentes, el refugio que queda a los bienes esenciales, vida, integridad, libertad, patrimonio, contra los desbordes de los Estados particulares, se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica, de modo que el *nullun crimen, nulla poena sine lege* jugaría en ese plano internacional un rol contrario al que es su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella”.

Petracchi: “[...] en la causa A.533.XXXVIII. “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa n° 259–”, resuelta el 24 de agosto de 2004, voto del juez Petracchi, 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*. 31) Que, desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta 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.” (Considerandos 30 y 31)

Boggiano: “Que no obsta a las conclusiones precedentes la circunstancia de que la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Gue-

rra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no estuvieren vigentes al momento de sanción y promulgación de las leyes de punto final y obediencia debida. Ello por cuanto, en razón de la calificación provisional de los delitos corresponde considerar, como se hizo en la citada causa “*Arancibia Clavel*”, voto del juez Boggiano, que 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 (considerando 29) [...]” (Considerando 42). “43) 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 Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de 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 evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (*Regina v. Finta*, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es sólo aparente pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial (causa “*Arancibia Clavel*”, voto del juez Boggiano, considerando 39). 44) Que la inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho. [...]. 45) 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 consecuencia, la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para pro-

veer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no puede encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo. Además, la imperatividad de tales normas las torna aplicables aun retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (Fallos: 319: 2779).

46) Que 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). [...]

48) Que, no cabe predicar que el mencionado instrumento internacional está subordinado a la Constitución, pues se identifica con ella. El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención ya citada, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución. Tal principio conduce a valorar los hechos que dieron lugar al proceso bajo el prisma de las valoraciones actuales que imperan en el derecho internacional humanitario. Máxime si se tiene presente que declarar la prescripción de la acción penal en el país podría dar origen a la responsabilidad internacional del Estado argentino.

49) Que, por lo demás, no es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118 respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio supone aunque, obviamente, no establece los principios del derecho de gentes”.

Maqueda: “Que lo hasta aquí expresado en modo alguno implica desconocer el principio *nullum crimen sine lege* por cuanto la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, no sólo estaba prevista en el derecho internacional –incorporada mediante el art. 118 de la Constitución Nacional–, sino que también constituía un delito para el Código Penal argentino. Cabe tener presente que la persecución de crímenes contra el derecho de gentes sobre la base de la ley interna de cada Estado

no es un criterio nuevo, dado que fue adoptado en la mayoría de los procesos seguidos ante cortes de diversos países que juzgaron crímenes de esa naturaleza. [...] Por otra parte el encuadramiento de aquellas conductas investigadas en los tipos penales locales en modo alguno implica eliminar el carácter de crímenes contra la humanidad ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes”. 84) Que, por lo expuesto, las conductas investigadas no sólo eran crímenes para la ley internacional y para tratados suscriptos por la República Argentina (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos) sino que nuestro código preveía una clara descripción de la conducta así como su respectiva sanción, lo que implica preservar debidamente el principio de legalidad cuyo fin es que cualquiera que vaya a cometer un acto ilegal esté claramente advertido con anterioridad por la norma que esa conducta constituye un delito y su realización conlleva una pena [...]. 85) Que en cuanto a la objeción del recurrente de que sería contrario al principio de legalidad material, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, tomar en consideración una figura delictiva no tipificada en la legislación interna, como la desaparición forzada de personas. Frente a ello cabe afirmar que el delito de desaparición forzada de personas se encontraba tipificado en distintos artículos del Código Penal argentino, pues no cabe duda que el delito de privación ilegítima de la libertad previsto en dicho código contenía una descripción 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” (art. 141 y, particularmente, 142 y 144 bis). 88) [...] En conclusión, ya en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas internacionales que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Ello significa que aquellos tipos penales, en cuyas descripciones pudiera subsumirse la privación de la libertad que acompaña a toda desaparición forzada de personas, adquirieron, en esa medida, un atributo adicional –la condición de lesa humanidad, con las consecuencias que ello implica– en virtud de una normativa inter-

nacional que las complementó. 89) Que, en síntesis, el reproche internacional respecto de tales delitos, así como el carácter de *ius cogens* de los principios que obligaban a investigarlos, con vigencia anterior a los hechos imputados, conllevan desestimar el planteo de supuesta violación al principio de irretroactividad y de legalidad.” (Considerando 83)

Lorenzetti: “Que es necesario responder a las objeciones basadas en el principio de legalidad reconocido en la Constitución Nacional. En este sentido, el bloque de constitucionalidad debe ser interpretado de manera armónica como se dijo en los considerandos anteriores. No es admisible que para no violar las convenciones incorporadas a la Constitución Nacional se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Ley Fundamental 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*”, lo que está claramente expresado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución al establecer el principio no derogatorio. La ilicitud de las conductas existía con anterioridad a los hechos y estaba claramente descripta en el Código Penal Argentino, en el art. 18 de la Constitución Nacional que prohibía las torturas, en el principio moral descripto en considerandos anteriores y en el derecho de gentes. Sobre este punto no hay dudas en nuestro sistema ni en el derecho comparado. [...] En conclusión, 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.” (Considerando 30)

Highton de Nolasco: “31) Que 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*, referenciados en el considerando 6°, párrafo tercero, esta Corte sostuvo en oportunidad de resolver la causa A.533.XXXVIII “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ homicidio calificado y asociación ilícita” –causa n° 259–, sentencia del 24 de agosto de 2004, que “la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de

numerosos derechos reconocidos en la Convención [Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas] y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar”, sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, ya que aun cuando no existía al momento de los hechos –cabe recordar que se trataba de ilícitos acaecidos con anterioridad a aquellos que se pretendió amparar bajo las leyes en cuestión– “ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad” (conf. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988 Serie C n° 4; [...]). Desde esta perspectiva, podría afirmarse que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a “que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra [...]” (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, considerando 13). También expresó este Tribunal que “...los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos..., 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...”, y que su carácter de “imprescriptibles” se deriva de la costumbre internacional

que el Estado argentino había contribuido a formar en esa dirección –con antelación a la ocurrencia de los hechos amparados en las leyes en análisis, conforme se desprende del considerando 13 del citado fallo, parcialmente transcrito más arriba–, de modo que la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad “ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional” [...] 32) Que en consecuencia, 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. De tal modo, en manera alguna 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 adheriría el Estado argentino criterio que, por otra parte fue sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso “Barrios Altos”. (Considerandos 31 y 32)

Argibay: “16) [...] es [...] necesario considerar si, como lo postula la recurrente, la resolución que propongo implica la violación del principio de legalidad, en alguna de sus manifestaciones. 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. No se viola el principio de culpabilidad, en la medida que 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 fiel a las normas, porque 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. Sobre la base de lo señalado en los dos párrafos anteriores, considero que resultaba correcta la jurisprudencia de esta Corte que no reconocía en el artículo 18 de la Constitución Nacional un derecho a liberarse de la persecución penal por el transcurso del tiempo. Así lo ha dicho, remitiéndose al dictamen del Procurador General, en Fallos: 181:288, quien sostuvo que “Las leyes *ex post facto* inaplicables en el concepto constitucional, son las que se refieren a delitos y no las que estatuyen acerca de la manera de descubrirlos y perseguirlos...”. A ello debe agregarse lo asentado en Fallos: 193:487, esto es que “La garantía constitucional invocada [defensa en juicio] asegura la audiencia de los procesados e impone que se les dé ocasión de hacer valer sus medios de defensa en la oportunidad y forma prevista por las leyes de procedimiento...pero no requiere que se les asegure la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo, ni constituye ciertamente tampoco un medio para dilatar la marcha de los juicios, a los efectos de procurarla”. En el caso de crímenes contra la humanidad, cabe agregar que el Estado

argentino ha declinado la exclusividad del interés en la persecución penal para constituirse en el representante del interés de la comunidad mundial, interés que ésta misma ha declarado inextinguible. 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. 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 Nuremberg y cuyo artículo 6.c introduce la primera delimitación expresa de los crímenes contra la humanidad. [...] 17) 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). En los trabajos preparatorios que precedieron a la aprobación de la Convención, algunos gobiernos plantearon el problema de la aplicación retroactiva. [...] el Estado argentino no podría excusarse de aplicar retroactivamente la Convención de 1968: esa es la obligación que asumieron los Estados Partes conforme lo que surge tanto del texto de la Convención cuanto del espíritu con que fue aprobada. Creo que es deber de quienes tienen que decidir descorder el velo que cubre el pasado y allanar el camino para que irrumpa la verdad que, alguna vez, se pretendió ocultar en las sombras para que cayese en el olvido.” (Considerandos 16 y 17)

Fayt: “35) Que, en primer lugar, debe señalarse que 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 –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. [...] 38) Que, 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. [...] 40) Que con respecto al principio de imprescriptibilidad –en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional– el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584 del 29 de noviembre de 1995, por la que aprobó la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, así como también con la sanción de la ley 25.778 del 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional. Es claro que de este modo las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la mencionada Convención. Por otra parte –sin que corresponda pronunciarse aquí sobre su origen, evolución y contenido– lo cierto es que el principio de imprescriptibilidad que actualmente ostenta rango constitucional no suscita conflicto alguno que deba resolverse, toda vez que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir. Tal como afirmó desde antiguo el Tribunal, la garantía de defensa en juicio no requiere que se asegure a quien la ejercita la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo (Fallos: 193:326; 211:1684 y 307:1466, entre otros). 41) Que como se afirmó en el caso A.533 XXXVIII “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros” –causa N° 259– del 24 de agosto de 2004 –disidencia del juez Fayt–, una

cuestión muy distinta es que este aceptado principio deba aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente. [...] 42) Que 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. En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha interpretado esta garantía como aquella que prohíbe la aplicación de disposiciones penales posteriores al hecho que modifiquen *in malam partem* cualquier requisito del que dependa la punibilidad del hecho. Así, ha sostenido que el principio de legalidad comprende “la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor –leyes *ex post facto*– que impliquen empeorar las condiciones de los encausados... (E)l instituto de la prescripción cabe, sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’ desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva” (Fallos: 287:76). [...] De lo dicho hasta aquí cabe concluir que conceder eficacia *ex post* a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afecta indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.” (Considerandos 35, 38, 40, 41 y 42)

D) LOS TRATADOS DE DDHH INCORPORADOS CON LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y SU JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

A excepción del voto de la jueza Argibay, la totalidad de los votos integrantes de la mayoría analizó la compatibilidad de las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida” con relación a los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994.²⁰

En la decisión del juez Cavallo no se encuentra ninguna referencia a la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución Nacional, a pesar de que dicho fallo fundamenta la inconstitucionalidad de

las amnistías a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes. La elusión de toda referencia a la reforma de 1994 responde al objetivo de demostrar la invalidez de las amnistías con las normas vigentes al momento de su sanción prescindiendo de todo desarrollo normativo posterior. Esta perspectiva no fue compartida por los jueces que intervinieron posteriormente en el caso; antes bien, las opiniones que sucedieron a la decisión del juez Cavallo basaron su fundamentación en el contenido del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en el que se eleva a jerarquía constitucional varios tratados internacionales de derechos humanos.

El juez Petracchi, por ejemplo, recurrió a la reforma constitucional de 1994 para justificar su cambio de opinión sobre la compatibilidad de las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida” con la Constitución Nacional. En tal sentido, afirmó que a partir de 1994 el Estado argentino asumió con la comunidad internacional la obligación de perseguir hechos considerados graves violaciones de los derechos humanos.

Desde otro punto de vista, el juez Boggiano sostuvo que la Constitución Nacional adoptó un sistema de *referencia* al derecho internacional, que implica que los tratados deben aplicarse tal como rigen en el derecho internacional. A partir de esta tesis, en el voto del juez Boggiano se analiza el caso desde la óptica del derecho internacional y se concluye que las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida” son inaplicables a los delitos de lesa humanidad porque una norma local no puede amnistiar un delito internacional; en otros términos, en el voto se sostiene que el Congreso Nacional no tiene competencia para legislar en el ámbito internacional. Esta idea es reafirmada por el juez Boggiano al fallar declarando la inaplicabilidad de las leyes de “Obediencia Debida” y “Punto Final” al caso en cuestión, dado que se trata de crímenes internacionales.

La opinión del juez Fayt se funda en un presupuesto de derecho totalmente contrario al postulado por el juez Boggiano, a partir de la interpretación del artículo 27 de la Constitución Nacional. En tal sentido, postuló que el sistema constitucional argentino determina que los tratados deben

ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos por la Constitución Nacional (art. 27).

De este modo, Fayt polemizó con Boggiano sobre la relación jerárquica de la Constitución Nacional y los tratados internacionales. Por un lado, Boggiano remarcó la importancia de tomar una posición definitiva en este punto indicando que se encontraba en juego la definición de la Constitución.²¹ Su análisis comenzó mostrando que la doctrina y la jurisprudencia no han logrado un acuerdo sobre si los tratados tienen la misma jerarquía que la Constitución o si se encuentran en una jerarquía inferior. A partir del texto del artículo 75 inc. 22 de la Constitución, que establece que los tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías enumerados, postuló que ambos tienen la misma jerarquía, que son complementarios y, por ello, que no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente.²² Por su parte, Fayt –citando el artículo 27– sostuvo que la Constitución Nacional tiene una jerarquía superior a los tratados internacionales, por lo cual los tratados internacionales que no se correspondan con los principios del derecho público establecidos en la Constitución Nacional son nulos por falta de jurisdicción del gobierno para obligar a la Nación ante otros Estados.²³

Ahora bien, la tajante posición de Fayt en el fallo que aquí se comenta es inconsistente con su propia opinión volcada en el caso “Petric”²⁴, en el cual sostuvo que los inconvenientes interpretativos que pudieran haber existido en torno a la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos anteriores a la reforma constitucional de 1994 han quedado definitivamente zanjados con los preceptos contenidos por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que postulan la necesidad de una interpretación armónica entre la Constitución Nacional y los tratados internacionales. Esta necesidad de armonización entre el contenido de la Convención Americana y el texto de la Constitución Nacional no se ve reflejada en el voto del juez Fayt en el caso comentado. Antes bien, Fayt propuso una interpretación rígida de la Constitución Nacional a partir de un análisis histórico del contenido del artículo 27 en detrimento de la obligación interna-

cional de persecución de las graves violaciones de los derechos humanos derivada del contenido del artículo 1.1 de la Convención Americana.

Petracchi: “14) Que 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. 15) Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido 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*.” (Considerandos 14 y 15)

Boggiano: “9°) Que la Constitución Nacional, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como lo hace su art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, presenta un fenómeno jurídico que puede caracterizarse, en rigor, como *referencia* al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional universal (causa “*Monges*” Fallos: 319:3148). Tal *referencia* significa la remisión a un tratado vigente internacionalmente del cual la Argentina es Estado Parte. Sólo a un tratado vigente, tanto internacionalmente como en la Argentina, el Congreso puede otorgarle jerarquía constitucional. La referencia implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya *incorporado* al derecho interno. Tampoco se ha operado una *recepción* de los tratados por incorporación judicial a pesar de no estar aprobados legislativamente y ratificados por el presidente de la Nación; como ha sido de práctica en Holanda. Tampoco hay *adaptación* de los tratados por vía de una redacción constitucional similar a la de los tratados sin

seguirlo tal cual rige internacionalmente. Tanto la incorporación, la recepción como la adaptación son métodos de nacionalización de los tratados. El art. 75, inc. 22, dispone una *referencia* y no alguno de los citados métodos de nacionalización. En materia de derechos humanos la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones evitando todo apego a soluciones de *genius loci* particularista.” (Considerando 9)

Fayt: “53) Que como se adelantó, tampoco la reforma constitucional de 1994 –que incorporó las declaraciones y los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo–, logran conmover este estado de cosas, en tanto la vigencia de los arts. 27 y 30 mantienen 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* (disidencia del juez Belluscio en Fallos: 321:885). De allí que su jerarquización –de segundo rango– exija una ineludible comprobación de su armonía con aquellos derechos y garantías que esta Corte –en tanto custodio e intérprete final de la Constitución– tiene el deber de salvaguardar. En efecto, es al Poder Judicial a quien corresponde mediante el control de constitucionalidad realizar ese juicio de comprobación.” (Considerando 53)

E) EL TRATAMIENTO DEL PRECEDENTE “BARRIOS ALTOS” DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La aplicación del fallo “Barrios Altos”²⁵ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al caso “Simón” es el único argumento que comparten todos los jueces que integraron la mayoría en la decisión. Si bien en cada uno de los votos la cita de “Barrios Altos” aparece en contextos argumentativos diferentes, es posible afirmar que la doctrina sentada por la Corte Interamericana sobre la inoponibilidad de las leyes de amnistía a la investigación y sanción de graves violaciones de los derechos humanos es asumida como propia por la Corte Suprema argentina.

Por ello, es posible afirmar que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia que la facultad del Congreso Nacional de conceder amnistías generales (Art. 75 inc. 20) se encuentra limitada cuando los hechos constituyen graves violaciones de los derechos humanos. Los hechos ventilados en el caso “Simón” no planteaban mayores dificultades para calificarlos como graves violaciones de los derechos humanos dado que –como ya se ha visto– también fueron calificados como crímenes contra la humanidad.

A excepción de la aplicación de la doctrina del caso “Barrios Altos” es difícil encontrar argumentos comunes en los votos que integran la mayoría del fallo. Como hemos señalado al comienzo de este trabajo, ésta es una clara deficiencia del pronunciamiento de la Corte, porque los jueces contaron con la posibilidad –en este caso tan trascendente– de homogeneizar sus exposiciones y así enviar un claro mensaje a los justiciables y a la comunidad en general.

El voto disidente de Fayt desarrolla una serie de argumentos que tratan de demostrar la inaplicabilidad de lo resuelto en el caso “Barrios Altos” al caso bajo análisis.²⁶ En tal sentido, indicó que las leyes argentinas eran diferentes a las leyes peruanas porque generaron distintos efectos y porque tenían un origen diferente.²⁷ Expresó que en el caso del Perú –a diferencia del caso argentino– las amnistías eran aplicables al mismo gobierno que las dictó²⁸; que en la Argentina existió un debate público sobre la necesidad de dictar las leyes mientras que no fue así en el Perú²⁹;

que en el caso argentino las leyes fueron sometidas a control por los tres poderes del Estado, y que en el caso peruano, no.³⁰ El juez Fayt sostuvo, además, que las leyes argentinas no impidieron que los procesos siguieran adelante con respecto a aquellas personas que no se encontraban alcanzadas por las amnistías, mientras que en el caso del Perú todas las conductas resultaban impunes³¹; que las leyes argentinas –a diferencia del caso peruano– no impedían que se investigara y se conociera la verdad de los hechos³², y que permitieron que durante un plazo se pudiera investigar las conductas, mientras que en el caso peruano se negó toda protección judicial a las víctimas.³³

Es cierto que es posible encontrar diferencias entre el caso “Barrios Altos” y el caso “Simón” con respecto a la naturaleza jurídica, al origen y a los efectos de las normas de amnistía, pero coincidimos con el juez Petracchi en tanto sostiene que esas diferencias resultan anecdóticas.³⁴ Aquí es importante destacar, precisamente, las coincidencias y no las diferencias. Tanto las disposiciones de amnistía argentinas como las peruanas estaban dirigidas a procurar la impunidad de graves violaciones de los derechos humanos y, en este punto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana que se consolidó en el caso “Barrios Altos” es totalmente clara en afirmar que toda disposición que impida el juicio y el castigo de graves violaciones de los derechos humanos resulta contraria a los derechos consagrados en la Convención Americana.

En un futuro es posible que surjan controversias sobre si un determinado caso puede ser calificado como *grave violación de los derechos humanos* ya que esta categoría jurídica no se encuentra legislada ni consolidada por la jurisprudencia. También por este motivo tampoco es clara la diferencia en cuanto a las consecuencias de la calificación de un hecho como violatorio de derechos humanos (a secas) o como *grave violación de los derechos humanos*. En otros términos, no es posible hoy determinar cuál es la consecuencia de la utilización del adjetivo “grave” para calificar una violación de derechos humanos.

Asimismo, tampoco está claro qué tribunal es competente para calificar un hecho como *grave violación de los derechos humanos*. No caben

dudas de que la Corte Interamericana es competente para calificar de tal modo un hecho porque, precisamente, el concepto de *graves violaciones de los derechos humanos* fue desarrollado por ese tribunal internacional. Sin embargo, ¿podría un juez nacional calificar un hecho como *grave violación de los derechos humanos* y declararlo imprescriptible o inamnistiable sin que esa calificación sea atribuida por algunos de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos? La respuesta a este interrogante es importante dado que afirmar que un hecho es imprescriptible o que no es pasible de amnistías supone –por eso mismo– una restricción a la posibilidad de defensa del imputado por el hecho de no poder invocar esas causas de exención de la pena.

De todos modos, los interrogantes señalados de ningún modo resultan aplicables a la decisión tomada en el caso “Simón” porque, como se dijo, los hechos imputados en el caso fueron calificados como crímenes contra la humanidad que, sin lugar a dudas, deben ser considerados graves violaciones de los derechos humanos.

Petracchi: “23) Que tales dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”. [...] 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. Con relación a este último aspecto, señaló expresamente 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*”. Señaló asimismo: “La Corte estima necesario

enfatar 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 (...). Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las *leyes de autoamnistía*, incurrn 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*” [...]. 24) Que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en “Barrios Altos” al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales. Por cierto, sería posible encontrar diversos argumentos para distinguir uno y otro caso, pero tales distinciones serían puramente anecdóticas. [...] 26) Que, en este sentido, el caso “Barrios Altos” estableció 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. [...] 31) Que, desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo nor-

mativo 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.” (Considerandos 23, 24, 26 y 31)

Boggiano: “18) 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 (*caso de la “Panel Blanca” Paniagua Morales y otros. Reparaciones*, Serie C N° 37, sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 198; *caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74, párr. 186; *caso Blake. Reparaciones*, Serie C N° 48, sentencia del 22 de enero de 1999, párr. 61 y sus citas, *caso Barrios Altos*, Serie C N° 75, sentencia del 14 de marzo de 2001). Toda violación de derechos humanos conlleva el deber del Estado de realizar una investigación efectiva para individualizar a las personas responsables de las violaciones y, en su caso, punirlas. [...] 27) Que, por consiguiente, el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, impone en la etapa actual del acelerado despertar de la conciencia jurídica de los Estados de investigar los hechos que generaron las violaciones a aquéllos, identificar a sus responsables, sancionarlos y adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación, a fin de evitar la impunidad y garantizar el libre

y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción (arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana).” (Considerandos 18 y 27)

Maqueda: “72) Que, consecuentemente, la sanción y vigencia de las leyes 23.492 y 23.521, en tanto impedían llevar adelante las investigaciones necesarias para identificar a los autores y partícipes de graves delitos perpetrados durante el gobierno de facto (1976 1983) y aplicarles las sanciones penales correspondientes, resultaban claramente violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. 73) Que en tal sentido, resultan insoslayables las opiniones emitidas por los órganos interpretativos de tales tratados de derechos humanos, específicamente en materia de prescripción, amnistía y obediencia debida, respecto a esta clase de crímenes. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos” consideró *“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”* (CIDH. Caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41). La trascendencia de este último precedente radica además en que la Corte Interamericana declara la invalidez misma de la ley de amnistía, y no su mera inaplicabilidad a un caso concreto llevado a sus estrados, y no sólo alude a amnistías, sino también “disposiciones de prescripción y excluyentes de responsabilidad”. (Considerandos 72 y 73)

Zaffaroni: “14) Que conforme al criterio de aplicación obligada sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”, ratificado en todas las sentencias que cita el dictamen del señor Procurador General, las mencionadas leyes no pueden producir ningún efecto según el derecho internacional regional americano, pero además esas leyes también resultan violatorias del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, lo que importa que no sólo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino in-

cluso las de carácter mundial, por lo cual se impone restarle todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de éstas pudiera surgir para la investigación y avance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio de la Nación Argentina. [...] Sin perjuicio de precisar más adelante algunos de estos conceptos, al único efecto de establecer lo que imponen las normas de derecho internacional (y también de derecho interno conforme a la mencionada tesis del derecho único), las anteriores consideraciones son suficientes para que esta Corte haga cesar cualquier efecto obstaculizante emergente de las leyes 23.492 y 23.521.” (Considerando 14)

Highton de Nolasco: “25) Que con relación a la opinión vertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos” Serie C N° 75 (sentencia del 14 de marzo de 2001, Cap. VII “Incompatibilidad de leyes de amnistía con la Convención”, párrs. 41/45), cabe remitir a las ponderaciones expresadas en el considerando 14, para evitar repeticiones innecesarias. Baste decir que, en dicho caso, el tribunal internacional no se limitó a decretar la inaplicabilidad de la ley de amnistía al caso concreto que se le sometía a conocimiento, sino su invalidez, abarcando además de las disposiciones sobre amnistía, aquellas referidas a “...prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad...” en tanto tenían por fin –como en el caso que ocupa decidir–, “(...) 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”. 29) [...] 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, 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.” (Considerandos 25 y 29)

Lorenzetti: “25) Que corresponde fijar con precisión los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. 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. En efecto: la clara jurisprudencia de “Barrios Altos” ya citada, 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.” (Considerando 25)

Argibay: “14) 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. A tales cláusulas cabe agregar la cita de los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana, conforme la interpretación que de ellos hizo la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”, Serie C N° 75, sentencia del 14 de marzo de 2001. En el párrafo 41 de dicho pronunciamiento, ese tribunal expresa: [...] Por lo tanto, 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). 15) 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.” (Considerandos 14 y 15)

Fayt: “77) Que sabido es que el deber de respeto consiste en no violar los derechos y libertades proclamados en los tratados de derechos humanos y el deber de garantía en la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Ambos se encuentran previstos en el art. I.I. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El deber de garantía violado consistiría en la obligación de investigar y sancionar las violaciones graves de los derechos humanos (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *leading case* “Velázquez Rodríguez”, Serie C N° 4 del 29 de julio de 1988) que a su vez implicaría –aquí el argumento novedoso– la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto sustraer a las víctimas de esos hechos de protección judicial incurriendo en una violación de los arts. 8 y 25 de la Convención (conf. Corte

Interamericana de Derechos Humanos en el caso conocido como “Barrios Altos”, Serie C N° 45, párr. 43, sentencia del 14 de marzo de 2001). Sobre esta decisión se apoya el mayor peso de la argumentación del *a quo* y del señor Procurador General. También fundan su conclusión en lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 28/92, en tanto ésta habría afirmado que las leyes de obediencia debida y punto final resultarían incompatibles con el art. 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Empero, la decisión de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos” no resulta trasladable al estudio de las normas que aquí se cuestionan. En efecto, ninguna de las afirmaciones que integrarían el “nuevo paradigma” son aplicables a las leyes de obediencia debida y punto final [...].” (Considerando 77)

F) LA LEY 25.779³⁵

Seis de los ocho jueces que se pronunciaron en el caso analizaron la adecuación constitucional de la ley 25.779 que declaró insanablemente nulas e inconstitucionales a las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida”. De los jueces que integraron la mayoría del fallo, Antonio Boggiano y Carmen Argibay se abstuvieron de formular comentario o mención alguna de dicha ley. Esta omisión puede ser criticada puesto que la ley 25.779 constituyó un hito político importante en el camino hacia la reapertura de las investigaciones sobre los crímenes cometidos por la dictadura en todo el país. Es cierto que el caso que se encontraba bajo el análisis de la Corte se podía resolver sin tener en cuenta el contenido de esta ley, empero, la circunstancia de que el Congreso Nacional se hubiera pronunciado de ese modo ameritaba –al menos– un análisis mínimo sobre su operatividad.³⁶

El juez Fayt en su voto disidente afirmó lisa y llanamente la inconstitucionalidad de la ley 25.779 utilizando diversos argumentos. En primer término consideró que el Poder Legislativo carecía de objeto para declarar la nulidad e inconstitucionalidad de las leyes de “Punto Final” y “Obediencia

Debida” porque al momento de la sanción de la ley 25.779 las amnistías se encontraban derogadas. Con respecto al efecto ultratractivo de las leyes en cuestión, indicó que sólo el Poder Judicial puede operar, en un caso concreto, sobre los efectos de una ley derogada. Con respecto a los efectos que buscó el legislador que sancionó la ley 25.779 expresó que la única vía para privar retroactivamente de efectos a una ley es la declaración de inconstitucionalidad, y que ésta es una función exclusiva del Poder Judicial.³⁷

El juez Zaffaroni es el único que integró la mayoría que hace de la ley 25.779 el argumento central para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida”. Su voto comienza coincidiendo parcialmente con la tesis de Fayt dado que señala que un análisis literal y descontextualizado de la ley 25.779 permitiría afirmar su inconstitucionalidad.³⁸ Sin embargo, para este juez, la adecuación constitucional de la ley 25.779 se fundamenta en el hecho de que su dictado implica el ejercicio de la soberanía estatal en tanto permite que el Estado argentino ejerza su jurisdicción sobre una materia que las leyes de amnistía vedaban. En tal sentido, sostuvo que la falta de ejercicio de la jurisdicción habilitó que otros Estados ejercieran la potestad de juzgar los crímenes amnistiados, en virtud de la operatividad del principio de jurisdicción universal. Su razonamiento concluyó indicando que desde la sanción de la ley 25.779 cesa la posibilidad de que cualquier país pueda invocar el principio universal y reclamar el juzgamiento de los crímenes de la dictadura.³⁹

A diferencia de la postura de Zaffaroni los jueces Lorenzetti⁴⁰ y Petracchi⁴¹ le asignaron a la ley 25.779 sólo carácter declarativo, privándola de cualquier efecto. Para estos jueces la sanción de la ley 25.779 implica el ejercicio de un acto político del Congreso tendiente a demostrar el contenido de la voluntad popular depositada en los legisladores sobre el tema debatido.

El juez Lorenzetti engarza ese primer argumento con otro que comparte con los jueces Maqueda y Higton de Nolasco, que consiste en afirmar que la adecuación constitucional de la ley 25.779 reposa en la circunstancia de que los legisladores nacionales tuvieron en mira subsanar la infracción internacional que implicaba la vigencia de las amnistías, y cumplir –de ese modo– las obligaciones asumidas a través de los tratados inter-

nacionales sobre derechos humanos. En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes imponen a los Estados signatarios el deber de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en dichos tratados.⁴² El razonamiento de los jueces es correcto ya que el cumplimiento de una obligación internacional derivada de convenciones que forman parte de la Constitución no puede suponer al mismo tiempo una infracción a la Constitución. De todos modos, aunque su postura justificara la acción del Congreso, al no aplicar la ley 25.779 para resolver el caso, no le asignaron a esa disposición más efecto que el de una declaración.

El punto central a debatir con relación a la ley 25.779 giraba en torno a la posibilidad de que mediante su aplicación se produjeran efectos. En ese punto, sólo el juez Zaffaroni le asignó efectos nulificantes. El resto del Tribunal o no se pronunció sobre el tema o no le asignó más efecto que el que puede producir una declaración política del Congreso bajo el nombre de una ley. Por consiguiente es claro que una amplia mayoría de la actual composición de la Corte Suprema considera que no es legítimo asignarle efectos nulificantes a una ley del Congreso Nacional que declare la nulidad o inconstitucionalidad de otras normas.

Petracchi: “32) Que análogas consideraciones son las que han llevado al Congreso Nacional a dictar 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 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. [...] 34) Que, sin perjuicio de lo indicado precedentemente, considerada la ley 25.779 desde una perspectiva estrictamente formalista, podría 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. Sin embargo, corresponde atender a la propia naturaleza de lo que la ley dispone, así como a la circunstancia de que ella, necesariamente, habrá de ser aplicada –o, en su caso, rechazada– por los propios jueces ante quienes tramitan las investigaciones de los hechos en particular. Desde este punto de vista, se advierte que 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. Por otro lado, de acuerdo con lo que ya se ha dicho, queda claro que el contenido mismo de lo declarado por la ley 25.779 coincide 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.” (Considerandos 32 y 34)

Lorenzetti: “29) Que efectuadas las precisiones del considerando anterior, que llevan a sostener el carácter declarativo de la ley 25.779 y la imposibilidad de concederle un efecto nulificante, es deber de esta Corte agotar las posibles interpretaciones de la ley 25.779 antes de concluir en su inconstitucionalidad. Sabido es que 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 economía hermenéutica y prudencia que debe regir las decisiones judiciales. Para estos fines corresponde distinguir entre ‘norma’ y ‘enunciado normativo’, y afirmar que toda ley es un ‘enunciado normativo’ que nos permite deducir la

‘norma’ (Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, páginas 50 y siguientes). Así, el art. 79 del Código Penal es un enunciado normativo, pero la norma es el ‘no matarás’. El art. 1° 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”. La norma ya estaba en el derecho vigente sobre la base del bloque de constitucionalidad descrito en los considerandos precedentes. El Congreso debía remover los obstáculos para que la norma fuera aplicable, cumpliendo con las convenciones internacionales a las que había dado vigor. Tal como se ha señalado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa citada en el considerando 21 del presente voto consideró 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 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 últimas sería considerada un incumplimiento internacional susceptible de ser sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Congreso de la Nación se encontraba ante una norma que integraba el ordenamiento jurídico y que debía dejar sin efecto para remover los obstáculos que impedían su aplicación, y concurrió un hecho nuevo. Este hecho posterior es la operatividad real del principio universal. Sabido es que comenzaron a promoverse acciones de persecución penal por los hechos que se investigan en esta causa ante varios tribunales de otros países, porque en la República existían impedimentos legales que no eran removidos. Cualquiera sea la opinión que se tenga acerca del 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 ejer-

cido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía. 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. 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. La dignidad de la República en la comunidad internacional, exige que ésta reafirme plenamente su voluntad de ejercer su jurisdicción y su soberanía. Este es el fundamento por el cual el Congreso Nacional, más allá del *nomen juris*, 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, 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 atribuye 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.” (Considerando 29)

Maqueda: “15) Que es en este contexto en el que debe analizarse la decisión política del Congreso de la Nación plasmada en la ley 25.779 así como los efectos de aquélla. En consecuencia, cabe en primer término revisar los

fundamentos del Poder Legislativo para declarar “insanablemente nulas” las leyes 23.492 y 23.521 [...] 21) Que, 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. 22) Que en la cuestión *sub examine*, y por 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 esta Corte 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...” (Fallos: 200:180 y sus citas, entre otros). Consecuencia del principio enunciado es que “cuando las previsiones legales son lo suficientemente amplias como para abarcar ciertas materias que están dentro del legítimo ámbito de la competencia del congreso y otras que escapan a él, los jueces, a fin de permitir la vigencia y asegurar la validez de la ley, deben interpretarla restrictivamente, aplicándola sólo a las

materias comprendidas dentro de la esfera que es propia del Poder Legislativo siempre que la norma interpretada lo consienta...” En otras palabras: toda vez que respecto de una ley quepan dos interpretaciones jurídicamente posibles, ha de acogerse la que preserva, no la que destruye (Fallos: 247:387 y sus citas). Y ello ya que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido “que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación de ésta debe armonizarlas, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales...” (Fallos: 264:94 y sus citas, entre muchos otros). Por lo expuesto, es doctrina reiterada de la Corte que “la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como una *ultima ratio* de orden jurídico (Fallos: 249:51 y sus citas, entre muchos otros).” (Considerandos 15, 21 y 22)

Zaffaroni: “18) Que 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). 19) Que 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. No sería menos riesgoso el desconocimiento de la cosa juzgada cuando, habiendo mediado procesos que, siguiendo su curso normal, hubiesen terminado en absolción, éstos fuesen revisables en función de las leyes penales pretendidamente anuladas. Por ende, en un análisis literal y descontextualizado de la ley 25.779, ésta no sería constitucionalmente admisible, aunque coincida en el caso con lo que en derecho corresponde resolver a esta Corte. [...] 30) Que la verdadera legitimación de esta norma se esgrime varias veces en el debate legislativo, pero no se la destaca suficientemente ni se extraen de ella

las consecuencias jurídicas que inevitablemente se derivan con formidable gravedad institucional. Se trata nada menos que de la puesta en cuestión de la soberanía de la República Argentina. 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 (sobre estos conceptos, Hermann Heller, *La soberanía, Contribución a la teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional*, UNAM, México, 1965). 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. [...] 36) Que 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.” (Considerandos 18, 19, 30 y 36)

Highton: “29) Que por lo tanto, resulta palmario que las leyes 23.492 y 23.521, que apuntaban a procurar la impunidad de los hechos en ellas contemplados tenían vicios originarios por su grave infracción al derecho internacional de los derechos humanos. Como consecuencia de ello, es que se sancionó la ley 25.779, a través de la cual se declaran “insanablemente nulas” las leyes de mención. Del debate parlamentario de dicha norma se advierte que los legisladores han tenido principalmente en mira subsanar aquella infracción, y 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 hechos como aquellos que son materia de la presente causa, extremo que no había sido cubierto por la ley 24.952, cuyo art. 2 derogaba esas normas. De allí que habrá de consagrarse la validez constitucional de la ley 25.779.” (Considerando 29)

IV) CONCLUSIONES

El fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Simón” constituye un hito en materia de persecución de los crímenes contra la humanidad cometidos por la última dictadura militar. A lo largo del trabajo se planteó como crítica el hecho de la inusitada extensión y pluralidad de los votos, incluso cuando, en algunos casos, los argumentos diferían en matices o cuestiones marginales. Esta forma de resolver los conflictos conspira contra la función del Tribunal de ser el último intérprete de la

Constitución Nacional ya que para determinar qué dice la Corte hace falta realizar un importante trabajo de lectura y sistematización.

Sin embargo, dejando de lado esta crítica a la labor de la Corte, creemos que el fallo trae aparejados interesantes mensajes dirigidos a los poderes del Estado. En tal sentido, el fallo “Simón” importa un fuerte respaldo a la independencia interna del Poder Judicial ya que las decisiones de los tribunales que precedieron al pronunciamiento comentado se apartaron de lo resuelto por la Corte en el caso “Camps”⁴³, por el cual se había declarado la constitucionalidad de la ley de “Obediencia Debida”. Esta falta de respeto al precedente “Camps” por parte de los magistrados que se pronunciaron en el caso supone un claro apartamiento de la doctrina elaborada por la Corte que establece que “corresponde que las decisiones de los tribunales inferiores se conformen a la doctrina de la Corte Suprema, dado su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”.⁴⁴ El hecho de que en el caso “Simón” se hayan convalidado decisiones irrespetuosas de la doctrina elaborada por la Corte constituye un fuerte respaldo a la independencia de los jueces en materia de interpretación de la Constitución.

La Corte Suprema limitó, a la vez, la facultad del Poder Legislativo de conceder amnistías generales y la facultad del Poder Ejecutivo de decretar indultos. En este sentido, el fallo es totalmente claro en la materia: los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles y no son amnistiables.

NOTAS

1. Boletín Oficial: 29/12/1986.
2. Boletín Oficial: 9/6/1987.
3. Ver expediente “L. 353. XXXIX. Landa, Ceferino y Moreira, Mercedes Beatriz s/recurso de casación”.
4. La decisión del juez Cavallo, el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Federal y la opinión del Procurador General Nicolás Becerra se encuentran publicadas en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IX, Número 16, Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, número especial dedicado a la “Persecución Penal de Graves Violaciones de los

Derechos Humanos”.

5. Fallos 327:3312.
6. Causa 30.312 “Videla, Jorge Rafael s/prisión preventiva”, resuelta el 9 de septiembre de 1999.
7. “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional” publicada en Fallos 309.
8. En la sentencia se introdujeron argumentos de derecho internacional sólo para evaluar si las acciones criminales se encontraban justificadas, y se concluyó que los hechos probados eran contrarios al derecho de gentes: “No se ha encontrado, pues, que conserve vigencia ni una sola regla que justifique o, aunque más no sea, exculpe a los autores de hechos como los que son la materia de este juicio. Ni el homicidio, ni la tortura, ni el robo, ni el daño indiscriminado, ni la privación ilegal de la libertad, encuentran en esas leyes escritas o consuetudinarias o en esos autores una nota de justificación, o de inculpabilidad. Los hechos que se han juzgado son antijurídicos para el derecho interno. Son contrarios al derecho de gentes. No encuentran justificación en las normas de cultura. No son un medio justo para un fin justo. Contravienen principios éticos y religiosos” (Fallos 309:1583).
9. Fallos 309:1620 y ss.
10. Relativiza esta opinión, Sancinetti, Marcelo, “El derecho penal en la protección de los derechos humanos”, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 236.
11. Schapiro, Hernán, “La supremacía del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina: un análisis del fallo de la Corte Suprema en el caso ‘Arancibia Clavel’”.
12. Ver, por ejemplo, Moreno, Fernando R, “¿Estamos abandonando cada vez más el principio penal de legalidad?”, *La Ley*, Suplemento Penal, 27 de junio de 2005.
13. Ver, por ejemplo, “La Constitución y los Derechos Humanos”, *La Nación*, Editorial I, 8 de septiembre de 2005 y Grondona, Mariano “La construcción de una nueva historia oficial”, *La Nación*, 19 de junio de 2005.
14. Cfr. por todos, Jakobs, Günter, “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación”, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 88.
15. “La jurisprudencia de la Corte ha interpretado esta garantía como la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor –leyes *ex post facto*– que impliquen empeorar las condiciones de los encausados (confr. causa “Mirás”, Fallos: 287:76, considerando 6° y sus citas). El instituto de la prescripción cabe, sin duda alguna, en el concepto de ‘ley penal’, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva”. Ver voto del juez Petracchi en el caso Priebke, Fallos 318:2148, considerando 7°.
16. Abregú, Martín, Dulitzky, Ariel, “Las leyes ‘ex post facto’ y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho

- interno”, *Lecciones y Ensayos*, N°. 60/61, 1994, Universidad de Buenos Aires, p. 113 y ss.
17. Ver Ferrante, Marcelo, en “El derecho penal en la protección de los derechos humanos”, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 427 y ss.
 18. Fallos 310:1220.
 19. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, sentencia del 30 de agosto de 1989, publicada en *Jurisprudencia Argentina*, T. 135, p. 323 y ss.
 20. Voto del juez Petracchi: considerando 14; voto del juez Boggiano: considerandos 8 a 14; voto del juez Maqueda: considerandos 17 y 19; voto del juez Zaffaroni: considerando 13; voto de la jueza Highton de Nolasco: considerando 17; voto del juez Lorenzetti: considerando 17.
 21. Cfr. considerando 8.
 22. Cfr. considerando 11.
 23. Cfr. considerando 45.
 24. Fallos: 321:885.
 25. Corte IDH, “Caso Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001.
 26. Sobre las similitudes y diferencias entre el caso “Barrios Altos” y el caso “Simón”, ver Filippini, Leonardo, “Tres problemas en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el fallo *Simón*”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, en prensa.
 27. Considerando 78.
 28. Considerando 79.
 29. Considerando 80.
 30. Considerando 80.
 31. Considerando 81.
 32. Considerando 82.
 33. Considerando 83.
 34. Considerando 24.
 35. Publicada en el Boletín Oficial del 3 de septiembre de 2003.
 36. El juez Fayt en el considerando 10 del voto disidente señala la necesidad de efectuar consideraciones sobre la ley 25.779 aun cuando al momento del pronunciamiento del juez de primera instancia y de la Cámara de Apelaciones esta ley no se encontraba vigente.
 37. Considerandos 11 a 21.
 38. Considerandos 18 y 19.
 39. Considerandos 30 a 37.
 40. Ver considerando 29.
 42. Ver considerando 34.
 43. Ver artículos 2, 2.2 y 2 respectivamente.
 44. Fallos 310:1220.
 45. Cfr. por todos Fallos 316:3191.

Límites a la facultad presidencial de indultar. Un análisis en torno a la validez de los decretos de indulto que impidieron la investigación y el castigo de los ilícitos cometidos por la última dictadura militar argentina.

Lisandro Pellegrini y Agustina Rodríguez*

I. INTRODUCCIÓN

En ejercicio de la facultad que consagra el artículo 99 inciso 5° de la Constitución Nacional, durante los años 1989 y 1990, el entonces presidente de la Nación Carlos S. Menem indultó a funcionarios estatales que se encontraban acusados de cometer violaciones graves a derechos humanos.

Parte de esta decisión se formalizó a través de la sanción de los decretos 1002/89 y 2746/90.¹ Mediante el primero fueron indultados alrededor de cincuenta militares que se encontraban sometidos a proceso en aproximadamente treinta causas penales. Con el segundo de los decretos señalados se benefició a Carlos Guillermo Suárez Mason, quien estaba siendo investigado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal.

Pueden verse a estos actos del Poder Ejecutivo como la última manifestación de la *política de impunidad* que, respecto de los crímenes come-

* Abogados (U.B.A.).

tidos por la última dictadura militar, tuvo su inicio cuando promediaba el gobierno radical que condujo el país entre 1983 y 1989 –si se quiere, tras la finalización del “juicio a las juntas”–.

La sanción de las leyes n° 23.492 y 23.521 de “Punto final” y “Obediencia debida”, y los indultos posteriores –que llevaron impunidad a los pocos lugares no alcanzados por las leyes de amnistía– responden a una estrategia orientada a forzar el olvido estatal de sus crímenes del pasado.

La compatibilidad de los decretos de indulto 1002/89 y 2746/90 con normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico será el objeto de este trabajo.

Son tres las cuestiones que analizamos para alcanzar el objetivo que nos proponemos. Primeramente, y tras un somero repaso de las definiciones de indulto que pueden encontrarse en la doctrina y en la jurisprudencia (punto II), intentamos establecer si esta gracia puede ser concedida por el presidente de la Nación sólo a personas condenadas o si también es factible su ejercicio respecto de sujetos sometidos a proceso y aún no declarados culpables (punto III). Seguidamente, centramos el estudio en los límites que podrían reconocérsele a esta facultad presidencial en función de las características de los hechos indultados² (punto IV). Por último, el trabajo tiende a determinar si obligaciones internacionales de carácter convencional que la Argentina asumió con anterioridad a los decretos en cuestión debieron haber impedido su dictado (punto V).

II. ¿QUÉ ES EL INDULTO?

Vale empezar el análisis con la mención de un razonamiento efectuado hace ya varios años y que parece no perder vigencia. “A medida que las penas son más dulces la clemencia y el perdón son menos necesarios. ¡Dichosa aquella nación en que fuesen funestos! Esta clemencia, esta virtud, que ha sido alguna vez en un soberano el suplemento de todas las obligaciones del trono, debería ser excluida en un perfecta legislación, donde las penas fuesen suaves y el método de juzgar arreglado y corriente (...). Pero considérese

que la clemencia es virtud del legislador, no del ejecutor de las leyes; que debe resplandecer en el código, no en los juicios particulares; que hacer ver a los hombres la posibilidad de perdonar los delitos, y que la pena no es necesaria consecuencia suya, es fomentar el halago de la impunidad, y manifestar que pudiéndose perdonar, las sentencias no perdonadas son más bien violencias de la fuerza que providencias de la justicia”.³

El inciso 5° del artículo 99 de la Constitución Nacional –correspondiente al inciso 6° del artículo 86 del texto constitucional anterior a la reforma de 1994– prescribe que el presidente de la Nación “puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”.

El indulto es así definido como un acto político cuya existencia suele legitimarse sosteniendo “su necesidad ante la imposibilidad de que la ley prevea todas las situaciones, como medio extraordinario para supuestos en que ésta resulte drástica o anacrónica, pudiendo acarrear perturbación para el orden público”.⁴

En uno de los primeros fallos en los que se hizo mención al indulto ya se lo concebía como un instituto cuyo objetivo era atenuar el rigor de la ley penal en aquellos procesos en los que su aplicación implicaba una notoria injusticia.⁵ Así se afirmó que “[cuando] la pena impuesta por el juez en cumplimiento de la ley (tres años de trabajos forzados por el robo de una botella de aceite), no está en proporción con el delito cometido por ser éste de poca importancia, corresponde invitar al Poder Ejecutivo a ejercer el derecho de indulto que le acuerda la Constitución Nacional”.⁶

Ésta también es la conceptualización que se ha plasmado en diferentes pactos internacionales en los que el indulto aparece íntimamente vinculado a la pena de muerte. En efecto, tanto en el artículo 6.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (suscripto en Nueva York el 19 de diciembre de 1966) y en el art. 4.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) –firmada en San José el 22 de noviembre de 1969⁷–, se establece que los condenados a la pena capital tendrán derecho a solicitarlo.

Si bien estas características lo aproximan al concepto de *derecho de gracia*⁸, vinculado históricamente a la persona del soberano como autoridad discrecional y, por ende, basado en la arbitrariedad de la decisión, en la actualidad se tiende a restringir este aspecto en coincidencia con los principios del estado de derecho y sus reglas.⁹ En este sentido, Fierro dice que “la doctrina actual debe limitar el arbitrio voluntario del Presidente y, que dicha prerrogativa debe jugar dentro del sistema de pesos y contrapesos en el que las funciones del Estado se controlan unas a otras para encontrar su propio equilibrio”.¹⁰

También la Corte Suprema de Justicia nacional ha establecido que “la institución del indulto en el sistema constitucional argentino no puede considerarse como la sacralización de una reliquia histórica, propia de las monarquías, sin otro fundamento que la clemencia, sino un instrumento de la ley, en correspondencia con la norma de fines de la organización jurídico-política y en particular con la justicia, la paz interior y el bienestar general. En otros términos, no consiste en un acto de gracia privado, sino en una potestad de carácter público, instituida por la Constitución Nacional, que expresa una determinación de la autoridad final en beneficio de la comunidad”.

En este contexto, puede también redefinirse el alcance que se otorga a la posibilidad judicial de controlar la decisión de indultar. El principio general indica que la facultad del Poder Ejecutivo de indultar –en tanto acto político– es irrevisable. Expresó la Corte en el precedente “Riveros” que “la facultad de indulto (...) es por naturaleza de carácter discrecional y está librada al prudente arbitrio que de ella haga el Poder Ejecutivo, sin que al respecto exista derecho alguno invocable por parte de los ciudadanos (...) se trata de una atribución ‘privativa’ del Poder Ejecutivo, cuyo ‘ejercicio discrecional’ no puede lesionar la garantía constitucional invocada (la de igualdad en el caso), ‘ni puede ser objeto de revisión judicial sobre esa base’. El ordenamiento institucional se vería gravemente subvertido si los jueces tomaran para sí el poder admitir o rechazar las finalidades de este atributo de la soberanía que es el indulto e invadieran, así, una esfera en que la Constitución quiso que imperara la discreción razonable del Presidente de la Nación (...) es cierto que a los tribunales no les

está permitido fundar sus pronunciamientos en la evaluación del ‘acierto o conveniencia’ de lo resuelto por los órganos políticos del gobierno (*Fallos*: 300:700 y su cita).¹²

Esta regla, sin embargo, debe ser limitada a la posibilidad de revisar las motivaciones políticas que llevaron al dictado de un indulto (entre ellas, la necesidad, conveniencia, alcances y oportunidad de la medida), pero no puede entenderse como una prohibición absoluta al control que compete a los jueces en el ejercicio de la función que constitucionalmente se les ha atribuido. Zaffaroni advierte que “nadie puede sostener seriamente que el indulto sea más intocable que una ley en todos los demás aspectos (...)”.¹³ En este sentido, se ha dicho que “el indulto como acto de gobierno y, por ende, de naturaleza política, no puede ser objeto de revisión judicial, sino que sólo cabe examinar las cuestiones jurídicas con él relacionadas; en este caso, si la facultad de indultar ha sido ejercida dentro de las exigencias constitucionales (...)”.¹⁴

Tradicionalmente se acepta el control judicial de los requisitos que el mismo artículo 99 impone el Poder Ejecutivo cumplir, como ser la existencia del informe previo del tribunal o descartar que se trate de penas no indultables (delitos en los que media acusación por parte de la Cámara de Diputados o de los previstos en el artículo 36 de la Constitución nacional).¹⁵ A esta posibilidad se le ha sumado la de controlar la adecuada fundamentación de la decisión (tal como se exige a todo acto del poder público a partir del sistema republicano de gobierno que estatuye el artículo 1 de la Constitución), la afectación del derecho de defensa o el derecho a la verdad reclamado por el procesado, el posible acuerdo entre el Poder Ejecutivo y quienes hubieran quebrantado el orden constitucional y el cumplimiento del deber asumido por el estado argentino de perseguir y sancionar ciertos delitos proveniente del derecho internacional.¹⁶

De esta forma, la *discrecionalidad*, que se entendía como característica esencial del indulto, no puede configurarse como una barrera que impida totalmente el control judicial. Miguel Marienhoff explica que “La ‘discrecionalidad’ no es rasgo típico o esencial del acto político o de gobierno. Dicho acto puede o no estar reglado; asimismo, puede ser discrecional en

uno de sus aspectos y reglado en otros. Esto último es lo que ocurre, por ejemplo, con el ‘indulto’ que puede realizar el Presidente de la Nación (Constitución, art. 86, inc. 6º), respecto a cuya emisión es ‘discrecional’, pero que en lo atinente al procedimiento, a la índole de los delitos que pueden ser objeto de él y a la oportunidad de efectuarlo requiere la observancia de ciertas normas (...).¹⁷

La Corte Suprema también se encargó de distinguir indultos de amnistías, al establecer que “son de distinta naturaleza por responder a finalidades distintas y tener, en consecuencia, efectos diferenciales. Ya ha expresado el Tribunal que ‘el indulto difiere de la amnistía sustancialmente en su naturaleza, en su objeto y en sus efectos. El primero, significa el perdón de la pena acordado por el P.E. para suprimir o moderar en casos especiales el rigorismo excesivo de la ley, mientras la amnistía es el olvido de un hecho delictuoso, para establecer la calma y la concordia social. El primero extingue la pena del indultado; la segunda, la acción y la pena, si antes hubiese sido impuesta, y borra la criminalidad del hecho. El indulto es particular y se refiere a determinada o determinadas personas, la amnistía es esencialmente general y abarca todos los sujetos comprendidos en una clase de delitos’ (confr. el voto de la minoría en *Fallos*: 136:259, que hizo mayoría en *Fallos*: 165:199)”.¹⁸

El aspecto distintivo más importante está relacionado, así, con los efectos de cada una de estas formas de perdón. Mientras que la facultad presidencial de indultar implica la extinción de la pena aplicada a una persona que ha sido declarada culpable, la facultad parlamentaria de amnistiar termina con la vigencia de la acción penal respecto de un delito determinado.

Si bien, como señala la Corte, tanto la cantidad de beneficiarios como los motivos que le dan origen son rasgos que distinguen indultos de amnistías, lo cierto es que no sería inválido un indulto que abarque un gran número de personas ni por perseguir objetivos tales como la *pacificación nacional*. Tal es el caso, por ejemplo del decreto 1002/89 en el que se indultó a una multiplicidad de personas con un particular grado de generalidad.¹⁹ En este sentido, en el fallo “Riveros” la Corte Suprema desechó la tacha que se orientaba a demostrar que esos indultos habían significado

una verdadera amnistía (no sólo por la cantidad de beneficiados, sino también porque respondía a una decisión generalizadora de “pacificar”) y, con ello, la usurpación de facultades legislativas. A tal fin, se explicó que “pretender la invalidación del decreto por la circunstancia de que beneficia a determinadas personas, en plural, es agregarle al precepto en examen una restricción que no figura en él (...) La Constitución no dice que el indulto deba tener un solo beneficiario”²⁰, sin dar respuesta así al verdadero cuestionamiento vinculado con la naturaleza del indulto cuestionado, más cercana a la de una amnistía.²¹

III. LÍMITES CONSTITUCIONALES-FORMALES A LA FACULTAD PRESIDENCIAL DE INDULTAR

No es uniforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a la posibilidad de indultar a personas que no hayan sido declaradas culpables por sentencia firme.

El primer antecedente sobre el punto puede encontrarse en una decisión del 6 de octubre de 1868, en la cual el Tribunal descartó dicha posibilidad, forjando la regla de que sólo corresponde indultar a quienes hayan sido condenados, pues lo contrario implicaría vulnerar la división de los poderes públicos. Así se expresó que “[La] Constitución de la República en su art. 86, inc. 6° autoriza al Presidente de ella, para indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal competente, lo que bien claro muestra, que el ejercicio de ese derecho debe seguir al juzgamiento, en el que se ha de calificar, primero el delito, y se ha de designar el delincuente y la pena; pues, de otro modo, no podría indultarse en el sentido de la Constitución y previo informe judicial, a quienes no es declarado culpable, o conmutarse penas que no son conocidas ni han sido pronunciadas por la única autoridad a que está reservada esta función, quedando así, por último, invertido el orden natural de las funciones de los poderes públicos y burlados los propósitos de la Constitución”.²²

En 1922, en el precedente “Ibañez”, la Corte abandonó esta doctrina, al establecer que “al referirse la Constitución a ‘las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal’ (...) no hace distinción alguna entre las penas que establezca la ley y las que apliquen los tribunales en sus fallos, siendo de notar que los constituyentes del 53 tomaron sin duda en consideración el texto de la cláusula 1º, sección 2º, artículo 2º de la Constitución Americana y la definición de Marshall ‘el perdón es un acto de gracia procedente del poder de ejecutar las leyes que libra al individuo a quien es concedido del castigo que la ley inflige por un crimen que ha cometido’ (7 Pet. 150)”. A su vez, se aclaró que “de la combinación del texto de la Constitución Americana, (...) con el de las que habían regido anteriormente en la Nación surgieron las cláusulas del inciso 6º, artículo 86, de la de 1853, que al suprimir algunas restricciones contenidas en las anteriores, como la aplicación exclusiva del perdón a la pena capital y cuando mediaran ‘graves y poderosos motivos’, se limitó a tomar de éstas la exigencia del ‘informe previo del Tribunal correspondiente’, sin señalar un estado determinado del proceso [...]”.²³

Otro de los argumentos que utilizó en este precedente el máximo Tribunal, a partir del principio que estipula que “en lo más está comprendido lo menos”, fue que la facultad constitucional de indultar a procesados se desprende precisamente de la posibilidad de indultar a condenados. En otras palabras, si el presidente puede indultar condenados, más aun, podrá hacerlo respecto de sometidos a proceso.

Algunos años después, la Corte Suprema retomó los argumentos de la minoría de este pronunciamiento en el fallo “Irigoyen” de 1932, negando ya la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pudiera otorgar el indulto antes de pronunciarse sentencia condenatoria definitiva y circunscribiendo tal efecto a la amnistía. En el fallo, el Tribunal basó su razonamiento en el modo en el que corresponde interpretar la palabra *pena* de la cláusula constitucional, aclarando que si “el indulto puede referirse tanto a la pena impuesta como a la prevista en la ley, (...) tendría, en realidad, el efecto de extinguir la acción (...)”, tal como sucede con la amnistía, lo cual no surge del artículo 68 del Código Penal.

Ya en referencia a uno de los decretos de indulto que conforman el objeto de estudio de este trabajo (n° 1002/89), la Corte tuvo oportunidad de volver sobre el tema²⁴ en el caso “Riveros”. En esa ocasión, si bien el voto mayoritario no entró en el fondo del asunto, la minoría conformada por los jueces Petracchi y Oyhanarte trató específicamente el agravio de los particulares damnificados vinculado con la posibilidad de que se indulte a procesados. En esa dirección y tras afirmar que en su actual integración decidían apartarse de lo resuelto en el fallo “Irigoyen” y retomar la doctrina de “Ibañez”, expresaron que “esta Corte declara que la potestad de indultar puede ser ejercida en beneficio de quienes se encuentran sujetos aún a proceso y no hayan sido condenados”.²⁵

La minoría basó su posición, entre otros aspectos, en que dada la naturaleza jurídica y los alcances del indulto, no pueden sacarse mayores conclusiones sobre el punto a partir de consideraciones semánticas de la norma que consagra esta facultad presidencial.²⁶ También se descartó que los indultos a procesados impliquen una arrogación por parte del Poder Ejecutivo de facultades del Poder Judicial, argumentando que la extinción de la pena no es una función judicial y que, en tal caso, habría que calificar del mismo modo a las amnistías. Por otro lado, se desechó la eventual violación del derecho de defensa, a la luz del hecho de que un indulto que precede a la condena no altera la presunción de inocencia del imputado. Finalmente, “por encima de todo lo dicho”²⁷, se sostuvo que dada la “morosidad judicial” que caracteriza el sistema procesal argentino, vedarle al Ejecutivo la posibilidad de indultar a personas procesadas provocaría, verosímilmente, consecuencias inicuas. Al respecto, se explicó que tal interpretación restringida implicaría que, aun cuando se haya tomado la irrevocable decisión de indultar, deba esperarse la culminación de procesos de larga duración, en los que puede ocurrir, a su vez, que el imputado se encuentre preventivamente privando de su libertad. Se expresó también que tal dilación postergaría los fines sociales del decreto 1002/89, circunstancia que representaría “la más elocuente demostración de antijuridicidad de [esta] tesis”.

Años después, la Corte tuvo que volver a tratar la inconstitucionalidad del

decreto 1002/89, declarada por la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, en el caso “Aquino”.²⁸ Al pronunciarse al respecto, el Tribunal –ya en su voto mayoritario– expresamente se remitió a los fundamentos expuestos por la minoría en “Riveros”, afirmando la facultad constitucional del Poder Ejecutivo Nacional para indultar a personas sometidas a proceso.²⁹

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, a consecuencia del decreto 1002/89, sobreseyó a imputados de la causa “Suárez Mason”. En la ocasión no se analizó la compatibilidad de este decreto con normas fundamentales, alegándose como impedimento razones vinculadas a la imposibilidad de efectuar un control constitucional en forma oficiosa. Sin embargo, en un ilustrado voto de la minoría –conformada por los jueces Cattani y Costa– se trataron con detalle distintos aspectos de la problemática. Luego de definir la naturaleza del indulto (y diferenciarlo del *pardon* inglés y la amnistía, y restringir el término pena empleado en la cláusula constitucional) concluyeron que “El indulto general de procesados realizado por el Poder Ejecutivo supone un avance sobre el Poder Legislativo, único legitimado para desincriminar conductas y dictar amnistías generales. Y también sobre el Poder Judicial, de cuya jurisdicción sustrae a los encausados antes de la sentencia que define su situación; afecta así gravemente no sólo el derecho de defensa del imputado, sino también a las demás partes (Ministerio Público y particulares damnificados), que pueden ver frustrados el reconocimiento de sus derechos”.³⁰

En el marco del mismo expediente, pero con posterioridad a la ley 25.779 (por la que se declararon insanablemente nulas las leyes de “Obediencia debida” y “Punto final”), ese tribunal debió resolver un nuevo planteo sobre la regularidad constitucional de los indultos. La Cámara adoptó la tesis restringida entendiendo que extender la facultad presidencial de indultar a personas que aún no habían sido condenadas, sino sólo procesadas, implicaba desconocer el límite impuesto por la Constitución Nacional. Así se afirmó que “resulta evidente que cuando la estructura constitucional de división de poderes establece un juego de pesos y contrapesos otorgando a cada poder institucional facultades para controlar a

los otros dos –aquí, la posibilidad de moderar el uso de la fuerza por parte del Poder Judicial en la aplicación de las penas– tales prerrogativas no pueden en ningún caso, desnaturalizar el normal desarrollo de una función que le es propia a cada uno de ellos. En efecto, es claro el texto constitucional al otorgar la facultad analizada al Poder Ejecutivo, sólo cuando el órgano encargado de administrar justicia ha impuesto –luego de cumplir con las etapas del debido proceso establecidas también por la Carta Magna– aquella pena que se considera desde otro de los poderes como excesiva o falta de equidad para el caso específico. En ese delicado equilibrio, la intromisión del Poder Ejecutivo en un proceso en trámite, en el cual todavía no se ha podido establecer la responsabilidad del imputado y con ello, tampoco se ha decidido la imposición de pena alguna que con el dictado del indulto se pretenda evitar, resulta ser un claro avasallamiento a la división de poderes de gobierno (...) Todo ello lleva a sostener a este Tribunal que con el dictado de los decretos analizados el Poder Ejecutivo Nacional ha excedido su facultad constitucional de perdonar penas (art. 99 inc. 5 CN), ingresando en ámbitos que están reservados a los otros dos poderes de gobierno, a través de la asignación de las atribuciones que posee el Poder Judicial para conocer y decidir causas (art. 116 CN) y las del Poder Legislativo de dictar leyes de carácter general para extinguir acciones penales (art. 75 CN)”.³¹

Por su lado, la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Córdoba reiteró este criterio sosteniendo que el indulto a ciudadanos procesados por parte del Poder Ejecutivo “constituye una invasión constitucional a una facultad reservada al Congreso y por ende a la división de poderes establecida en la Constitución. Su ejercicio en estos términos implica aceptar una ‘amnistía encubierta’, a la vez que constituye una clara intromisión en una causa judicial en trámite, afectando el ejercicio del poder jurisdiccional, sacándolas de su ámbito natural, para cubrirlas con un manto de impunidad e impidiendo la labor de la administración de justicia para dictar sentencias absolutorias o condenatorias”.³²

La doctrina argumenta a favor de que el indulto sólo procede respecto del condenado por sentencia firme y no del procesado³³, sobre todo a par-

tir del fundamento relativo a que tal proceder violaría el principio de la división de poderes.

Los autores también han negado la tesis amplia tras considerar, en su mayoría, que indultar a una persona respecto de la cual aún no se ha declarado su culpabilidad importa equipararla a un condenado y, consecuentemente, un avasallamiento ilegítimo del principio de inocencia.³⁴

Zaffaroni, en cambio, sostiene que nada obsta a que el Poder Ejecutivo indulte a procesados. Funda su postura, primeramente, en el hecho de que si el indulto tiende a evitar las consecuencias del rigor o el anacronismo de la ley penal, las mismas razones son válidas respecto de la ley procesal penal, que puede ser tan o más anacrónica que aquella.³⁵ Descarta, a su vez, toda afectación del derecho de defensa –explicando que ésta se ejerce contra una amenaza de pena– y explica que la real violación sería, eventualmente, la del derecho a la verdad que tiene todo imputado y, en muchos casos, también la víctima.³⁶ Reconocido este derecho en cabeza del imputado y partiendo de la base que la acción penal puede perseguir el establecimiento de la verdad de modo independiente a la imposición de una pena, Zaffaroni concluye que el indulto siempre extingue el poder punitivo, pero cuando el procesado reclama su derecho a la verdad, no extingue la acción en la medida necesaria para la obtención de ese objetivo.³⁷

A partir de la reseña jurisprudencial y doctrinaria que antecede puede concluirse que los principales motivos con que se rechaza la posibilidad de indultar a procesados se circunscriben a la violación del principio de división de poderes del Estado y a la afectación del derecho de defensa (principio de inocencia) del indultado. Ninguno de estos aspectos parece resolver acabadamente el problema a favor de la tesis restringida.

Con relación a la primera de las objeciones señaladas, difícilmente pueda fundarse la idea de que el presidente de la Nación se arroga prerrogativas jurisdiccionales al tomar la decisión, con base en motivos eminentemente políticos, de desvincular a un sujeto de un proceso en el que se lo investiga. La invasión ilegítima de poderes que tiende a evitar el artículo 116 de la Constitución Nacional opera cuando el Ejecutivo, en ejercicio de facultades jurisdiccionales (entendidas éstas como el *conocimiento*

y *decisión* de casos), abre juicio sobre la culpabilidad de un imputado respecto de una hipótesis delictiva.

Un análisis relativo, desde dos enfoques, lleva a la misma conclusión. Si tanto la amnistía como el indulto, más allá de las diferencias marcadas en el punto precedente, convergen en punto a que ambos podrían impedir el desarrollo de la función judicial con anterioridad a una sentencia condenatoria, ¿cuál sería la circunstancia que convierte sólo al perdón presidencial en un acto de usurpación de poderes?

En el mismo sentido, partiendo de la base que la función judicial no se agota en el proceso de conocimiento, sino que se extiende hasta la ejecución de la pena, ¿por qué considerar que sólo el indulto a procesados desequilibra los poderes del Estado si el perdón a condenados también interfiere la función judicial?³⁸

La segunda objeción formulada –relativa a la afectación del derecho de defensa del indultado– tampoco parece resolver la cuestión. En efecto, dado el aspecto de la garantía en juego, el consentimiento del indultado alcanzaría para despejar toda duda respecto a la eventual violación a sus derechos.³⁹

Paralelamente, podría decirse que los argumentos más atendibles de quienes pregonan por la tesis amplia se basan, fundamentalmente, en que “quien puede lo más puede lo menos” y en que permitir el indulto a procesados evita que deba esperarse hasta la culminación de procesos que se caracterizan por su injustificada prolongación y por la aplicación de severas medidas cautelares. Tampoco creemos que estas circunstancias dilucidan el punto.

El primero de los argumentos apunta a que la facultad de indultar a procesados emerge justamente de la de indultar a condenados, dado que quien puede hacer lo más puede hacer lo menos (*quod omne majar continent minus*). Esta idea parece partir de la premisa de que el perdonar a una persona declarada culpable es hacer *más* que perdonar a una persona cuya inocencia se presume. Pierde peso el argumento cuando se advierte que la paralización de un proceso en trámite no sólo importa la pérdida de la posibilidad de castigar a un culpable (como en el caso del indulto a condenados), sino la de conocer la verdad de los hechos inves-

tigados. Tal circunstancia resultaría suficiente para, al menos, dudar seriamente de que indultar a un condenado implique *más* que hacerlo respecto de una persona sometida a proceso.

Los excesos en los plazos de duración de los procesos penales, como la injustificada aplicación de severas medidas cautelares durante el enjuiciamiento, tampoco pueden inclinar definitivamente la balanza hacia la tesis amplia. Estas deficiencias del sistema de enjuiciamiento penal actual –si bien resultan incontrovertibles– no pueden ser un parámetro de interpretación de los alcances de la facultad presidencial de indultar. En efecto, si estas distorsiones procesales se solucionaran por las vías correspondientes, desaparecerían las consecuencias inicuas que se esbozan como fundamento de esta postura.

Por nuestra parte, tendemos a pensar que la cláusula constitucional que prescribe la facultad presidencial de indultar debe interpretarse de acuerdo con la tesis restringida. A tal conclusión debe llegarse si se encara un examen de la norma que ponga principal atención a los antecedentes de esta cláusula constitucional. “Los constituyentes norteamericanos (...) llevaron textualmente a su Carta Magna el ‘pardon’ inglés, es decir el derecho a perdonar en el amplio concepto medieval de gracia y amnistía, mientras que los constituyentes argentinos siguiendo la constitución patria de 1826 y el Proyecto de Juan B. Alberdi que acogieron la doctrina constitucional dominante en Europa y América separaron el indulto de la amnistía y la atribuyeron a dos poderes diferentes”.⁴⁰ Si se acepta, entonces, que el indulto que pensaron nuestros constituyentes está inspirado en la versión europea de este perdón –caracterizado por su distinción de la amnistía– puede suponerse válidamente que no es trasladable a nuestro caso la jurisprudencia norteamericana que afirma que la facultad presidencial “se extiende a todo delito conocido de la ley y puede ser ejercicio en cualquier tiempo después de su comisión, sea antes de iniciarse procedimientos legales o mientras se hallan pendientes o después de la convicción y la sentencia”.⁴¹ Incluso, la disposición estadounidense se refiere al perdón de delitos (*offenses*) mientras que la argentina permite el perdón de *penas*.

Descartada la incidencia de la constitución norteamericana en este punto, desaparece uno de los argumentos más trascendentes para interpretar que la palabra *pena* que integra la cláusula en análisis representa tanto la efectivamente impuesta por un tribunal como aquella con que amenaza la ley penal.

En consecuencia, no vislumbrándose –de acuerdo con las consideraciones anteriores– otras circunstancias que habiliten efectuar esa interpretación, correspondería entender que, en principio, la Constitución Nacional faculta al presidente de la Nación a indultar sólo a personas que hayan sido declaradas culpables y a las que se le haya impuesto una pena. Esto es, la cabeza del Poder Ejecutivo carecería de competencia para perdonar a personas sometidas a proceso.

Debe decirse, finalmente, que el margen de duda que puede dejar este controvertido aspecto pierde trascendencia –en miras a fundar la irregularidad constitucional de los decretos de indulto en análisis– a la luz de la contundencia de los argumentos que se desarrollan en los puntos siguientes.

IV. LOS DECRETOS DE INDULTO Y EL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

En el apartado anterior hemos cuestionado la validez de los decretos de indulto a partir de límites formales de la facultad presidencial de perdonar penas.

En lo que sigue abordaremos un aspecto que también lleva a descalificar los indultos que analizamos como actos constitucionalmente regulares, pero, esta vez, desde límites materiales que nuestra Ley Fundamental le impone a la prerrogativa presidencial de indultar.

En efecto, intentaremos fundar la idea de que una correcta interpretación del artículo 29 de la Constitución Nacional obliga a afirmar que los hechos indultados a través de los decretos en análisis son penalmente *imperdonables*; esto es, no susceptibles de ser objeto de amnistías ni indultos.⁴³

La explicación de esta afirmación demanda, entonces, consideraciones exegéticas de la norma constitucional mencionada y un análisis de los

hechos por los que se encontraban sometidas a proceso las personas beneficiadas con los decretos de indulto.

1. El artículo 29 de la Constitución Nacional dispone que “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.⁴⁴

Está claro, entonces, que nuestra Constitución expresamente prohíbe que las Legislaturas transfieran a los poderes Ejecutivos facultades en virtud de las cuales queden a merced de gobiernos o persona alguna la vida, el honor o la fortuna de los argentinos.

En lo que sigue se establecen los alcances nulificantes que subyacen tras esta prohibición constitucional.

En primer lugar, y si bien la disposición transcrita no hace mención alguna de la facultad presidencial de conceder indultos –ni, claro está, de la prerrogativa parlamentaria de dictar amnistías–, lo cierto es que una razonable interpretación de este artículo impone aceptar la imposibilidad de que sea *perdonado* el delito de conceder supremacías al Poder Ejecutivo.

A esta conclusión llegó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Perón”⁴⁵, ocasión en la que debió pronunciarse sobre una excepción de amnistía interpuesta por varios legisladores que solicitaban que se les apliquen los beneficios de la ley 14.296 y el Decreto-ley 63/55.⁴⁶

Sebastián Soler, entonces Procurador General de la Nación, afirmó que el delito contenido en el artículo 20 de la Constitución Nacional (actual artículo 29) era inamnistiable por el Congreso Nacional en ejercicio de las potestades legislativas comunes. Sostuvo, en tal sentido, que constituía un error la aplicación de una ley de amnistía para el delito contenido en el artículo 20 de la Constitución Nacional. Al respecto, manifestó: “Estriba dicho error en 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. De no haberse previsto en la Carta Fundamental el supuesto de su artículo 20, no habría podido la legislación, sin allanar los fueros parlamentarios, calificar penalmente la prohibición que contiene este precepto, cuya incorporación constitucional es el único fundamento jurídico de su validez represiva. [...] 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. Es por eso que corresponde tener particularmente en cuenta que la amnistía, en cuanto importa en cierta medida la derogación de un precepto, no puede ser dispuesta sino por el mismo poder que se halle investido de las atribuciones que se requieren para sancionarlo [...] En resumen, el verdadero sentido del artículo 20 es el de consagrar una limitación a las atribuciones de los poderes políticos, y el de considerar el exceso a los límites impuestos como una grave trasgresión a cuyos autores estigmatiza con infamia. Y si la Constitución se ha reservado exclusivamente para sí ese derecho, quienes quisieran de algún modo interferirlo a través de la sanción de una ley de amnistía, se harían pasibles, en cierta medida, de la misma trasgresión que quieren amnistiar”.

Por su parte, la Corte Suprema falló en el caso concluyendo que los términos enfáticos en que está concebida la disposición del artículo 29, los antecedentes históricos y la circunstancia de habérsela incorporado a la ley fundamental de la República, revelan sin lugar a dudas que la disposición citada constituye un límite no susceptible de franquear por los

poderes legislativos comunes. En consecuencia, expresó que una ley de amnistía, que en su contenido comprendiera el delito previsto por el artículo 20 (ahora 29) de la Constitución Nacional, carecería de validez dado que sería contraria a la voluntad superior de la propia Constitución.

Ahora bien, dos parecen ser los motivos que sostienen esta posición del alto Tribunal argentino. Por un lado, está la idea de que las Legislaturas no podrían sancionar una ley de amnistía que tenga a sus integrantes como beneficiarios (autoamnistía). Por otro, la Corte parece fundar su posición en el hecho de que las Legislaturas carecen de competencias para perdonar un delito prescripto constitucionalmente.

Ambos argumentos se encuentran en el siguiente razonamiento: “tanto la regla constitucional del artículo 29, como la figura delictiva del Código Penal, serían letra muerta si el Congreso pudiera autoamnistiarse, o si, por su parte, el Poder Ejecutivo tuviera la posibilidad de indultar a quienes, traicionando la soberanía popular que los ha investido de autoridad, le atribuyeran la suma del poder público. El sentido común, en esto, marcha de la mano con la interpretación jurídica, pues sería absurdo suponer que los constituyentes hubieran defendido a la población del riesgo de una tiranía y, al mismo tiempo, hubieran institucionalizado los procedimientos legales para dejar impunes a los artífices de aquélla”.⁴⁷

Analizaremos estas últimas consideraciones de modo independiente. Por un lado, difícilmente pueda suponerse que la prohibición de amnistiar o indultar los delitos consistentes en la transferencia de la suma del poder público se explique a la luz de la ilegitimidad que conlleva toda autoamnistía. Dicho en otros términos, no puede inducirse válidamente que el fundamento de esta prohibición sea el mismo que veda a todo órgano la utilización de las facultades que le son propias en su beneficio.

Si así fuera, y dado que este principio –que prohíbe, si se quiere, el auto beneficio de los funcionarios– rige para supuestos en que la misma *persona* (y no el mismo *órgano*⁴⁸) es la que ejerce la facultad y a la vez se beneficia, habría que aceptar que no le está vedado al Congreso amnistiar este tipo de concesiones siempre que tal cuerpo de legisladores no haya sido el autor de ese delito. Ello no puede ser así.

Que la prohibición de perdonar la transferencia de facultades extraordinarias excede los supuestos de autoamnistías lo demuestra el hecho de que tampoco podrían perdonarse las concesiones de la suma del poder público efectuadas por las Legislaturas provinciales a los Poderes Ejecutivos también de provincia. Consecuentemente, habría que descartar el motivo de la autoamnistía como fundamento de esta prohibición constitucional.

Existe un segundo aspecto, aparentemente incuestionable, que también sostiene la doctrina que emerge de *Fallos* 234:16. Éste consiste, básicamente, en el hecho de que el Congreso carece de facultades para amnistiar un delito previsto (*en términos condenatorios de singular rigor*⁴⁹) por la Constitución Nacional. En tal caso, puede inducirse, sólo una convención constituyente podría amnistiar un delito previsto por la propia Constitución, dado que este órgano es el único que se encuentra investido de las atribuciones que se requieren para modificar o derogar algún precepto constitucional (art. 30 Constitución Nacional).

A diferencia de lo que ocurre con el descartado argumento de la autoamnistía, los postulados del razonamiento anterior –relativos a la ausencia de competencias del Congreso para derogar preceptos constitucionales– son trasladables a supuestos en que el perdón de las concesiones prohibidas se intente alcanzar a través de un indulto presidencial. Es decir, si se parte de la base que la voluntad constituyente es infranqueable (o, mejor dicho, sólo franqueable por un nuevo constituyente), el artículo 29 de la Constitución resultará una limitación tanto para la facultad del Congreso de dictar amnistías generales como para la prerrogativa presidencial de indultar (artículos 75 inciso 20 y 99 inciso 5 de la Constitución Nacional, respectivamente).

Como primera conclusión de esta parte puede afirmarse que las concesiones de facultades extraordinarias (en virtud de las cuales queden al arbitrio de una persona la vida, el honor o la fortuna de los argentinos) efectuadas a favor del Poder Ejecutivo por las Legislaturas no son indultables por el presidente de la Nación ni amnistiables por el Congreso.

Ésta no es, no obstante, toda la capacidad de anulación que puede reconocerse en el artículo 29 del texto constitucional. Prueba de ello es el complemento que la CSJN hizo de la doctrina recién comentada en *Fallos*

247:387⁵⁰ –a partir del cual asentó que quienes hayan ejercido las facultades extraordinarias prohibidas por el artículo 29 de la Constitución Nacional tampoco pueden ser amnistiados por una ley del Congreso–.

En ese sentido se afirmó: “Que con motivo del requerimiento formulado por Juan Domingo Perón, quien solicitó se declarara extinguida la acción penal relativa al delito de traición a la patria que se le imputa, invocando a ese efecto las disposiciones de la ley 14.436 (...), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso administrativo de la Capital Federal confirmó la sentencia del Sr. Juez de Primera Instancia (...) y dispuso no hacer lugar ‘a la excepción de amnistía’ deducida en orden ‘al delito previsto en el art. 227 del Código Penal’ (...) Que (...) es manifiesto que las pretensiones que el apelante expresa sobre el punto no son atendibles, concorde a la doctrina que esta Corte estableció en el precedente de *Fallos*: 234:16. De acuerdo con ella, entonces, corresponde declarar que los beneficios de la ley 14.436 no son extensivos a delitos como el que motiva las presentes actuaciones, ya que el art. 29 de la Const. 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 su facultad de conceder amnistías”.⁵¹

Corolario necesario de este precedente es que, al igual que las concesiones de facultades extraordinarias, el *ejercicio* de la suma del poder público –en la medida que importe actos delictivos– tampoco puede ser objeto de amnistías por parte del Congreso. Este argumento ya no parece reposar sobre cuestiones de tipo formal sino, antes bien, sobre la idea de que la naturaleza de los actos delictivos que impliquen el ejercicio de supremacías no permite su perdón.

Llegado el punto, corresponde efectuar una aclaración. Puede pensarse válidamente que el artículo 18 de la Constitución Nacional y las disposiciones sobre legalidad que incorporaron los tratados internacionales impedirían extender el alcance del delito constitucional de *traición a la patria* (previsto en el artículo 29) más allá de los supuestos de concesión por parte del Congreso al Poder Ejecutivo de facultades extraordinarias. Toda ampliación del tipo, más allá de lo dicho, debería enfrentar serios

cuestionamientos provenientes de la prohibición de analogía.⁵² Tal como antes se expresó, entonces, ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo –mediante el ejercicio de sus facultades de amnistiar o indultar, respectivamente– pueden soslayar la prohibición y el castigo que la Constitución impone para tales conductas.

Encaramos ahora un supuesto distinto. En efecto, la Constitución parece no sujetar –al menos a través de su artículo 29– a la pena del delito de traición a la patria al responsable del ejercicio de la suma del poder público. No obstante, ello no resulta un óbice para concluir que tampoco es susceptible de indultos o amnistías tal ejercicio por el que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedan a merced de gobierno o persona alguna. El contrasentido que importa aceptar que no puede perdonarse la concesión legislativa de supremacías pero sí su ejercicio por quien las recibe, es lo que obliga a concluir de este modo.⁵³

Nuevamente, si la naturaleza de los hechos que importan el ejercicio de la suma del poder público es lo que impide su amnistía, todo indica que tampoco el presidente de la Nación, a través de su facultad de indultar, puede lograr su perdón.⁵⁴

Resta una última aclaración en torno a este último punto. Si la esencia de los hechos derivados del poder total es lo que determina la imposibilidad de su perdón, seguirán la misma suerte los supuestos de *asunción* directa del poder total por parte del Poder Ejecutivo (esto es, sin concesión legislativa mediante).

En este sentido se dijo que “pocas disposiciones de nuestra Carta Magna cuentan con antecedentes históricos tan dolorosamente significativos como este art. 29. Contrariamente a la creencia común, su inclusión en la Constitución no obedece a lo ocurrido durante la época de Rosas, ni su sentido es sólo el literal de la primera parte de su texto, de impedir que el Poder Legislativo otorgue al Ejecutivo atribuciones prohibidas, sino que también se encuentra comprendida, a mi juicio, la ‘asunción’ de facultades excepcionales. Conforme se desprende de sus orígenes, el propósito de la norma es prohibir que el Ejecutivo conculque, invocando razones de necesidad, de urgencia o de estado, los bienes básicos que la Constitu-

ción asegura al individuo. Por otra parte, la expresión ‘Actos de esta naturaleza’, da clara cuenta de que la concesión legislativa de poderes tiránicos es sólo un ejemplo, quizás el más palpable en la experiencia inmediata de los constituyentes, de la conducta genérica que se trata de evitar: una acumulación de atribuciones que permita la actuación estatal sin límites y en desmedro de las garantías individuales”.⁵⁵

En términos muy similares se pronunció la Corte Suprema cuando afirmó que lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución impide la asunción de facultades extraordinarias. De esa manera explicó que “el art. 29 de la Constitución Nacional sanciona con una nulidad insanable aquellos actos que constituyan una concentración de funciones, por un lado, y un avasallamiento de las garantías individuales que nuestra Carta Magna tutela, por otro. La finalidad de la norma ha sido siempre impedir que, alegando motivos de urgencia o necesidad, el Poder Ejecutivo asuma facultades extraordinarias y la suma del poder público, lo que inevitablemente trae aparejada la violación de los derechos fundamentales del hombre libre, que la propia Constitución Nacional garantiza. El gobierno llamado Proceso de Reorganización Nacional, invocando razones de aquella índole, usurpó el poder y subordinó la vigencia de la Constitución Nacional al cumplimiento de sus objetivos”.⁵⁶

En resumen: no sólo orientado a la protección del principio de división de poderes estatales, sino también destinado a evitar la conculcación de derechos fundamentales por parte de quien detenta un poder omnímodo⁵⁷, el artículo 29 de la Constitución Nacional, al prohibir y castigar enfáticamente la transferencia legislativa de la suma del poder público, impide que mediante amnistías e indultos se perdone tanto esas concesiones del Congreso como el ejercicio de ese poder total –sea éste concedido o asumido⁵⁸ directamente– por el que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedan a merced de gobierno o persona alguna.

2. Sentado ello, corresponde avanzar hacia el tratamiento de los aspectos que permiten pensar que los sucesos por los que se encontraban sometidos a proceso los beneficiarios de los indultos son constitutivos del ejercicio

del poder omnímodo que proscribe la Constitución Nacional y, como tales, no susceptibles todo perdón.

Los hechos por los que *a priori* se responsabilizaba penalmente a las personas beneficiadas por los indultos son los que caracterizaron el sistema clandestino de represión implementado por la última dictadura militar con el alegado propósito de combatir la subversión.

Este sistema represivo, que estuvo orientado a la aprehensión, tortura y desaparición de miles de personas, podría describirse muy someramente del siguiente modo.⁵⁹ “Patotas” o “grupos de tareas” fuertemente armados lograban la aprehensión de las víctimas⁶⁰, las que eran conducidas a centros de detención (en su mayoría, clandestinos). Una vez allí, el objetivo era lograr que éstas aportaran información valorada por las autoridades militares. Para lograr las confesiones buscadas se implementaron diversas formas de atormentar a las personas ilegalmente detenidas. Finalmente, y con excepción de un *reducido porcentaje de casos*⁶¹ de personas que recuperaron su libertad, se asesinó a las víctimas y se eliminaron los registros de su detención. Es en virtud de esta última fase del sistema clandestino de represión que la mayoría de sus víctimas han adquirido el mote de *desaparecidos*.⁶²

El párrafo anterior intenta detallar el núcleo del plan criminal instaurado por las autoridades militares usurpadoras del poder. No obstante, no puede dejar de mencionarse que el funcionamiento de este aparato represivo contemplaba la sustracción de menores (que habían sido secuestrados junto a sus padres o que habían nacido durante el cautiverio de su madre), supresión del estado civil de esos menores, abusos sexuales, saqueos de las pertenencias de las viviendas o comercios en que se practicaban las aprehensiones, etcétera.

Incuestionablemente, estos hechos representan el ejercicio del poder total u omnímodo. Es decir, sólo autoridades que concentran todo el poder del Estado pueden poner en funcionamiento –y sostener durante un plazo de aproximadamente siete años– un aparato represivo ilegal de las características antes enunciadas.⁶³

Tampoco hay margen de duda para afirmar que este poder absoluto deten-

tado por las autoridades militares dejó la vida, el honor y la fortuna de los argentinos a merced del gobierno dictatorial.⁶⁴ Dado que por *merced* corresponde entender “voluntad o arbitrio de alguien”⁶⁵, debe interpretarse que los actos prohibidos por el artículo 29 son aquellos que dejan valores fundamentales de los argentinos⁶⁶ (tales como la vida, el honor o la fortuna) sometidos exclusivamente a la voluntad de la persona o gobierno que concentra el poder total, avasallando –consecuentemente– garantías constitucionales.

“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 arrojó facultades extraordinarias y en ejercicio de estos poderes implementó, a través del terrorismo de Estado, una práctica sistemática de violaciones a garantías constitucionales (...) [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 (cf., asimismo, Fallos: 309:1689 y debate parlamentario de la sanción de la ley 23.040, por la cual se derogó la ley de facto 22.924)”⁶⁷.

Consecuentemente, no median escollos para concluir que los hechos por los que se encontraban sometidos a proceso los imputados indultados detentan la naturaleza de aquellos que la Constitución enfáticamente intenta evitar cuando prohíbe la concesión de supremacías por parte de las Legislaturas a los Poderes Ejecutivos o bien la asunción por parte de este último del poder total.

3. En virtud de las consideraciones exegéticas efectuadas precedentemente, puede cerrarse este punto concluyendo del siguiente modo.

El artículo 29 de la Constitución Nacional impide que las Legislaturas (nacional y provinciales) concedan a los Ejecutivos (nacional y provinciales) supremacías en virtud de las cuales la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden al arbitrio de un gobierno o una persona.

Una válida interpretación analógica⁶⁸ de esta cláusula constitucional permite afirmar, además, que ese tipo de concesiones legislativas efec-

tuadas desde el parlamento hacia la administración no son susceptibles de amnistías o indultos.

Del mismo modo, los hechos delictivos derivados del ejercicio de la suma del poder público –sea el origen de tal poder omnímodo una concesión efectuada por la Legislatura o una asunción directa del Poder Ejecutivo– tampoco pueden ser perdonados por el Congreso o el Poder Ejecutivo (punto 1).

Por otra parte, los hechos por los que se encontraban sometidos a proceso los imputados indultados detentan la naturaleza de aquellos que la Constitución Nacional (artículo 29) enfáticamente intenta evitar cuando prohíbe la concesión de supremacías por parte de las Legislaturas a los Poderes Ejecutivos⁶⁹ (punto 2).

Consecuentemente, la invalidez de los decretos de indulto 1002/89 y 2749/90 deriva, entre otros aspectos, de su incompatibilidad con el artículo 29 de la Constitución Nacional.

V. LOS DECRETOS DE INDULTO FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL

Una vez definidos los límites constitucionales que posee la facultad presidencial de indultar, resta examinar si los decretos en cuestión resultan compatibles con las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país respecto de la persecución y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos.⁷⁰

En reiteradas oportunidades los tribunales argentinos han afirmado que los delitos cometidos por los agentes estatales en el contexto del sistema clandestino de represión implementado por la dictadura militar que usurpó el poder entre 1976 y 1983, a la luz del derecho de gentes, deben ser considerados como crímenes contra la humanidad o, en forma general, que han representado graves violaciones a los derechos humanos.⁷¹

En este contexto, los compromisos asumidos por nuestro país al integrarse a la comunidad internacional encuentran diversas fuentes: los derivados del derecho internacional general y, en particular, los que surgen de

la celebración de pactos internacionales específicos, entre los que pueden mencionarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

De este modo, se ha establecido que todos los Estados que integran la comunidad internacional tienen un interés equivalente en que esa clase de delitos sean investigados y que sus autores sean juzgados y sancionados penalmente. Este interés común en la prohibición, juzgamiento y sanción penal ha dado lugar a que la obligación de perseguir y sancionar penalmente se configure como uno de los principios atinentes a los crímenes contra la humanidad.⁷²

Por otro lado, resulta relevante destacar que los tratados en la materia en nuestro país poseen por imperio constitucional una jerarquía superior a las leyes, lo cual no sólo surge de la disposición expresa del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, sino que aun antes de la reforma del año 1994, esta posición normativa ya había sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁷³

Nuestro país suscribió esos tratados internacionales. En lo que sigue, veremos cuáles son los compromisos asumidos con tales suscripciones y sus respectivos alcances.

1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos impone a los Estados en su artículo 1.1 la obligación de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en ese tratado.⁷⁵

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó el contenido de este deber de garantía, del cual derivó la obligación de los Estados de “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. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta

gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁷⁶

A la hora de analizar en particular normas que de alguna forma procuraban la impunidad de esos crímenes, la Corte sostuvo: “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”⁷⁷ (en particular referencia a la violación a las obligaciones generales de los arts. 1.1, 2, 8 y 25 de la C.A.D.H.). Concluyó entonces el Tribunal que esas normas “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”.⁷⁸

Con posterioridad, la Corte Interamericana estableció que esa obligación estatal no sólo alcanzaba a las partes del caso sino que debía extenderse con carácter general a todas las normas que amnistiaban graves violaciones de los derechos humanos con las características detalladas.⁷⁹

En similar sentido, y ya en un caso que involucraba a nuestro país, la Corte Interamericana afirmó que “son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier otro obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial consagrada en el artículo 25. De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, (...) podría oponerse al cumplimiento de las

decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes”.⁸⁰

Es así que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó en reiteradas oportunidades “derogar o en definitiva dejar sin efecto toda medida interna, legislativa o de otro orden, que tienda a impedir la investigación, el procesamiento y la sanción de los responsables del arresto y la desaparición”.⁸¹

Cabe resaltar que este análisis de compatibilidad con el sistema de protección de derechos humanos, que resulta absolutamente aplicable a los decretos de indulto examinados en el presente trabajo, fue también realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el “Informe Nro. 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina” del 2 de octubre de 1992. En dicho documento se concluyó que “las leyes n° 23.492 y n° 23.521 y el decreto n° 1002/89 son incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

2. En el mismo sentido, los decretos que perdonan aquellos hechos que pueden ser considerados como graves violaciones a los derechos humanos, resultan también incompatibles con los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁸² En particular, respecto de su artículo 2 que establece –tal como el artículo 1 de la Convención Americana– la doble obligación para los Estados Parte de *respetar* y *garantizar* los derechos reconocidos en el tratado y, con ello, la derivada obligación de prevenir, investigar y sancionar toda posible violación a los derechos reconocidos en el Pacto a efectos de hacer efectivo el deber de garantía.⁸³

En esa inteligencia, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas advirtió en referencia a la Argentina que: “los compromisos hechos por el Estado parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la ley de obediencia debida y la ley de punto final y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto”.⁸⁴ Sobre los decretos analizados manifestó que “[el] Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención de personas extrajudicialmente, incluyendo niños”, sugiriendo como consecuencia de ello que la República Argentina continúe con las investigaciones en forma completa (acerca del destino de personas desaparecidas, denuncias de adopción ilegal de hijos personas desaparecidas, asesinatos y otros crímenes cometidos por los militares durante el periodo de gobierno militar).⁸⁶

3. También puede afirmarse que los decretos de indulto son contrarios a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁸⁷

Con su suscripción, el Estado argentino se obligó a adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otro carácter para impedir los actos de tortura dentro del territorio de la Nación (según estatuye el artículo 2).

La contradicción de los indultos con esta Convención fue confirmada por el Comité contra la Tortura el que observó “con preocupación que fue la autoridad democráticamente elegida y posterior al gobierno militar la que promulgó las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, esta última después de que el Estado hubiese ratificado la Convención contra la Tortura y sólo 18 días antes de que esta Convención entrara en vigor. El Comité considera que esto es incompatible con el espíritu y los propósitos de la Convención. El Comité observa asimismo que de esta manera quedan sin castigo muchas personas que perpetraron actos de tortura,

igual que los 39 oficiales militares de rango superior a los que el Presidente de la Argentina perdonó por Decreto de 6 de octubre de 1989, cuando iban a ser juzgados por tribunales civiles”.⁸⁸

4. De estos tratados emergen *deberes de garantía* que imponen la obligación de investigar toda posible lesión de bienes protegidos por tales convenciones, individualizar a los responsables de tales lesiones, someterlos a juicio y, eventualmente, sancionarlos.⁸⁹ Si bien puede pensarse válidamente que estas obligaciones son todavía preexistentes a estas disposiciones internacionales⁹⁰, lo cierto es que nuestro país contrajo estos deberes de garantía *inexorablemente* con la entrada en vigor de las Convenciones señaladas.

En consecuencia, resulta incontrovertible que el Estado argentino se comprometió a no dictar leyes de amnistía o indultos que impidieran el juzgamiento y sanción de los responsables de este tipo de hechos con anterioridad a la fecha de emisión de los indultos 1002/89 y 2746/90. De ahí su irregularidad y la imposibilidad de postular que esta última afirmación importa una aplicación retroactiva de los tratados de derechos humanos mencionados.

Sostiene Marcelo Ferrante que “la afirmación de que las leyes de ‘Punto Final’ y ‘Obediencia Debida’ y los indultos presidenciales violaron los deberes de garantía surgidos de la CADH y del PIDCP no importa asignar a sus cláusulas valor retroactivo: la materia de lo ilícito –en el sentido de contrariedad con las disposiciones de estos tratados– es, pues, esa retracción del poder punitivo y no las lesiones cuyos autores se beneficiaron con la impunidad concedida”.⁹¹

De lo expuesto se desprende con evidencia que los decretos de indulto examinados, en tanto impiden investigar y sancionar penalmente a los responsables de estos crímenes contra el derecho internacional, resultan incompatibles con las obligaciones asumidas internacionalmente por la República Argentina y por ello, deben ser descalificados. Así se ha expresado, en referencia a las leyes n° 23.492 y 23.521 –pero cuyas afirmaciones resultan plenamente aplicables a los indultos– que “en la medida en que dichas normas obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de

actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados mencionados, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado argentino, y resultan inadmisibles”.⁹²

VI. CONCLUSIONES

Las consideraciones efectuadas a lo largo del trabajo no dejan margen duda respecto de la incompatibilidad de los decretos de indulto 1002/89 y 2746/90 con normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, podría fundarse esta afirmación en el hecho de que tales decretos fueron dictados fuera de los límites formales que la Constitución Nacional le impone a la facultad presidencial de indultar, en tanto beneficiaron a personas sometidas a proceso que no habían sido declaradas culpables (punto 3).

Por otro lado, y desde una óptica sustancial, el hecho de que los indultos se hayan dirigido a perdonar hechos por los que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedaron a merced de la última dictadura militar impide considerarlos constitucionalmente regulares, a la luz de lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley Fundamental (punto 4).

Finalmente, los indultos analizados contrariaron obligaciones asumidas por la Argentina a través de la suscripción de diversos tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional que obligan a juzgar y sancionar a los presuntos autores de crímenes contra la humanidad (punto 5).

NOTAS

1. También fueron indultados los ex comandantes condenados en el “juicio a las juntas” (expediente n° 13/84, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional” que tramitó ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal) y los generales Camps y Riccheri, condenados en la causa 44/85 (“Causa

incoada en virtud del decreto 280/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, que tramitó ante la Tribunal antes señalado); todos ellos a través del decreto 2741/90. El ex Ministro de Economía del gobierno militar, José Alfredo Martínez de Hoz, también fue beneficiado por un indulto mientras se lo investigaba por la presunta comisión del delito previsto en el artículo 170 del Código Penal (n° 2745/90). Si bien fuera del grupo de casos señalado –funcionarios públicos acusados o condenados por graves violaciones a derechos humanos– aunque dentro del mismo *momento político*, corresponde ubicar a los indultos que beneficiaron a los militares que se alzaron en armas durante el gobierno del ex presidente Alfonsín (decreto 1004/89), a los militares imputados de cometer infracciones castrenses durante la guerra de Malvinas (decreto 1005/89), a un colaborador del gobierno de María Estela Martínez de Perón (2744/90), a sesenta particulares acusados de terrorismo y asociación ilícita (1003/89) y a Mario Eduardo Firmenich y Norma Bremilda Kennedy (n° 2742 y n° 2743, respectivamente).

2. Si bien quizás etimológicamente sólo las *penas* son objeto de indulto, a lo largo de este trabajo también nos permitimos hacer mención a *sujetos y hechos indultados*.
3. Beccaria, César, *De los delitos y de la penas*, Traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 321/22. En el mismo sentido, Michel Foucault expresa que debe el monarca renunciar a su derecho de gracia “para que la fuerza presente de la idea de la pena no quede atenuada por la esperanza de dicha intervención (...) nada vuelve más frágil el aparato de las leyes que la esperanza de la impunidad” (*Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2003, p. 100).
4. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2003, 2° edición, p. 888.
5. Sobre su relación con la equidad, ver Jacobucci, Guillermo J., *La equidad en el derecho penal a través del indulto y la conmutación de pena*, La Ley, T. 1982-D, Buenos Aires, pp. 977/982.
6. *Fallos* 3:89, reiterado en 29:330.
7. Ambos fueron suscriptos por la República Argentina y aprobados por ley n° 23.313 y 23.054 –respectivamente–.
8. Puede consultarse el desarrollo histórico del indulto, en Lefevre, Luis N., *El indulto*, J.A., julio-agosto, 1962, IV, pp. 96/102.
9. Zaffaroni, *ibidem*.
10. Fierro, Guillermo J., *Amnistía, indulto y conmutación de penas*, Hammurabi, Bs.As., 1999, p. 161, con cita de Calderón, Raúl, *Indulto y conmutación de penas*, en Pérez Gilhou y otros, *Atribuciones del Presidente argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 406.
11. *Fallos* 316:507, considerando 9°.
12. *Fallos* 313:1392, considerandos 7° y 8° del voto de los jueces Petracchi y Oyhanarte, con cita del dictamen del Procurador General en *Fallos*: 220:730.

13. Zaffaroni, ob. cit., p. 889.
14. Dictamen del Procurador General Aldo Luis Montesano Rebon en *Fallos*: 314:1440. En este caso, la CSN no se pronunció sobre el fondo porque tuvo por desistido el recurso interpuesto. Recientemente, en similar sentido, se ha manifestado la CFCC, Córdoba, Sala A, causa “Horacio Verbitsky s/Inc. de nulidad e inconstitucionalidad”, del 26/10/2005, en Suplemento Constitucional, *La Ley*, 10/03/2006, pp. 38 y ss..
15. Fierro, ob. cit., pp. 168 y ss.. Lo que hace a la exigencia o no de que la persona beneficiada haya sido condena por sentencia firme y su posibilidad de control, serán tratados más adelante.
16. Zaffaroni, ob. cit., pp. 889/890. Coincidentemente, Gil Domínguez, Andrés, *Constitución y Derechos Humanos. Las normas del olvido en la República Argentina*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 60.
17. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires., 1966, pp. 703 y ss..
18. *Fallos* 308:1298, considerando 11° del voto en disidencia de los jueces Belluscio y Bacqué y considerando 5° del voto de la mayoría. También se puede ver esa diferenciación en *Fallos* 165:211; 286:59 (en cuanto a las consecuencias, en cada caso, para la reincidencia) y en el dictamen del Procurador Fiscal en 316:832 (en lo que se refiere a las penas accesorias y las sanciones disciplinarias).
19. En sentido similar, ver Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 349/350. Críticamente, esto es lo que Bidart Campos denomina “decreto sábana”, ob. cit., p. 278. Ver también, del mismo autor, *Otra vez el indulto ante la Corte (y la Corte “indulta” al Presidente que indulta...)*, *El Derecho*, T. 150, 1993, Buenos Aires, pp. 488/489 (nota al caso “Aquino”, publicado también en *Fallos*: 315:2421).
20. *Fallos*: 313:1392, considerando 5° y 6° del voto de los jueces Petracchi y Oyhanarte.
21. En CFCC, Sala I, causa “Suárez Mason, Guillermo y otros s/inconstitucionalidad decretos 1002/89 y 2746/90” (resuelta el 01/04/2005, reg. 228) se hizo mención, al analizar el decreto n° 1002/89, que la circunstancia de presentar fundamentos de absoluta generalidad, sin referencia a situaciones concretas de inequidad, lo convertía en una verdadera amnistía (en *La Ley*, 2005-C, p. 64).
22. *Fallos* 6:227.
23. *Fallos* 136:244.
24. Para un estudio analítico de los fallos de la CSN, ver Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, 1° edición, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2005, pp. 269 y ss..
25. *Fallos* 313:1392, considerando 20° del voto de la minoría.
26. *Fallos* 313:1392, considerando 11° del voto de la minoría. Puntualmente, los jueces sostuvieron que “este es uno de los supuestos en que, por encima de lo que ‘las palabras

dicen literalmente', se hace preciso averiguar lo que en verdad 'dicen jurídicamente' (Fallos 300:417 y sus citas)".

27. Fallos 313:1392, considerando 22° del voto de la minoría.
28. Fallos 315:2421.
29. Recientemente volvió a la CSN el caso "Aquino", en virtud de un recurso que, interpuesto por el Fiscal ante la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, fue mantenido por el Procurador General a fin de lograr una revisión del criterio sentado en aquel precedente en atención a la nueva composición del tribunal. Sin embargo, se entendió que la decisión adoptada en el fallo "Aquino", impedía que se pronunciara una nueva sentencia sobre el mismo planteo "puesto que con ello no sólo se desconoció la obligatoriedad del fallo de esta Corte y los límites a que estaba sujeta la jurisdicción del a quo [...], sino que se afectó la cosa juzgada emanada de esa decisión[...]" (Fallos 323:2648, considerando 6°). En similar sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, en oportunidad de rever la constitucionalidad del decreto 1002/89 con posterioridad al precedente "Riveros" –ya citado–, desechó tal posibilidad, al entender que la operatividad que el indulto tuvo en su momento, en el que intervinieron en forma independiente el Poder Ejecutivo con su dictado y el Judicial al receptorlo y aplicarlo, habían originado con los alcances de la cosa juzgada, un derecho concreto y personal para el individuo que no podía ser desconocido (CFCC, San Martín, Sala I, "Riveros, Santiago O.", rta. 3/2/2005 en LLBA 2005 –junio–, 586 y J.A., 20/04/2005, p. 44).
30. CFCC, causa n° 450 "Suárez Mason", del 13/11/1989. El voto analiza también lo que considera como "consecuencias indeseadas" que generaría el dictado de esta clase de indultos. Entre ellas se mencionan las derivaciones en orden a la reincidencia, la reparación civil y el destino de los efectos secuestrados.
31. CFCC, Sala I, "Suárez Mason" del 01/4/2005 (ya citada). Al momento de resolver sobre el tema, la Sala II del mismo Tribunal –tras revisar la doctrina de la CSN en cuanto a la posibilidad de indultar a personas procesadas– explicó que "*la inclusión en nuestra Carta Magna con rango constitucional de los Tratados y Pactos de Derechos Humanos, resulta determinante para la dilucidación del caso y torna irrelevante la posición que los suscriptos pudieran haber asumido en el marco de aquella discusión*" ("Vañek, Antonio y otros", del 8/7/2005, en DJ 20/12/2005, La Ley, Suplemento Penal 2005 -noviembre-, p. 55).
32. Causa "Verbitsky", ya citada, del 26/10/2005.
33. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 276 y ss.; Fierro, Guillermo J., ob. cit., p. 203 (con enumeración de doctrinarios constitucionalistas); Gil Domínguez, Andrés, ob. cit., pp. 57 y ss.; González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina 1853-1860*, pp. 540/7; Estrada, José Manuel, *Nociones de derecho público y administrativo*, p. 59; González Calderón, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, T. 3, p. 380; Montes de Oca, C., *Introducción general al estudio del derecho*, T. II, p. 309; Linares Quintana, Segundo V, *Tratado de la Ciencia del Derecho*

- Constitucional*, Tomo IX, ed. Alfa, p. 358; Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional*, ed. Coop. Derecho y Ciencias Sociales, pp. 712/714; Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, ed. La Ley, Bs.As., 2005, p. 856, entre otros, y penalistas como Tejedor, Carlos, *Curso de derecho criminal*, P. I Leyes de Fondo, 1871 n° 166; Obarrio, Manuel, *Curso de derecho penal*, p. 322; Moreno, Rodolfo (h.), *El Código penal y sus antecedentes*, T. 3, p. 206; Soler; Sebastián, *Derecho penal argentino*, T. II, TEA, p. 462; Núñez, Ricardo, *Las disposiciones generales del Código Penal*, ed. Marcos Lerner, Editora Córdoba, 1988, pp. 305 y ss.; Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, 2° ed., Astrea, Bs. As., p. 482; Oderigo, Mario A.; *Código Penal anotado*, Depalma, 3° edición, Bs. As., 1962, p. 91 (con cita de Gómez, E.; *Tratado de derecho penal*, I, Bs. As., 1939, p. 687; Díaz, E.C.; *El Código Penal para la República Argentina*, Bs. As., 1928, p. 126; Ramos, J.P.; *Curso de derecho penal*, Bs. As., 1927-1928, p. 435; Moreno, R. (h.); *El Código Penal y sus antecedentes*, Bs. As., 1923, p. 210; González Roura, O.; *Derecho Penal*, Bs. As., 1925, p. 300 y Malagarriga C.; *Código Penal argentino*, Bs. As., 1927, p. 429), Dayenoff, David E.; *Código Penal comentado*, AZ Editora, Bs. As., 1992, p. 141 y Sancinetti, Marcelo, ob. cit., pp. 346 y ss.
34. Ver, en este sentido, Bidart Campos (ob. cit., p. 276 y *El derecho a la presunción de inocencia y su violación por el indulto anticipado*, J.A., 1958-II, abril-junio, pp. 557/59); Pizzolo, Calogero (*Los indultos que no fueron*, La Ley, 2005-C, p. 63), entre otros. Para Lefevre (op. cit.) la violación deriva de que los indultos no pueden ser rechazados por el particular que se ve impedido de invalidar una norma de derecho u orden competente dada por el Estado a través del órgano respectivo.
35. *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2003, 2° edición, p. 852. En su obra anterior, el autor ya se manifestaba a favor del dictado de indultos a procesados. Tomaba los argumentos del fallo “Ibañez” en cuanto a la inexistencia de diferenciación entre pena impuesta y conminada, y los de Rafael Bielsa en referencia a que el indulto podía tener como objetivo no sólo evitar las consecuencias del rigor de la ley penal, sino también las de la procesal. También excluía la validez de la objeción fundada en que el indulto a procesados puede afectar el derecho de defensa y el principio de inocencia del beneficiado al entender que, en todo caso, esta tensión “no nos lleva a afirmar que es inadmisibles el indulto al procesado, sino que revela que el indulto puede ser impugnado judicialmente por el procesado cuando considere que afecta su derecho de defensa. De lo contrario, la defensa deja de ser un derecho y se convierte en un deber para el procesado.” (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. V, Ediar, Buenos Aires, 1983, pp. 46/9).
36. *Idem*, p. 852.
37. *Idem*, p. 853. Aclara, consecuentemente, que desde el indulto el procesado no podría estar sometido a prisión preventiva y, en caso de que el proceso concluya con la prueba y la declaración de la existencia del delito y de la autoría o participación del indultado, tampoco podría ejecutarse la pena.
38. Debe dejarse a salvo, claro está, la posibilidad de que las amnistías y los indultos a con-

denados sean actos violatorios del principio de división de poderes. En tal caso, este último análisis relativo no tiene sentido.

39. En *Fallos* 316:507 (Caso “Daleo”) la Corte negó la posibilidad de que el beneficiado rechazara el indulto porque el objetivo no es particular del condenado sino de pacificación de la República. Este argumento, de todos modos, sólo sería esgrimible frente a indultos del tipo de los que analizamos en este trabajo, cuyos motivos responden a cuestiones generales similares a las de las amnistías.
40. CFCC, “Suárez Mason” del 13/11/89 –ya citada–, del voto minoritario de los jueces Cattani y Costa, con cita de Raffaini, Ricardo R. (voz “indulto” en *Enciclopedia Jurídica Ameba*, XV: 589).
41. Caso “Ex parte Garland”, 1867, en el que se interpretaron los alcances del indulto –previsto en el artículo II, secc. 2, cláusula 1° de la constitución estadounidense. Algunos de los que sostienen la tesis amplia se basan en la similitud de nuestra constitución con la norteamericana y en la consecuente posibilidad de trasladar esta interpretación al caso argentino.
42. Julio B.J. Maier se manifiesta en contra de la posibilidad de indultar a procesados. Explica al respecto que “aún aceptando la procedencia histórica de la facultad de indultar del PE (EE.UU.), resulta claro que ella, por la vigencia irrestricta del principio de oportunidad en la persecución penal y por la pertenencia exclusiva de esta persecución al Poder Ejecutivo en el modelo de los EE.UU., no puede ser trasladada, sin más, a un sistema de persecución penal regido por el principio de legalidad como deber, incluso amenazado con pena para su incumplimiento”. A este argumento le agrega el relativo a la prohibición para el Poder Ejecutivo de inmiscuirse en causas pendientes (art. 109 CN). Cfr. *Derecho Procesal Penal*. T. I, Fundamentos, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2° edición, p. 480, nota 21.
43. Más allá de su inaplicabilidad al caso, vale aclarar que el vigente artículo 36 de la Constitución Nacional, introducido mediante la reforma de 1994, expresamente impide que se beneficie con indultos y conmutación de penas a los autores de atentados contra el orden constitucional y el sistema democrático.
44. Normas que antecedieron a esta disposición de nuestra Ley Fundamental evidencian que el delito de traición a la patria constituye, ya desde los orígenes de la organización nacional, una excepción a la facultad del Poder Ejecutivo de conmutar penas. Adviértase, por ejemplo, que la sección tercera del artículo XXVII del Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado (sancionado el 5 de mayo de 1815) establecía que tanto la suspensión de la ejecución de la pena capital, como el perdón o la conmutación son prerrogativas que no podía ejercer el Poder Ejecutivo con los delincuentes de traición a la patria y demás delitos exceptuados. Específicamente, en el capítulo (I) concerniente a las facultades del Director del Estado, este artículo rezaba: “Tendrá facultad de suspender las ejecuciones capitales ordenadas, y conceder perdón o conmu-

tación en el día del Aniversario de la Libertad del estado, o con ocasión de algún insigne acontecimiento que le añada nuevas glorias; pero esta prerrogativa no la podrá ejercer con los delincuentes de traición a la patria, y demás delitos exceptuados”. Este estatuto fue dictado por la Junta de Observación designada por el Cabildo de Buenos Aires y, entre otras prescripciones de trascendencia, establecía que el Director del Estado invitaría a todas las *Ciudades y Villas de las Provincias Interiores* a la elección de diputados (uno cada quince mil ciudadanos) para la formación de un Cabildo General en la ciudad de Tucumán.

45. *Fallos* 234:16, del 8/2/1956.
46. A través de ambas normas se amnistiaba a un conjunto de legisladores a los que se les imputaba la comisión del delito de traición a la patria por la presunta concesión de la suma del poder público al presidente Juan D. Perón. La ley 14.296 había sido dictada con anterioridad a la “Revolución Libertadora”, mientras que el decreto ley fue sancionado durante el gobierno de facto de Lonardi.
47. Ouviaña, Guillermo J., *Principio penal de certeza y división de poderes, en el ejercicio de la atribución presidencial del indulto*, La Ley, 1990-A, pp. 864/875.
48. En este sentido, Marcelo Sancinetti explica que “el argumento de que un órgano no podría amnistiarse a sí mismo –principio que por más razonable que parezca debería ser fundamentado en consideraciones morales o de derecho natural– en todo caso valdría en supuestos de *identidad del ‘funcionario-persona’*, no para la mera identidad del ‘funcionario órgano’. Así, como un juez no puede absolverse a sí mismo por prevaricación, pero sí puede ser absuelto por otro juez, y un presidente de la Nación no puede indultarse a sí mismo por ningún delito, aunque sí podría ser indultado por otro presidente, etcétera” (ob. cit., p. 279).
49. Ver, *supra*, transcripción del dictamen del Procurador General de la Nación en *Fallos* 234:16.
50. Tras su derrocamiento en 1955, Perón también resultó imputado de traición a la patria por el presunto ejercicio de la suma del poder público. Durante el gobierno de Frondizi se dictó una amplia ley de amnistía (14.436), que fue invocada por el ex presidente para ser sobreseído.
51. *Fallos* 247:387, considerandos 1° y 5°.
52. Tal como antes dijéramos, este análisis prescinde del nuevo artículo 36 de la Constitución Nacional –que amplía el ámbito de lo prohibido por el delito de traición a la patria– dado que no existía al momento del dictado de los decretos en estudio.
53. “Así como no tendría ningún sentido prohibirle al Congreso conceder el poder, pero permitirle amnistiar esa concesión, mucho menos sentido tendría decir que el Congreso no pudiera amnistiar la traición suya consistente en conceder un poder despótico, pero sí amnistiar al que ejerció el poder concedido, y esto, con independencia de que se considere que también éste es traidor” (Sancinetti, Marcelo A., *Observaciones sobre las leyes argentinas de impunidad y el artículo 29 de la Constitución Nacional*, Cuadernos

- de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año IX, n° 16, pp. 49/68.
54. Explica Sancinetti que “de resultas de la doctrina de *Fallos*, 234:16 y de la de *Fallos*, 247:387, los delitos cometidos como derivación del ejercicio de la suma del poder público –por los que ‘*la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna*’ (art. 29, Const. Nacional)– son insusceptibles de amnistía. Y si el Congreso Nacional no puede amnistiar tales hechos por el *contenido material* de los hechos mismos, entonces, mucho menos podrá indultarlos el Poder Ejecutivo. Este, en efecto, no podrá indultar ni la concesión de la suma del poder público concretada por legisladores, ni los delitos cometidos por el Ejecutivo en el ejercicio de tal poder proscrito [...]. En pocas palabras: se trata de hechos que no admiten la posibilidad de amnistía ni de indulto” (ob. cit, pp. 282/3, resaltado original).
 55. CFCC, Sala I, causa n° 18.057, “Fernández, Marino A. y Argemi, Raúl s/tenencia de arma de guerra”, del 4 de octubre de 1984 (voto del juez Gil Lavedra).
 56. *Fallos* 309:1689, del considerando 6° del voto conjunto de los jueces Petracchi y Bacqué, en la “Causa 13/84”.
 57. También podría formularse esta idea diciendo que se protege la división de poderes como forma indirecta de evitar los avasallamientos propios de toda concentración de poder. En cualquier caso, lo cierto es que hay elementos para suponer que la intangibilidad de ese principio no fue el fin último que el constituyente tuvo en miras cuando dispuso esta prohibición.
 58. En contra de esta postura, el juez Fayt parece identificar el ámbito de lo prohibido por el tipo del artículo 29 de la Constitución y la materia no expuesta a indultos o amnistías. En efecto, para fundar la idea de que puede ser amnistiado el ejercicio de un poder omnímodo asumido directamente por el Poder Ejecutivo, expresó que este supuesto no se encuentra abarcado por la prohibición del artículo 29 (CSN, S.1767 XXXVIII, “Simón, Julio Héctor y otros s/priv. Ilegítima de la libertad, etc.” –causa n° 17.768–, resuelta el 14/6/05, considerando 89°). Señaló, respecto del último golpe militar, que “las usurpaciones militares del poder político no pueden subsumirse en ninguna de esas dos figuras [se refiere a la concesión de supremacías y al ejercicio de esas supremacías concedidas que, de acuerdo a su criterio, son los únicos actos que integran la materia de prohibición de esta cláusula constitucional]. Prueba de la laguna existente en esa materia es la incorporación del art. 36 en la reforma de 1994. Allí se previó la misma sanción que la del artículo 29 para quienes realicen actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, pero de ningún modo identifica las dos situaciones. En ese caso no hubiera sido necesaria la incorporación”.
 59. Las siguientes afirmaciones se efectúan sobre la base de los datos que surgen de la sentencia de la causa 13/84 de la CFCC (ver nota anterior). Del mismo modo, se tienen en cuenta los informes elaborados por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) –emitido el 20/9/1984– y por la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos (CIDH) como organismo de la Organización de Estados Americanos (OEA) –aprobado el 11/4/1980–.

60. Si bien esto ocurrió, mayoritariamente, en sus respectivos domicilios, se produjeron detenciones en la vía pública, en lugares de trabajo, etcétera.
61. Informe de la CIDH, capítulo III, B, c. Consultar en www.cidh.org/countryrep/Argentina8osp.
62. Con un cinismo inusitado, las autoridades militares explicaban estas *desapariciones* aduciendo que a) las personas morían en enfrentamientos armados y que los cadáveres resultantes no podían ser identificados, b) las personas abandonaban el país clandestinamente, c) las personas eran ejecutadas por grupos subversivos por ser desertores y d) las personas se encuentran en la clandestinidad (informe de la CIDH –antes citado– capítulo III, E, b, 5).
63. En este mismo sentido, ver CFCC, Sala I, causa n° 36.253 “Crespi, Jorge Raúl y otros s/ falta de acción y nulidad”, reg. 670, del 13 de julio de 2004 (en *La Ley*, 2005-A, p. 159).
64. Esto último no debe confundirse con la idea de que los hechos cometidos durante la última dictadura militar constituyeron, a su vez, crímenes de lesa humanidad –circunstancia cuyo análisis tomará principal trascendencia en el próximo apartado–. En efecto, en lo que respecta al análisis recientemente efectuado, debe decirse que los sucesos ilícitos que se le imputaban a las personas indultadas son imperdonables por representar el ejercicio de un poder omnímodo que dejó a merced de los dictadores valores fundamentales que protege nuestra Constitución. El siguiente ejemplo puede dejar en evidencia los riesgos de tal confusión. Si el plan criminal implementado por la última dictadura militar se hubiera limitado a atentar contra la propiedad de las personas –articulando, por ejemplo, un sistema ilegal de expropiación de bienes de opositores políticos–, tampoco sería posible amnistiar o indultar ese tipo de delitos (según el artículo 29 de la Constitución Nacional) si bien difícilmente pueda darse a esos acontecimientos carácter de crímenes de lesa humanidad. Dicho en otros términos: si bien el conjunto de casos cuya naturaleza define el artículo 29 de la Constitución y el correspondiente a los crímenes de lesa humanidad pueden superponerse en gran medida, no es correcto identificar a ambas categorías de supuestos.
65. En su cuarta acepción, según el diccionario de la lengua española –vigésima segunda edición– de la Real Academia Española (consultar en www.rae.es).
66. Según el Preámbulo de la Constitución Nacional esta cláusula debería proteger también la vida, el honor y la fortuna de todos los hombres del mundo que habiten en el suelo argentino.
67. CSN, S.1767 XXXVIII, “Simón, Julio Héctor y otros s/priv. Ilegítima de la libertad, etc.” –causa n° 17.768–, resuelta el 14/6/05, voto del Procurador General Nicolás Eduardo Becerra, pto. VI, C.
68. En el fallo “Simón” el juez Zaffaroni manifestó que el artículo 29 constitucional es un

caso de *delito constitucionalizado* y su integración analógica siempre es violatoria del art. 18 de la misma Constitución. Los riesgos de tal analogía, expresó textualmente, son que “una mayoría parlamentaria coyuntural podría imponer la responsabilidad y la pena correspondientes a los *infames traidores a la Patria* a cualquier opositor”. Consecuentemente, con la prohibición de analogía que propuso sostuvo que las amnistías otorgadas por el Congreso Nacional a través de las leyes de “Obediencia debida” y “Punto final” configuran una hipótesis no contemplada por el texto del artículo 29 de la Constitución Nacional. Sancinetti, por su parte, entiende que “dado que a este respecto no están en juego los límites de una prohibición penal, sino las facultades constitucionales de un órgano para eximir de los efectos de la aplicación de la ley penal (“amnistiar”), es legítima toda interpretación, incluso analógica, para establecer la influencia del artículo 29 de la Const. Nacional respecto de la competencia deparada al Congreso por el artículo 67, inc. 17 del mismo cuerpo normativo (actual art. 75, inc. 20, Const. Nacional)” (ob. cit. p. 278). Por nuestra parte, ya hemos efectuado la diferencia entre las acciones que abarca el delito de traición a la patria que prescribe el artículo 29 de la Constitución y las conductas no susceptibles de indultos o amnistías según la misma norma (punto IV. 1)

69. El juez Fayt, en su voto del fallo “Simón”, afirma que los militares de rango inferior, habida cuenta de su subordinación, no detentaron la suma del poder. Por ello no los encuentra alcanzados por el artículo 29 de la Constitución Nacional. Textualmente expresa “lo que seguro escapa al objeto de protección de la norma son aquellos sujetos que no asumieron la suma del poder público” (considerando 89). Quizás el problema pase, nuevamente, por suponer que impedir el indulto de los subordinados importa calificarlos como traidores a la patria. Las conclusiones a las que corresponde arribar, en este punto, se ciñen a afirmar que: las personas indultadas eran militares subordinados que habrían cometido delitos (tales como homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, etc.) ejerciendo *facultades extraordinarias* avaladas por quienes detentaban la suma del poder público. Su perdón, consecuentemente, contraría las prescripciones del artículo 29 de la Constitución.
70. En el dictamen que antecede al fallo “Simón”, el Procurador General Nicolás Becerra afirma, a la hora 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 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 [...] Esta línea de política criminal es consecuente con la tesitura que he venido sosteniendo desde este Ministerio Público Fiscal en cada oportunidad que me ha tocado dictaminar sobre la materia (cf. dictámenes en Fallos: 322:2896; 323:2035; 324:232; 324:1683, y en los expedientes A 80 L. XXXV ‘Engel, Débora y otro s/hábeas data’, del 10/3/99; V 34 L. XXXVI ‘Videla, Jorge R. s/falta de jurisdicción y cosa juzga-

- da', del 14/11/00; V 356 L. XXXVI 'Vázquez Ferrá, Karina s/privación de documento', del 7/5/2001."
71. CSN, *Fallos* 326:2805 (voto del juez Petracchi), 326:4797 (voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni), causa A. 533. XXXVIII "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", del 24/08/2004 y caso "Simón" ya citado, del 14/06/2005 y CFCC, Sala I, causa n° 30.514, "Massera s/excepciones", reg. 742, del 9 de septiembre de 1999; causa n° 33714 "Videla, Jorge R. s/procesamiento", reg. 489, del 23 de mayo de 2002, "Crespi" ya citada; Sala II, causa n° 17.889, del 9 de noviembre de 2001, reg. 19.192 y sus citas, entre otras.
 72. Ambos, Kai, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Ad Hoc, Buenos Aires, segunda edición, 1999, pp. 79 y ss.
 73. La doctrina fue expuesta a partir del caso "Miguel Ángel Ekmekdjian c. Gerardo Sofovich" (*Fallos* 315:1492) y con posterioridad fue reiterada in re "Fibra Constructora SCA. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" (*Fallos* 316:1669), "Hagelin, Ragnar v. Poder Ejecutivo Nacional sobre juicio de conocimiento" (*Fallos* 316:3176) y "Cafés La Virginia SA. sobre apelación (por denegación de repetición)" (*Fallos* 317:1282). "La doctrina que se deriva del fallo [Ekmekdjian] 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 esta norma prevé que '(u)na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado'" (Fallo "Simón", voto del juez Fayt, considerando 51°). Pueden consultarse distintos estudios sobre el tema en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Compiladores Martín Abregú y Christian Curtis, Cels, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 77/157.
 74. Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por el Congreso Nacional el 1° de marzo de 1984 mediante la ley 23.054, en adelante CADH.
 75. Estas obligaciones de respeto y garantía fueron interpretadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en numerosos casos (detallados en CFCC, Sala I, "Crespi" y "Suárez Mason", ya citados): "Godínez Cruz", sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 173; "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29 de julio de 1988; "Caballero Delgado y Santana", sentencia del 8 de diciembre de 1995, párrafo 56; "El Amparo", sentencia del 14 de septiembre de 1996, párrafo 6 del voto del juez Cançado Trinidad; "Loayza Tamayo", sentencia del 17 de septiembre de 1997, punto dispositivo 3, entre otros; Opinión Consultiva 6/86, del 9 de mayo de 1986 "La expresión 'Leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras.
 76. Caso "Velásquez Rodríguez", párrafos 166 y 167.
 77. Caso "Barrios Altos", considerando 41°. Esta afirmación fue reiterada en posteriores pronunciamientos de la Corte IDH, cfr. caso "19 Comerciantes", sentencia del 5 de

julio de 2004, Serie C N° 109 (§§ 175, 262 y ss.); caso “Hermanos Gómez Paquiayauri”, sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C N° 110 (§§ 232 y ss.); caso “Tibi”, sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114 (§ 259 y sus citas); caso “Masacre Plan de Sánchez”, sentencia del 19 de noviembre de 2004, Serie C N° 116 (§§ 95 y ss., esp. § 99); caso “Hermanas Serrano Cruz”, sentencia del 1° de marzo de 2005, Serie C N° 120 (§§ 168 y ss., esp. § 172); caso “Huilca Tecse”, sentencia del 3 de marzo de 2005, Serie C N° 121 (§§ 105 y ss., esp. § 108); citados en CSN, “Simón”, considerando 30° (nota 12) del voto de la mayoría. En el fallo “Simón” el juez Fayt rechazó la posibilidad de postular la inconstitucionalidad de las leyes de “Punto final” y “Obediencia debida” a partir del pronunciamiento de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”, dado que se trata de casos disímiles. Explicó que las normas de uno y otro caso son diferentes no sólo por su origen, sino también por sus efectos. Al respecto dijo que “las normas cuestionadas en ‘Barrios Altos’ se asemejan mucho más a la ... Ley de Pacificación Nacional” que a las leyes de amnistía señaladas (considerando 78°). Sobre un análisis de estas cuestiones, ver Filippini Leonardo, “Tres problemas en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el fallo ‘Simón’”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, marzo 2006, Lexis Nexis, pp. 436/447.

78. Caso “Barrios Altos”, considerando 44°.
79. Ver sentencia del 3 de septiembre de 2001.
80. Caso “Bulacio vs. Argentina”, Sentencia del 18 de septiembre de 2003, párrafos 116 y 117, destacado en el original.
81. CSN, “Simón”, considerando 22° del voto del juez Boggiano, con cita de CIDH, Informe n°19/99, caso n° 10.542 *Pastor Juscamaita Laura, Perú*, 23 de febrero de 1999, párr. 43 y 46; Informe n° 20/99 *Rodolfo Robles Espinoza e hijos, Perú*, del 23 de febrero de 1999, párr. 171, 174 y recomendaciones; Informe n° 136/99 caso n° 10.488 *Ignacio Ella-curúa y otros, El Salvador*, del 22 de diciembre de 1999, párr. 241, recomendación 3; Informe n° 61/01, caso n° 11.771 *Samuel Alfonso Catalán Lincolee, Chile*, 16 de abril de 2001, párr. 96 recomendación 2; Informe n° 1/99 caso n° 10.480 *Lucio Parada Cea y otros, El Salvador*, 27 de enero de 1999.
82. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1966, aprobado por el Congreso de la Nación el 17 de abril de 1986 mediante la ley 23.313, el que entró en vigor para nuestro país el 8 de noviembre de 1986.
83. Ambos, Kai, ob. cit, pp. 69 y ss.
84. Comentario adoptado durante la Reunión 1411 (53 sesión) del 5 de abril de 1995 (ver “Human Rights Committee, Comments on Argentina, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.46 [1995] –en inglés el original–), citado por CSN, en “Simón”, considerando 33° del voto de la mayoría y en CFCC, Sala Ia., “Crespi” y “Suárez Mason”.
85. En “Principales Temas de Preocupación” del mismo documento.
86. En “Sugerencias y Recomendaciones” del mismo documento.

87. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, entró en vigor el 26 de junio de 1987. En la República Argentina fue ratificada por ley 23.338 del 30 de julio de 1986 y el 2 de septiembre de 1986 fue firmado su instrumento de ratificación.
88. Ver “Comunicaciones Nros. 1/1988; 2/1988 y 3/1988”. Citadas por CFCC, Sala I, “Crespi” y “Suárez Mason”.
89. CSN, “Simón”, considerandos 18° y 19° con cita de Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”.
90. Algo que podría controvertir, al menos el alcance, de la obligación no convencional de sancionar a los responsables de crímenes contra la humanidad es el artículo 110 del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (que entró en vigor el 1° de julio de 2002). Éste habilita al Tribunal, en determinados supuestos, a reducir las penas impuestas.
91. Ob. cit., p. 419. En sentido similar, Sancinetti, Marcelo A., *Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial*, Lerner Editores, Buenos Aires, 1988, p. 129, –específicamente– nota n° 47.
92. CSN, “Simón”, considerando 25° del voto de la mayoría. Un razonamiento similar, que ya había llevado a ambas Salas de la CFCC a descalificar las leyes mencionadas, sirvió también para declarar la inconstitucionalidad de los decretos de indulto en los precedentes “Suárez Mason” y “Vaňek”. Con posterioridad, la CFCC de la ciudad de Córdoba (en el caso “Verbitsky” –ya citado–), retomó los argumentos de “Simón” en el mismo sentido. En el caso del pronunciamiento en “Vaňek” vale resaltar que se hizo mención a la necesidad de tal solución pues “no corresponde aplicarlas si de tal circunstancia pudiere derivar responsabilidad para el Estado Argentino, por la actividad de, al menos uno de sus poderes soberanos. Así la única vía posible para evitar tal situación la constituye el desconocimiento de la validez del dec. 1002/89”. En similar sentido, se expresó el juez Zaffaroni en “Simón” (considerando 26° de su voto) en referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de “Barrios Altos” que “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 el criterio firmemente asentado respecto del Perú, caso en el que este país, después de serias resistencias, debió allanarse”.

Acerca de las condiciones de detención en los centros clandestinos de detención y el delito de tormentos.

María Saavedra y Clarisa Miranda*

“Entonces por primera vez nos damos cuenta de que nuestra lengua no tiene palabras para expresar esta ofensa, la destrucción de un hombre. En un instante, con intuición casi profética, se nos ha revelado la realidad: hemos llegado al fondo. Más bajo no puede llegarse: una condición humana más miserable no existe, y no puede imaginarse. No tenemos nada nuestro: nos han quitado la ropa, los zapatos, hasta los cabellos; si hablamos no nos escucharán, y si nos escuchasen no nos entenderían. Nos quitarán hasta el nombre: y si queremos conservarlo deberemos encontrar en nosotros la fuerza de obrar de tal manera que, detrás del nombre, algo nuestro, algo de lo que hemos sido, permanezca.

Sabemos que es difícil que alguien pueda entenderlo, y está bien que sea así. Pero pensad cuánto valor, cuánto significado se encierra aún en las más pequeñas de nuestras costumbres cotidianas, en los cien objetos nuestros que el más humilde mendigo posee: un pañuelo, una carta vieja, la foto de una persona querida. Estas cosas son parte de nosotros, casi como miembros de nuestro cuerpo y es impensable que nos veamos privados de ellas, en nuestro mundo, sin que inmediatamente encontremos otras que las sustituyan, otros objetos que son nuestros porque custodian y suscitan nuestros recuerdos.

Imagínalos cuando un hombre a quien, además de a sus personas amadas,

* Abogadas, UBA, integrantes de la Unidad de Asistencia en Causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado, que funciona en el marco de la Fiscalía General de Política Criminal, Servicios Comunitarios y Derechos Humanos, Procuración General de la Nación.

se le quiten la casa, las costumbres, la ropa, todo literalmente todo lo que posee: será un hombre vacío, reducido al sufrimiento y a la necesidad, falto de dignidad y de juicio, porque a quien lo ha perdido todo fácilmente le sucede perderse a sí mismo; hasta tal punto que se podrá decidir sin remordimiento su vida o su muerte prescindiendo de cualquier sentimiento de afinidad humana; en el caso más afortunado, apoyándose meramente en la valoración de su utilidad. Comprenderéis ahora el doble significado del término ‘Campo de aniquilación’ y veréis claramente lo que queremos decir con esta frase: yacer en el fondo.”

Primo Levi**

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objeto reflexionar acerca de una reciente reinterpretación jurídica de ciertos hechos ocurridos en el marco de la última dictadura militar que tuvo lugar en Argentina entre los años 1976 y 1983.

Culminado este oscuro período en la vida política de nuestro país, se iniciaron investigaciones en el seno del Poder Judicial con motivo de numerosas denuncias –que en su momento fueron silenciadas por este mismo poder– respecto de desapariciones forzadas de personas y violaciones de derechos humanos acaecidas durante la dictadura.¹

En este nuevo contexto democrático, el primer proceso en el que el Estado investigó criminalmente hechos de esa naturaleza fue la “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”² (más comúnmente conocida como “causa 13”) que culminó con la condena de cinco ex-comandantes de las juntas militares.

En dicha causa, del mismo modo que en todas las iniciadas con posterioridad, sólo se calificaron como delito de tormentos³ aquellos supuestos en los que se tuvo por acreditada la producción directa y concreta de graves vejaciones físicas mediante métodos paradigmáticos vulgarmente

** Levi, Primo, Si esto es un hombre, Muchnik Editores, año 2005, ps.39/40.

conocidos como de tortura. Así fueron calificados el sometimiento a la picana eléctrica aplicada en distintas partes del cuerpo, el apaleamiento, la producción de quemaduras con agua hirviendo, cigarrillos encendidos u otros elementos calentados “al rojo” como clavos, los distintos tipos de “submarino”, despellejamientos, arrancamiento de uñas, y muchos otros procedimientos espeluznantes.

Sin embargo, en las resoluciones judiciales dictadas hasta el momento –a excepción de tres fallos: uno de fines del año 2004 y dos más recientes⁴– no fueron contemplados como supuestos de tormentos o torturas, las cruentas, inhumanas e indignas condiciones de vida a las que fueron sometidas cada una de las personas –casi sin excepción– que fueron alojadas y encerradas en los “centros clandestinos de detención”. Dicho en otras palabras, a los represores procesados en la actualidad por haber sido hallados penalmente responsables del delito de privación ilegal de la libertad, no se les achaca de ningún modo, su participación, cooperación y responsabilidad en la imposición y mantenimiento de la técnica de represión aplicada a los detenidos a partir de un sistema pergeñado para quebrar la voluntad de sus víctimas y anular su personalidad, masacrándolas física, emocional y espiritualmente.

Por tal motivo, resulta ineludible trabajar esta cuestión en profundidad en pos de que esta falencia sea saneada, o por lo menos que no se reitere en el futuro en el resto de las causas en las que se están investigando violaciones a los derechos humanos de esta índole, siendo sumamente alentador el dictado de resoluciones como las destacadas con anterioridad.⁵

A tal fin, se expondrán en primer lugar, las condiciones de detención padecidas por todas aquellas personas que estuvieron privadas de su libertad en los centros clandestinos de detención y luego se analizará cómo fue tratada esta cuestión en los procesos judiciales más paradigmáticos. A continuación se indagará acerca de los antecedentes e interpretación del concepto de tortura, tanto en el ámbito legislativo y doctrinario como en el nacional y en el internacional, para finalmente culminar con algunas reflexiones y conclusiones respecto de la posición que consideramos acertada para resolver el problema en análisis.

II. CIRCUNSTANCIAS Y CONDICIONES QUE CARACTERIZARON LAS PRIVACIONES ILEGALES DE LA LIBERTAD IMPUTADAS

En el marco del aberrante sistema represivo analizado, los centros clandestinos de detención, también denominados “chupaderos”, “pozos”, o lisa y llanamente campos de concentración, constituyeron una pieza fundamental.

Los sufrimientos y condiciones inhumanas de vida a las que fueron sometidas todas aquellas personas víctimas del sistema de represión instalado durante la última dictadura militar han quedado acreditadas en varios procesos penales y, en ese sentido, no puede soslayarse el valor de la labor realizada por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas creada por decreto nro.187/83, con el objeto de esclarecer las desapariciones de personas ocurridas durante ese período.

En 1984, a través del denominado “Informe final”, la CONADEP dio a publicidad el resultado de la investigación realizada, la que determinó calificadamente la metodología aplicada por las fuerzas de seguridad para concretar el plan de represión implementado, que incluía: secuestro, tortura y desaparición de personas.

Las desapariciones comenzaban con el secuestro de las víctimas, las que eran alojadas en alguno de los centros clandestinos de detención montados a tal efecto en la totalidad del territorio del país. Allí eran sometidas a toda clase de humillaciones y tormentos que en numerosos casos escalaron a límites inimaginables.

Conforme se sostiene en el informe de la CONADEP, el primer acto de violencia era ejercido en el domicilio en el momento de la aprehensión con el llamado “tabicamiento”, método que consistía en colocar al sujeto un “tabique” (vendajes, trapos, o ropas de la propia víctima) que le impidiera ver; así era introducido –generalmente a los golpes– en un vehículo que lo trasladaba hasta el lugar de alojamiento, quedando en ese estado durante todo el transcurso de la detención.⁶

Esta particular forma de mantener a los detenidos, de ningún modo fue casual: atendió a privar a la persona de todo contacto con el exterior. Y ese mundo del que era excluida la víctima abarcaba no sólo el ámbito externo

al centro clandestino, sino también uno más cercano, el que va inmediatamente luego del propio cuerpo. Así pues, esta limitación espacial tuvo un doble efecto. Generó sobre quienes se hallaban cautivos una sensación de angustia, desvalimiento y soledad propios de cualquier secuestro, que en este caso fue mayor en virtud de que los autores del delito eran funcionarios estatales; y los agresores contaron con la licencia y la impunidad necesarias para agredir a los prisioneros, quienes hallándose en dicha situación tenían naturalmente restringida la posibilidad de defenderse o más aún, de advertir siquiera la inminencia de los ataques. En este sentido resultan esclarecedores algunos testimonios recogidos en el informe: *“En ‘capucha’ tomo plena conciencia de que el contacto con el mundo exterior no existe. Nada te protege, la soledad es total. Esa sensación de desprotección, aislamiento y miedo es muy difícil de describir. El solo hecho de no poder ver va socavando la moral, disminuyendo la resistencia.”*⁷

Un plus en las consecuencias de esta metodología de impedir la visibilidad fueron, en muchos casos, las lesiones físicas como infecciones oculares (conjuntivitis y agusanamiento) y alteración permanente de los ritmos del sueño.⁸

También resulta ilustrativo destacar las características del espacio físico en el que eran encerradas las víctimas. Según relata Pilar Calveiro, quien fue secuestrada el 7 de mayo de 1977 y fue mantenida en cautiverio durante un año y medio hasta que recuperó su libertad definitivamente, dos eran los modelos fundamentales de organización física del espacio.⁹

La autora nombrada, quien estuvo alojada en varios centros clandestinos de detención, menciona un sistema de cuchetas, conocido como “cuchas” y otro más convencional de celdas. Las primeras eran pequeños nichos de 80 x 200 cms. de ancho. Allí, los detenidos debían permanecer acostados en pedazos de gomaespuma y podían ser controlados por los guardias con absoluta discrecionalidad pues esas “cuchas” contaban con laterales de sólo 80 cms. de alto y carecían de techo. En cuanto a las celdas refiere que medían 2,50 x 1,50 metros aproximadamente y eran utilizadas para alojar a una o dos personas que eran observadas permanentemente a través de una mirilla ubicada en la puerta.

Tampoco pueden soslayarse las condiciones de higiene y salubridad que rodeaban el hábitat de los detenidos que no alcanzaban el más mínimo estándar de humanidad: vivían rodeados de mugre, sangre, orina y excrementos.

Otra de las particularidades de estas detenciones, que dan una pauta de la magnitud del proceso de deshumanización al que fueron sometidas las víctimas fue la pérdida de la identidad. Ésta se iniciaba con la supresión del nombre y la asignación de un número al que el secuestrado debía responder cada vez que fuera llamado.

Asimismo, los detenidos permanecían esposados, encadenados unos a otros, o con grilletes, con lo cual no sólo tenían limitada la visión (por el tabicamiento) sino también la movilidad. Debían, además, mantener absoluto silencio pues de lo contrario quienes lo quebraban eran cruelmente castigados.

Como califica con atino Pilar Calveiro, silencio, inmovilidad y oscuridad caracterizaron la estadía de esa gente, quienes en algunos casos brindaron testimonios escalofriantes como los de Juan Carlos Scarpati y Graciela Geuna.¹⁰ Describe el primero: *“Este tipo de tratamiento consistía en mantener al prisionero todo el tiempo de su permanencia en el campo, encapuchado, sentado y sin hablar ni moverse. Tal vez esta frase no sirva para graficar lo que significaba en realidad, porque se puede llegar a imaginar que cuando digo todo el tiempo sentado y encapuchado esto es una forma de decir, pero no era así, a los prisioneros se los obligaba a permanecer sentados sin respaldo y en el suelo, es decir sin apoyarse a la pared, desde que se levantaban a las 6 horas, hasta que se acostaban, a las 20 horas, en esa posición, es decir 14 horas. Y cuando digo sin hablar y sin moverse significa exactamente eso, sin hablar, es decir sin pronunciar palabra durante todo el día, y sin moverse, quiere decir sin siquiera girar la cabeza...”*; la víctima mencionada en segundo término confirma estas circunstancias al describir su estadía de este modo: *“No encuentro en mi memoria ninguna imagen de luz. No sabía dónde estaba. Todo era noche y silencio. Silencio sólo interrumpido por los gritos de los prisioneros torturados y los llantos de dolor... También tenía alterado el sentido de la distancia... Vivíamos 70 personas en un recinto de 60 metros de largo, siempre acostados.”*

Otro aspecto que casi necesariamente conduce al observador imparcial a advertir el tormento que constituyó este modo de detención fue el hambre permanente a la que estuvieron sometidos los detenidos. Múltiples testimonios dan cuenta de la inmundicia en la que consistía el alimento que recibían, el que a veces ni siquiera les era brindado por días enteros (metodología por cierto nada diferente a la aplicada por los nazis).¹¹

Por último, resulta ineludible señalar las implicancias de los denominados “traslados”.

Con este eufemismo se identificaba al asesinato y desaparición de los detenidos. Sin embargo, dicho procedimiento que se realizaba de manera encubierta –presuntamente para evitar la resistencia u oposición de los prisioneros seleccionados– en todos los campos fue un método que sugestivamente dejó entrever su finalidad. Por tal razón, es que generaba en los detenidos reacciones absolutamente disímiles. Hubo personas que fueron “trasladadas” munidas de sus cepillos de dientes y otros objetos personales, con el alivio de la creencia ingenua acerca de que el sufrimiento había concluido porque sus detenciones serían legalizadas o serían puestos en libertad, mientras que otros se fueron despidiéndose del resto de sus compañeros con la certeza del arribo del propio final.¹²

La descripción realizada lo es en relación a las reacciones y sentimientos de las víctimas de los traslados, pero el padecimiento de los otros, es decir de aquéllos que se quedaban a la espera de la próxima selección es el elemento que interesa a la hora del análisis del delito objeto de este trabajo: la tensión extrema, la conciencia opresiva del sujeto que se sabe expuesto a ser el próximo elegido, la incertidumbre permanente acerca de la proximidad de la propia muerte.

Más extrema aún fue la sensación para aquellos detenidos que pensaron en la posibilidad de quitarse la vida, cuando al ser descubiertas sus intenciones de suicidio por los represores, fueron privados de esa instancia trágicamente liberadora bajo una omnipotente premisa: *“aquí dentro nadie es dueño de su vida, ni de su muerte. No podrás morirte porque lo quieras. Vas a vivir todo el tiempo que se nos ocurra. Aquí adentro somos Dios.”*¹³

Las condiciones de detención enumeradas se encuentran asentadas también por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos en un informe especial sobre la situación de los derechos humanos en Argentina¹⁴ que plasmó el resultado de la gran cantidad de denuncias recibidas entre los años 1975 y 1979 sobre desaparición forzada.

Este informe alude a tres etapas. La aprehensión o el secuestro, la investigación y la desaparición. Las dos primeras fases resultan ilustrativas en el análisis de la cuestión que nos ocupa.

Estableció que las personas fueron sustraídas del seno de su familia, del trabajo, en la vía pública, por grupos de tareas formados por gran cantidad de personas (entre 6 y 20), que todas ellas se encontraban fuertemente armadas, de un modo desproporcionado en relación a la acción que debían desplegar; y que mediante gritos y amenazas se llevaban a sus víctimas, amedrentando al resto de los presentes (familiares u otros testigos).

Determinó que esos procedimientos en numerosas oportunidades fueron precedidos por cortes de suministro de electricidad y se desarrollaron en horas que van de la noche al amanecer; que los grupos de ataque contaban con numerosos vehículos, la mayoría de las veces no identificados, en los que conducían a los detenidos generalmente a los centros de detención.

Asimismo el informe de la CIDH da cuenta, en una exposición detallada, de los modos, medios y métodos que fueron utilizados por los represores a fin de doblegar la voluntad de las personas detenidas, de modo que además de aportar toda la información que les era requerida –conocida o no por el atormentado–, los detenidos quedaban tan quebrados que permanecieron a merced absoluta de sus victimarios.

Los castigos infligidos, como ya se ha dicho, fueron tanto físicos como psíquicos y morales, y en la mayoría de los casos se prolongaron por varios meses en forma continua, proceso que incluyó, además, lo que se conoce como las sesiones de tortura.

A continuación, pese a lo quizás reiterativo de la enumeración, se transcribe parte de ese informe, en tanto describe con gran exactitud

varios de los mecanismos que fueron utilizados contra las personas damnificadas por estos sucesos:

“Entre esas modalidades, analizadas y escogidas por la Comisión de los muchos testimonios que obran en su poder, figuran: a) Golpizas brutales en perjuicio de los detenidos, que han significado en muchas ocasiones quebradura de huesos y la invalidez parcial; en el caso de mujeres embarazadas la provocación del aborto, y también, según determinadas alegaciones, han coadyuvado a la muerte de algunas personas. Este tipo de palizas han sido proporcionadas con diferentes clases de armas, con los puños, patadas y con instrumentos metálicos de goma, madera o de otra índole... b) El confinamiento en celdas de castigo, por varias semanas, de los detenidos, por motivos triviales, en condiciones de aislamiento desesperante y con la aplicación de baños de agua fría c) La sujeción de los detenidos, maniatados con cadenas, entre otros lugares en los espaldares de camas y en los asientos de los aviones o de los vehículos en que han sido trasladados de un lugar a otro, haciéndolos objeto, en esas condiciones, de toda clase de golpes e improperios d) Simulacros de fusilamiento y en algunos casos el fusilamiento de detenidos en presencia de otros prisioneros... e) La inmersión mediante la modalidad denominada submarino, consistente en que a la víctima se l[a] introduce en la cabeza, cubierta con una capucha de tela, de manera intermitente, en un recipiente de agua, con el objeto de provocarle asfixia al no poder respirar, y obtener de esa forma declaraciones f) La aplicación de picana eléctrica, como método generalizado, sujetándose a la víctima a las partes metálicas de la cama a efecto de que reciba elevados voltajes de electricidad, entre otras zonas del cuerpo, en la cabeza, las sienes, la boca, las manos, las piernas, los pies, los senos y los órganos genitales, con el complemento de mojarles el cuerpo para que se faciliten los impactos de las descargas eléctricas... g) La quemadura de los detenidos con cigarrillos en distintas partes del cuerpo, hasta dejarlos cubiertos de llagas ulcerosas h) La aplicación a los detenidos de alfileres y otros instrumentos punzantes en las uñas de las manos y los pies i) Las amenazas o consumación de violaciones tanto de mujeres como de hombres j) El acorralamiento de los prisioneros con perros bravos entrenados por los captores, hasta llegar al borde del desgarramiento k) El mantenimiento de los detenidos encapuchados por varias semanas acostados y

atados de pies y manos mientras reciben golpes l) La suspensión de los detenidos por horas completamente parados n) La aplicación de drogas a los detenidos, o de suero o inyecciones como consecuencia de las prolongadas torturas cuando han perdido el conocimiento o) El procedimiento de requisa de los presos, que se lleva a cabo en forma minuciosa y con abusos en todas partes del cuerpo, produciendo la consiguiente humillación p) La aplicación del llamado cubo, consistente en la inmersión prolongada de los pies en agua fría y luego en agua caliente.”¹⁵

III. TRATAMIENTO DEL DELITO DE TORMENTOS EN LAS CAUSAS INICIADAS EN NUESTRO PAÍS POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE EL TERRORISMO DE ESTADO

La “causa 13”, pese a todas las críticas de las que puede ser pasible, tiene el mérito de ser el primer expediente en el que se acreditó judicialmente la existencia de una inmensa estructura ilegal organizada por las Fuerzas Armadas cuyo objetivo consistía en llevar adelante un plan clandestino de represión.

A grandes rasgos, en dicha investigación se determinó cómo fue organizado normativa y estratégicamente el territorio del país¹⁶ para que fuerzas militares, policiales y de seguridad, llevaran a cabo un plan de aniquilamiento definitivo.¹⁷

Quedó demostrado también, y así se sostuvo en la sentencia, que existió una mutua colaboración prestada entre las distintas fuerzas durante el desarrollo de las operaciones, que pese a la existencia de un marco normativo, los militares encontraron un modo de proceder que “suponía la secreta derogación de las normas en vigor” y que ello “respondió a planes aprobados y ordenados a sus respectivas fuerzas por los comandantes militares” a la par que dentro del sistema “se otorgó a los cuadros inferiores de las Fuerzas Armadas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran según su información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormentos y

que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio; se concedió por fin una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal (Poder Ejecutivo nacional o justicia), la libertad o, simplemente, la eliminación física.”¹⁸

Asimismo, cuando la Cámara Federal en dicho fallo sostuvo la existencia de una decisión interna y secreta de proscribir las normas vigentes, consideró que esta gravísima determinación respondió al objetivo prioritario de obtener la mayor información posible en la lucha contra las organizaciones guerrilleras.

Esta necesidad es la que según aquella investigación habría sido el motivo que diera lugar al uso de tormentos, tratos inhumanos y/o condiciones de cautiverio inadmisibles en cualquier situación.¹⁹

Por otra parte, dicha causa-madre²⁰ apoyada en la profusa investigación realizada por la CONADEP tuvo por acreditada en la sentencia la utilización por parte de quienes fueron los encargados de reprimir, de un método sistemático, ordenado y diagramado en todos sus detalles, en el que no quedaban situaciones no previstas o libradas al azar.²¹

Ahora bien, pese a que cada una de las condiciones de detención sufridas por las víctimas de esa organización represiva estaba planificada y ocurrió, como se verá más adelante, dentro de un circuito de padecimientos, que por su sistematicidad es obvio que se hallaba cuidadosamente trazado con anterioridad, estas circunstancias fueron tenidas en consideración en la causa como parte de un relato, de la descripción de una situación fáctica y cotidiana de ese sistema, pero no se les asignó una significación jurídica disvaliosa.

Surge del testimonio de cada uno de los detenidos el itinerario completo del trayecto recorrido a partir del momento en que eran privados ilegalmente de su libertad. Y sin perjuicio de que en la sentencia se consignó en forma expresa que se había “acreditado que a gran parte de los cautivos se los sometió a distintos tipos de vejaciones físicas con el propósito de obtener información, en algunos casos, o de quebrar su fuerza de voluntad, en otros, cuando ya no había datos que obtener”, así como también se hizo referencia al “estado de total indefensión en que se en-

contraban las víctimas, estado que les era continuamente recordado (...)”²², a la hora de imputar en concreto estas circunstancias, sólo se incluyeron en la figura de tormentos aquellas conductas paradigmáticamente conocidas como “torturas”.

El resto de las horrorosas situaciones quedó excluido, del mismo modo que los supuestos de las denominadas “torturas psíquicas o psicológicas”, aún cuando hay un consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que éstas últimas constituyen tormentos.

En efecto, los simulacros de fusilamiento, la imposición de hambre permanente, el amedrentamiento o amenazas con animales (perros, ratas u otras alimañas), la sensación de degradación ocasionada por el sometimiento a desnudez pública, los múltiples castigos, la creación de situaciones generadoras de temor constante a recibir golpes, dolores, heridas o lesiones corporales o el padecimiento emocional sufrido a partir de ser testigo del castigo a terceros (tanto de seres queridos como de pares en la misma situación), el aislamiento y el pánico ocasionado por la falta de comunicación con el mundo externo no fueron circunstancias calificadas en esta sentencia como conductas ilícitas.

Esta posición se ha reiterado en la totalidad de las causas por violaciones a los derechos humanos iniciadas hasta ahora, haciendo la salvedad de los fallos mencionados anteriormente. Tampoco esta situación fue percibida como un problema por la doctrina, ni siquiera por aquella que tuvo una posición muy crítica respecto de la sentencia dictada en la “causa 13”.²³

Otra investigación en la que se afirmó la existencia de un sistema operativo organizado por los comandantes de las tres Fuerzas Armadas por el cual se detuvo ilegalmente a gran cantidad de personas, se las alojó clandestinamente, en muchos casos se las interrogó por medio de torturas y se las mantuvo en cautiverio en condiciones de vida y de alojamiento inhumanas fue la denominada “Causa 44”²⁴ en la que se juzgaron los hechos ocurridos en el ámbito de la provincia de Buenos Aires cometidos por personal de la Fuerzas Armadas y de seguridad.

En la sentencia dictada en dicha causa, la Cámara Federal afirmó una vez más la aplicación de un plan criminal llevado a cabo a partir de las órdenes

dictadas por el comandante de la Zona I y, siguiendo la cadena de mandos, por el Jefe de Policía de la Provincia y por el Director General de Investigaciones. Ese plan precisamente consistía en privar de la libertad a quienes se determinó como vinculados a la subversión, mantener a los detenidos bajo circunstancias lesivas a la condición humana, e interrogarlos mediante la aplicación de tormentos, aun cuando para la selección de las personas secuestradas, su trato y su destino final (libertad, disponibilidad a cargo del PEN o muerte) se otorgó una gran discrecionalidad a los cuadros inferiores.

Empero, es necesario destacar ciertos aspectos que la diferencian de la sentencia dictada en la “Causa 13” en relación a la adecuación típica que se atribuyó a los hechos.

En efecto, si bien las agresiones consistentes en aplicación de tortura, asfixia y golpes fueron calificadas como tormentos,²⁵ el Tribunal afirmó que los cautiverios, al haber sido mantenidos en todos los casos en condiciones inhumanas de vida –hechos a los que señaló como independientes de la privación ilegal de la libertad– se encontraban contemplados por la figura de apremios ilegales. Sin embargo, en razón de esa calificación, la acción se hallaba prescripta respecto de esas conductas,²⁶ con lo cual quedaron impunes una vez más.

Por otra parte, en este fallo, a la par que se hizo una mención especial respecto de la dificultad de determinar las diferencias existentes entre la figura de apremios ilegales y la de tormentos, se tuvo en especial consideración una cuestión de índole procesal. Así, se sostuvo que la calificación de tormentos se reservaba para aquellos casos en los que se hubiere indagado a los procesados por la aplicación de torturas físicas o morales individualizadas concretamente por parte del Fiscal de Cámara, desechándose la tesis de la fiscalía de considerar en forma genérica las condiciones de cautiverio como tormentos.

En este sentido, en forma expresa se puso de manifiesto, por un lado, que “La amenaza de tortura, el escuchar durante lapsos prolongados los gritos de quienes estaban siendo atormentados, el relato de vejaciones a personas de íntima relación o la promesa de hacerlo constituyen, a modo de ejemplo, formas de tormento psicológico en un todo asimilables a los

padecimientos físicos derivados de los mecanismos típicamente acreditados en esta causa y en la 13/84 (...)” y, por otro, se aclaró que “Las condiciones de cautiverio, aunque similares en lo general y casi siempre severas, no respondieron a un patrón definidamente único (...)”, razón por la cual y a fin de que quedara asegurado el derecho de defensa resultaba indispensable que tales circunstancias hubieran sido suficientemente descriptas por el fiscal, extremo éste que no había ocurrido en el caso.²⁷

Otra importantísima causa a la que vale hacer mención es la nro. 14.216/03²⁸, que a diferencia de las nombradas con anterioridad, se haya en pleno trámite y fue reabierta en virtud del dictado de la ley 25.779²⁹ que declaró la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. En este proceso en el que se investigan los episodios dependientes del Ier. Cuerpo de Ejército se ha tenido por acreditado que durante la dictadura militar coexistieron dos sistemas jurídicos: uno que cubría formalmente el accionar de las Fuerzas Armadas y otro orden paralelo –básicamente verbal y secreto– relacionado con el tratamiento de las personas sospechosas, que estribaba en detenerlas, mantenerlas ocultas, interrogarlas bajo la aplicación de tormentos a fin de obtener información y si fuera necesario matarlas, hacer desaparecer los cadáveres o simular la ocurrencia de enfrentamientos armados para justificar las muertes.

Y si bien en un principio el tratamiento de la cuestión analizada no había diferido de cómo había sido tratada en otros procesos, lo cierto es que, conforme se adelantara, en estos actuados se dio, por fin, un encuadre legal a todas aquellas circunstancias de detención padecidas por las víctimas del terrorismo de estado.

Este nuevo enfoque, al que consideramos ciertamente correcto, es probable y razonable que se extienda a todas aquellas conductas similares cometidas por otros imputados que tuvieron idénticos roles y responsabilidades en este modo de tortura sistemática aplicada en los centros clandestinos de detención, circunstancia que hasta ahora no fue percibida o por lo menos no fue volcada en los expedientes judiciales de este modo.

IV. LA PROHIBICIÓN DE LA APLICACIÓN DE TORMENTOS EN EL DERECHO NACIONAL

La prohibición de los tormentos aparece declarada ya desde el año 1813 para las Provincias Unidas del Río de la Plata por la Asamblea General Constituyente que ordenó “la prohibición del detestable uso de los tormentos adoptados por una tirana legislación para el esclarecimiento de la verdad e investigación de los crímenes; en cuya virtud serán inutilizados en la Plaza Mayor por mano del verdugo (...) los instrumentos destinados a este efecto.”

Aún cuando esta declaración no tuvo en la práctica, como consecuencia inmediata, el rechazo absoluto de la utilización de tormentos, poco a poco se fue instaurando en la comunidad jurídica el repudio por este tipo de conductas, circunstancia que se ve reflejada en el texto “Bases y puntos de partida para la Organización Política de la República Argentina” de Juan Bautista Alberdi, en el que se sostiene que los tormentos y los castigos deben ser abolidos para siempre y en toda circunstancia.³⁰

De esta forma, con posterioridad, dicha prohibición fue directamente consagrada en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional que en su parte pertinente establece: “Quedan abolidos para siempre (...) toda especie de tormento y azotes”, constituyéndose, en consecuencia, en uno de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Magna.

Sin embargo, este reconocimiento de la prohibición de los tormentos como un derecho fundamental no se vio reflejado en la sanción del Código Penal de 1921 que no preveía el delito de aplicación de torturas. Hasta el año 1958, cuando se sancionó la ley 14.616 que incorporó la figura de tormentos en el artículo 144 ter, la comisión de este tipo de conductas por parte de los funcionarios públicos no se encontraba, en sí misma, penalmente castigada.

El Código Penal de 1921, en el capítulo correspondiente a los delitos contra la libertad, preveía en el artículo 143 diversas conductas restrictivas de la libertad personal que podían ser realizadas por funcionarios públicos, las que estaban sancionadas con la misma escala penal –prisión de un mes a un año–, pese a que se trataba de hechos de distinta gravedad. Entre

los supuestos previstos en el artículo 143 mencionado, en el inciso 5° se establecía el delito del funcionario “que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales, o los colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados para el efecto”.

A la hora de analizar dicho delito, tanto Rodolfo Moreno³¹ como Eusebio Gómez³², en sus respectivas obras, expresamente identificaron este tipo penal con el mandato constitucional que establece que “las cárceles de la Nación son para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y que toda medida que, a pretexto de precaución, conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice” (artículo 18 C.N.), con lo cual es evidente que este tipo penal no se correspondía con la prohibición constitucional de los tormentos. En consecuencia, el mandato constitucional relativo a este tipo de hechos, a diferencia de lo que ocurría con otros derechos fundamentales, no tenía su correspondencia en el derecho penal dado que el código carecía de un delito que en forma específica castigara la aplicación de tormentos.

Ello llevó a que en el año 1958, mediante el dictado de la ley 14.616, se modificaran los artículos 143 y 144 del Código Penal y específicamente se incorporara el artículo 144 ter que establecía que “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie de tormento. El máximo de la pena se elevará hasta quince años si la víctima fuese un perseguido político. Si resultare la muerte de la persona torturada, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años”. Cabe señalar que entre las modificaciones efectuadas también se elevaron las penas para las conductas previstas en el artículo 143, de uno a tres años, y se incorporó el artículo 144 bis, en el que se elevó de un modo considerable –de uno a cinco años– la pena para el funcionario público que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales (inc. 2) o para el que impusiere a los presos que guarde severidades, vejaciones o apremios ilegales (inc. 3).

De los antecedentes de la ley de mención surge que su dictado respon-

dió a la preocupación por los múltiples hechos de tortura, persecuciones, castigos y apremios de los que eran víctimas las personas detenidas y los opositores políticos y el consecuente interés porque vuelvan a tener vigencia las garantías individuales de todos los ciudadanos. En palabras del Senador Weidmann, quien elevó el proyecto a consideración, los múltiples “ataques a la libertad personal en diversos aspectos que hacen a la esencia de los derechos humanos (...) han conmovido a la opinión pública del país y reclamado la atención general, suscitando el interés público en favor de la adopción de severas medidas represivas que, a la vez que castiguen la comisión de tales hechos en forma ejemplarizadora, sirvan de muro de contención para evitar su repetición en lo futuro, en bien del honor nacional y del prestigio de nuestras instituciones jurídicas y políticas, que garantizan y tutelan los derechos inalienables de la personalidad humana.”³³

A la luz de los acontecimientos se produjo una clara conciencia acerca de la gravedad de este tipo de hechos, en particular de las torturas, pero también de toda conducta que constituya un abuso de autoridad y restrinja indebidamente la libertad de las personas o las someta a vejámenes o apremios. Como consecuencia de ello, surgió la necesidad de aumentar las penas por la comisión de estas conductas y, específicamente, incorporar el tipo penal de los tormentos a fin de contar con mayores herramientas para garantizar la vigencia de las garantías que tutelan las libertades individuales y los derechos humanos.

Casi tres décadas después, en octubre de 1984, a raíz de la cantidad y gravedad de los hechos de tortura cometidos durante la última dictadura militar, una nueva enmienda –la ley 23.097– introdujo modificaciones en el tipo penal de tormentos y aumentó su pena en forma considerable (la escala penal que antes era de tres a diez años pasó a ser de ocho a veinticinco años).

Sin perjuicio de esta reforma, por aplicación del principio de legalidad, la descripción típica de la figura de tormentos aplicable a los hechos ocurridos durante la época del terrorismo de estado es la prevista por la ley 14.616 vigente al momento de los hechos, a la que se hará referencia de ahora en más. Cabe recordar que tal como se señalara anteriormente di-

cho tipo penal castiga la conducta del funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie de tormento.

En primer lugar, se debe destacar que si bien el delito en análisis está incluido en el capítulo relativo a los que afectan la libertad individual, éste también atenta contra otros bienes jurídicos, como es la dignidad que tiene toda persona humana y la integridad física y psíquica de las personas.³⁴ En efecto, si bien aparece tipificado junto con los delitos de privación ilegal de la libertad personal en sus distintas variantes, su existencia es en cierta medida independiente de éste, en virtud de que su comisión puede darse en el marco de una legal o ilegal privación de la libertad de la víctima.

En este sentido, al hacer referencia al delito de imposición de vejaciones o apremios ilegales, que en lo que hace a esta cuestión puede asimilarse al de tormentos, Soler expresó que “Nada tiene que ver con la privación misma de la libertad el hecho de imponer al que ya está preso –legal o ilegalmente– vejaciones, apremios o severidades ilegales. Si el autor de éstas es, además autor de la ilegal privación de la libertad, debe responder por las dos infracciones en concurso real.”³⁵ La dignidad que tiene toda persona humana debe ser respetada en todos los casos, incluidos los supuestos de privación de la libertad. Toda persona, aunque esté sujeta a dicha privación, mantiene su dignidad, así como también un residuo de libertad que, en consecuencia, no pueden ser atacadas o acotadas de un modo ilegítimo,³⁶ porque de ser así estaríamos ante una mayor afectación al bien jurídico en juego o a otros bienes jurídicos que se traducirían en la comisión de un delito distinto.

Concretamente respecto del delito en análisis la doctrina ha sostenido que debe entenderse por tormentos toda *imposición de dolores* con el fin de obtener determinadas declaraciones o con otra finalidad distinta; la acción debe implicar el *maltrato material o moral infligido intencionalmente para torturar a la víctima, esto sea con cualquier finalidad*.³⁷ En tal sentido, Soler especifica que “Cuando esa finalidad existe, como simple elemento subjetivo del hecho, muchas acciones que ordinariamente podrían no ser más que vejaciones o apremios, se transforman en torturas. Así la misma incomunicación arbitraria puede llegar a serlo cuando es acompañada de amenazas, promesas o engaños”.³⁸

Este autor también agrega que *“Con todo, y aun siendo ése el caso típico de torturas, al hacer referencia la ley simplemente al acto de imponer cualquier especie de tormento, admite la posible comisión de este delito con independencia de todo propósito probatorio o procesal. En este caso, será necesario distinguir lo que es nada más que una vejación o un apremio de lo que constituye tormento, porque las escalas penales son distintas. En esta última hipótesis la calificación [de tormentos] estará dada por la intensidad y por la presencia de dolor físico o de dolor moral (...)”*.³⁹

Al respecto se debe señalar que al analizar el delito de tormentos, no puede dejar de hacerse referencia al hecho de que en algunos casos, que se ubican en lo que podemos denominar una “zona gris”, puede ser difícil establecer claramente si las conductas encuadran en este delito o en el de vejaciones o apremios, previsto en el artículo 144 bis del C.P. Tal como surge de la cita que antecede, Soler entiende que, en definitiva, la diferencia que va a permitir encuadrar la conducta en uno u otro delito va a ser de grado o intensidad. Y en el mismo sentido, Rafecas expresa que *“allí donde el acto atentatorio de la dignidad haya pasado cierto umbral de intensidad o ensañamiento que lo tornan manifiestamente grave, insoportable a los ojos de la comunidad y de los principios constitucionales que la representan, tal acto encajará sin lugar a dudas en el tipo de torturas del artículo 144 tercero, C.P.”* concluyendo que “su dilucidación, en cada caso en particular, estará en manos del juez, de su criterio y sensibilidad. En definitiva, la denotación de la gravedad de los sufrimientos –o su negación– se habrá de obtener, en muchos casos, apelando a elementos extrajurídicos de naturaleza sustancial (...)”.⁴⁰

Como primera definición, se puede entonces sostener que tortura consiste en toda imposición, a través de cualquier acto, de maltratos, que pueden ser tanto físicos como psíquicos o morales, con una determinada finalidad, que tanto puede ser la de obtener declaraciones o informaciones u otra distinta.

Sin perjuicio de ello, y a fin de poder determinar en forma más completa cuál es el contenido y qué es lo que debe entenderse por la aplicación de “cualquier especie de tormento” resulta necesario también hacer

referencia a qué es lo que en la comunidad jurídica internacional se entiende por tormentos o torturas.

En efecto, la prohibición de la aplicación de torturas además de estar establecida en nuestro código penal está expresamente prevista en distintos instrumentos internacionales y, en consecuencia, resulta útil a los fines de determinar su significado jurídico-penal analizar qué es lo que surge de dichos instrumentos y cómo ha sido entendida por los organismos y tribunales respectivos.

V. LA TORTURA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Dentro de lo que fue el proceso de consolidación del Derecho Penal Internacional iniciado como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, la tortura y los tratos crueles e inhumanos aparecen prohibidos desde un principio y su perpetración a gran escala y de acuerdo a un plan sistemático o preconcebido, por funcionarios públicos y/o con aquiescencia estatal, constituye un crimen de lesa humanidad.

En efecto, si bien en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg la tortura no fue específicamente mencionada en la definición de “crímenes contra la humanidad” establecida en el artículo 6.c), se consideró que igualmente ésta estaba incluida dentro de la expresión “otros actos inhumanos” y luego de ello, en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, cuyo objetivo era juzgar los crímenes cometidos en las cuatro zonas de ocupación que no ingresaron en la competencia del Tribunal de Nuremberg, expresamente se incluyó la tortura como un supuesto de crimen de lesa humanidad (artículo II).⁴¹

Asimismo, la propia “Declaración Universal de Derechos Humanos” (resolución nro. 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948) contemplaba en su artículo 5 que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” del mismo modo que en 1950 lo hacía el “Convenio Europeo de Derechos Humanos” en el artículo 3.

Con posterioridad, esta prohibición fue contemplada expresamente y en forma reiterada en cada uno de los instrumentos internacionales so-

bre derechos civiles y políticos y sobre derechos humanos que surgieron en la segunda mitad del Siglo XX.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, dispone en el artículo 7 que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Luego de ello, la Asamblea General de las Naciones Unidas insistió con la prohibición de la tortura mediante la “Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, adoptada el 9 de diciembre de 1975.

El artículo 1º de dicha declaración establece que *“A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras”*.

El artículo siguiente califica a la tortura y a todo otro trato o pena cruel, inhumana o degradante como “una ofensa a la dignidad humana” que “será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

La declaración asimismo establece que no podrán invocarse circunstancias excepcionales ni ninguna otra emergencia pública para justificar la tortura, que es función del Estado asegurar que esta clase de actos constituyan delitos conforme a la legislación penal y que el funcionario público que aparezca como culpable de la aplicación de torturas sea sometido a un proceso penal (arts. 3, 7 y 10), principios que también se verán reflejados en los instrumentos que surgirán con posterioridad.

Este documento constituye un antecedente de las convenciones que años más tarde se celebraron con relación a la tortura tanto a nivel universal como regional y su definición de la tortura será recogida posteriormente, en términos muy similares, por la “Convención contra la Tortura

y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes,”⁴² adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 (Res. 39/46).

En la Convención se dispone que se considerará tortura “todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia” (art. 1.1).

Frente a cualquier sospecha es preciso advertir que la Convención no creó un crimen nuevo dado que la prohibición de la tortura aparecía ya en varios instrumentos anteriores a su dictado. En este sentido, se expresaron Burgers –presidente del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas en la Convención– y Danelius –redactor de su borrador final–, quienes en su manual acerca de la Convención sobre la tortura (1984) (...) manifestaron que “Muchas personas presumen que el principal objetivo de la Convención es prohibir la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes. Esta presunción no es correcta en cuanto implicaría que la prohibición de estas prácticas está establecida bajo el derecho internacional por la Convención solamente y que la prohibición será obligatoria como una regla del derecho internacional sólo para aquellos estados que se han convertido en partes en la Convención. Por el contrario, la Convención se basa en el reconocimiento de que las prácticas arriba mencionadas ya están prohibidas bajo el derecho internacional. El principal objetivo de la Convención es fortalecer la prohibición existente de tales prácticas mediante una cantidad de medidas de apoyo.”⁴³

A nivel regional, esta prohibición se reafirmó en 1969 al aprobarse la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁴⁴ –Pacto de San José de Costa Rica– cuyo artículo 5 establece que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (5.1) y que

nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (5.2).

Asimismo, también a nivel regional, el 9 de diciembre de 1985 se firmó la “Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,”⁴⁵ que brinda una definición de tortura que en algunos aspectos puede considerarse más amplia que la contenida en los otros instrumentos y, a su vez, recogió principios similares a los contemplados en la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas como la obligación de “prevenir y sancionar la tortura” (art.1) y la obligación de perseguir penalmente los casos de tortura (art. 12).

Así, en el artículo 2 de esta Convención se establece que “se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica (...)”

Como se puede observar, esta definición no especifica que las penas o sufrimientos impuestos deban revestir una determinada gravedad para que se trate de un supuesto de tortura ni tampoco se establece en forma limitativa los fines que debe perseguir el acto para ser considerado tal, dado que puede ser “con cualquier otro fin”. Asimismo, con una precisión mayor a la que aparece en otras definiciones se incluyen expresamente como casos de tortura la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental.

De esta breve reseña se desprende qué es lo que se entiende como tortura en los distintos instrumentos internacionales, así como también surge con claridad que para la época en que se instauró en nuestro país la última dictadura militar, la prohibición de la tortura formaba parte ineludible del derecho imperativo *-ius cogens-* dirigido tanto a los estados como, personalmente, a los funcionarios estatales y, en consecuencia, la práctica oficial de la tortura comprometía la responsabilidad internacio-

nal del estado y la responsabilidad individual de quienes la ejecutaran frente al derecho de gentes (art. 118 CN). Ello, sin perjuicio de los desarrollos posteriores que reafirmaron y reforzaron la prohibición de la tortura y especificaron su sentido y contenido.

VI. LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE TORTURA

Del análisis de las definiciones expuestas hasta el momento acerca del contenido del concepto de tortura, sea la sostenida por la doctrina nacional que incluye en cualquier especie de tormento a “toda aflicción de dolor” con un fin determinado o al “maltrato material o moral infligido intencionalmente para torturar a la víctima”, sea la establecida por los distintos instrumentos mencionados, en cuanto especifican que tortura es “todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de (...)”, surge que el trato y las condiciones a las que fueron sometidas todas las personas que fueron privadas ilegalmente de la libertad y llevadas a los centros clandestinos de detención durante el terrorismo de Estado, no pueden más que entenderse como supuestos de tortura.

A tal fin, resulta esclarecedor analizar la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos⁴⁶ en diversos casos que pueden ser aplicables a los supuestos de hecho en análisis en virtud de que justamente se consideraron las condiciones de detención de las víctimas a los fines de determinar si como consecuencia de dichas condiciones, éstas habían sido sometidas a torturas o a penas o tratos, crueles, inhumanos o degradantes.

En el caso “Velázquez Rodríguez” la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que “el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva (...) representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones

del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal como sigue: 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. (...) Por lo demás, las investigaciones que se han verificado donde ha existido la práctica de desapariciones y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, en violación también al derecho de la integridad física reconocido en el mismo artículo 5 de la Convención”.⁴⁷

Concretamente, en relación con las consecuencias del aislamiento, en el caso “Suárez Rosero” la Corte Interamericana insistió en que “el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles” y concluyó que en el supuesto de hecho analizado “La sola constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior y particularmente con su familia, le permite a la Corte concluir que el señor Suárez Rosero fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes”.⁴⁸

A su vez, en el caso “Loayza Tamayo” la Corte Interamericana sostuvo que “La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta. La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que, aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima (cf. Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A no. 25. párr. 167).” En tal sentido

concluyó que “la incomunicación durante la detención, (...) el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, (...) la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas (...), constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana.”⁵⁰

Asimismo, específicamente respecto de lo que debe entenderse por tortura, en el caso “Cantoral Benavídes” la Corte Interamericana expresó que “Merece destacarse que según las normas internacionales de protección, la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico, psíquico o moral agudo. (...) La jurisprudencia internacional ha ido desarrollando la noción de tortura psicológica. La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que es suficiente el mero peligro de que vaya a cometerse alguna de las conductas prohibidas por el artículo 3 de la Convención Europea [prohibición de la tortura] para que pueda considerarse infringida la mencionada disposición, aunque el riesgo de que se trata debe ser real e inmediato. En concordancia con ello, amenazar a alguien con torturarlo puede constituir, en determinadas circunstancias, por lo menos un “trato inhumano”. Ese mismo Tribunal ha estimado que debe tomarse en cuenta, a efectos de determinar si se ha violado el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia moral. En el marco del examen de comunicaciones individuales, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha calificado la amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física como una “tortura psicológica”. De lo anterior puede concluirse que se ha conformado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura”.⁵¹

Como consecuencia de ello, en el caso de mención, en el que se había dado por probado que el damnificado “fue mantenido (...) bajo aislamiento riguroso, hacinado con otros presos en una celda pequeña, sin ventilación ni luz natural, y que las visitas que podía recibir estaban sumamente restringidas. (...) que la atención médica brindada a la víctima fue muy

deficiente”, “que, además de haber sido incomunicado, y haber sido sometido a condiciones de reclusión muy hostiles y restrictivas, (...) fue en varias ocasiones golpeado y agredido físicamente de otras maneras y que esto le produjo intensos dolores corporales y sufrimientos emocionales”⁵², la Corte concluyó que “Atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos (...) los actos de agresión examinados (...) pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas. Considera también la Corte que dichos actos fueron preparados e infligidos deliberadamente (...) cuando menos con un doble propósito. En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma”.⁵³

Debe señalarse la importancia de este caso por las referencias que se realizan respecto de la noción de tortura psicológica y en virtud de que aquí los hechos fueron calificados como supuestos de tortura, no sólo física sino también psíquica, cuando en casos anteriores, y respecto de las condiciones de detención impuestas a las víctimas, la Corte venía calificando los hechos como tratos crueles, inhumanos o degradantes. En relación con ello, se ha sostenido que este cambio puede haberse correspondido o puede haberse visto influenciado por el hecho de que un año antes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso “Selmouni contra Francia”, sostuvo que “ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas”.⁵⁴

En este mismo sentido, también debe hacerse referencia a lo manifestado por la Corte Interamericana en el caso “Maritza Urrutia”, en el que con cita del caso “Cantoral Benavides” expresó que “la Corte, considera que, de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular, algunos actos de agresión infligidos a una persona pueden calificarse como torturas

psíquicas, particularmente los actos que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma.”⁵⁵

Por último, y con respecto a la distinción entre la tortura y el trato inhumano o degradante, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Luis Lizardo Cabrera” expresó que “En relación a la diferencia conceptual entre el término “tortura” y “trato inhumano o degradante”, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha indicado que el término “tortura” comprende el “trato inhumano” y éste a su vez el de “trato degradante” y que la tortura es un “tratamiento inhumano que tiene un propósito, el de obtener información o confesiones, o infligir castigo y es generalmente una forma agravada de tratamiento inhumano”. Para la Corte Europea de Derechos Humanos el criterio esencial que permite distinguir entre uno y otro concepto “deriva principalmente de la intensidad del sufrimiento infligido”. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura no funda como criterio para definir la tortura la intensidad o grado de sufrimiento físico o mental experimentado por la víctima (...). La Comisión considera que tanto la Convención Americana como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura, le confieren cierta latitud para evaluar si, en vista de su gravedad o intensidad, un hecho o práctica constituye tortura o pena o trato inhumano o degradante. La Comisión considera que la calificación debe hacerse caso a caso, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima.”⁵⁶ Finalmente, la Comisión concluyó que la prolongación del encarcelamiento de la víctima constituía un supuesto de tortura, por las particularidades circunstancias en que se dio, entre las cuales resaltó la severidad que se deriva de la continua incertidumbre sobre su futuro a la que se ha visto sujeto la víctima.

Como se puede observar, en este informe la Comisión sostuvo que los instrumentos regionales de derechos humanos le otorgaban cierto grado

de discrecionalidad al juzgador para determinar si se estaba en presencia de un caso de tortura o en un supuesto de pena o trato inhumano o degradante y que en definitiva la evaluación debía hacerse caso a caso analizando la totalidad de las circunstancias implicadas.

VII. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Teniendo en cuenta la reseña normativa, doctrinaria y jurisprudencial realizada, de la que se desprende cuál es el contenido y la interpretación que se le ha dado al término y al delito de aplicación de tormentos, entendemos que ninguna duda puede haber en cuanto a que las condiciones a las que fueron sujetas las personas privadas ilegalmente de la libertad en los distintos centros clandestinos de detención, implicaron por sí mismas el sometimiento de las víctimas a actos de tortura, tanto física como psíquica.

En efecto, de acuerdo a la descripción efectuada acerca de las circunstancias que rodearon sus cautiverios, se ha acreditado que todas las víctimas fueron objeto de distintos tipos de maltratos, de una intensidad y gravedad importante, y que éstos estaban dirigidos a lograr confesiones, obtener datos, información, intimidar o coaccionar a las víctimas, doblegar su voluntad y su resistencia, a fin de debilitarlas y “quebrarlas” o simplemente causarles dolores y sufrimientos.

Así como la existencia de los centros clandestinos formó parte del plan sistemático de represión instaurado, las condiciones y características en las que se debían llevar a cabo las detenciones de las víctimas y el trato que se les debía proporcionar también formaron parte del plan y estaban orientadas a lograr el objetivo buscado mediante la implementación del terrorismo de estado por parte del aparato de poder.

Como se afirmara anteriormente, todas aquellas personas que resultaron detenidas fueron tabicadas, engrilladas, sometidas a golpes, insultos, humillaciones, amenazas, hacinamiento, largas y cruentas privaciones de alimentos y de atención médica e higiene, obligadas a presenciar hechos de violencia cometidos sobre sus compañeros de cautiverio, seres

queridos o familiares. Las víctimas fueron mantenidas en cautiverio en condiciones de vida y alojamiento inhumanos, aisladas y sin mantener ningún contacto con el mundo exterior, con las graves consecuencias que el aislamiento conlleva, máxime en las condiciones descritas.

A dichas circunstancias, debe sumarse el permanente sentimiento de temor o desasosiego en el que se encontraban los detenidos ante la posibilidad de ser las próximas víctimas de las sesiones de tortura, a no lograr sobrevivir o a ser ejecutados. Estos sentimientos respondían a un riesgo real e inmediato dado que las muertes por la tortura, las ejecuciones y los “traslados” eran constantes y los detenidos tenían conocimiento de que en un gran número de casos el cautiverio culminaba con la muerte.

Por ello, más allá de lo que pueda denominarse específicamente como una “sesión de tortura”, las condiciones generales de detención implicaban de por sí someter a los prisioneros a padecer terribles sufrimientos. Los supuestos en los que las víctimas fueron sujetas a “sesiones de torturas”, no deben hacernos caer en la confusión de restarle importancia a todo el ambiente, en sí mismo brutal e inhumano. Desde el primer momento de la detención los prisioneros perdían el dominio sobre su vida y eran despojados de sus derechos más elementales.

Resulta esclarecedor lo afirmado por Peter Kooijmans, ex-relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en cuanto a que *“la tortura no comienza en las cámaras de tortura de este mundo. Comienza mucho antes; en toda situación donde están ausentes el respeto debido a la dignidad humana de todas las personas y el derecho al reconocimiento a esa dignidad inherente (...)”*.⁵⁷

Es lógico que quien haya estado detenido haga referencia a las “sesiones de tortura” y las conserve impregnadas en su memoria como huella imborrable, pero resulta inconcebible pensar que tortura es nada más lo que ocurría en esas “sesiones”. No se puede negar, a riesgo de pretender naturalizar situaciones de violencia física y moral claramente intolerables, que las condiciones en las que las víctimas fueron mantenidas en cautiverio configuran actos de tortura, que como tales deben ser tipificados.

Al respecto, es posible señalar que si bien un análisis realizado en

forma abstracta y aislada del contexto de algunos de los actos y situaciones a los que fueron sometidas las víctimas podría llevar a pensar que éstos, por sí solos, no alcanzarían a reunir la entidad necesaria para configurar el delito de tormentos –pudiendo constituir en todo caso supuestos de apremios o vejaciones–, lo cierto es que un examen de este tipo acotaría y resultaría ajeno a lo que fue la realidad de estos hechos.

Ello, en virtud de que la sumatoria de cada uno de esos actos –aunque diversos en cada caso– origina un cuadro de una entidad tal, que alcanza e inclusive supera el estándar de gravedad e intensidad necesario que se requiere para configurar el tipo penal de tormentos. En este sentido, al brindar ejemplos de tortura por sufrimientos psíquicos, Rafecas menciona casos que resultan coincidentes con los analizados, como los fusilamientos simulados o la imposición de sufrimientos a personas cercanas en el afecto en presencia de la víctima.⁵⁸

A la misma conclusión se arriba a partir del cotejo de los antecedentes jurisprudenciales antes citados. Al respecto, debe destacarse que si bien en diversos casos resueltos por los tribunales internacionales, la jurisprudencia calificó algunas de las conductas aquí analizadas como trato cruel, inhumano o degradante, ello en nada obsta a la configuración del delito de tormentos previsto en nuestro Código Penal.

La circunstancia de que los instrumentos internacionales diferencien la tortura de los supuestos de trato cruel, inhumano o degradante no implica que nuestro derecho interno deba necesariamente tener reflejada esta diferenciación en dos tipos penales distintos. Al hacer referencia a la imposición de “cualquier especie de tormento”, dada su amplitud, el tipo penal de torturas aplicable incluye, por su gravedad, los supuestos antes mencionados y en consecuencia, la calificación efectuada en los tribunales internacionales no se encuentra reñida, sino que por el contrario se corresponde con la de torturas aquí sostenida.

En el mismo sentido, no puede soslayarse lo manifestado por Susana Albanese en cuanto a que “Los términos empleados por algunos tratados –puntualmente: *“penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*–, de ser interpretados como una forma de graduar determinados comportamientos con

menor pena que la correspondiente a los actos que conforman la tortura, no se compadecerían con el respeto a la dignidad humana. Una pena o un trato cruel es un acto de tortura; una pena o un trato inhumano es un acto de tortura; una pena o un trato degradante es un acto de tortura.”⁵⁹

Por otro lado, antes de finalizar este trabajo, y aun cuando éste no pretende ser un estudio sociológico o político del fenómeno totalitario que tuvo lugar en nuestro país, creemos necesario destacar un aspecto que resulta interesante, aunque quizás, pueda parecer ajeno al análisis jurídico efectuado respecto de la figura de tormentos y su correlación con las condiciones que caracterizaron los cautiverios a los que fueron sometidas las víctimas de la represión en Argentina.

La implementación del sistema concentracionario –que sin dudas coincide con el arribo del nazismo en Alemania– ha tenido como finalidad, siempre, destruir la “resistencia del adversario” según afirma Primo Levi. En esta idea destaca que “para la dirección del campo, el recién llegado era un adversario por definición, fuera cual fuese la etiqueta que tuviera adjudicada, y debía ser abatido pronto, antes de que se convirtiese en ejemplo o en germen de resistencia organizada. En ese sentido los SS tenían ideas muy claras y, bajo este aspecto, hay que interpretar todo el ritual siniestro, distinto de un Lager [en la estructura concentracionaria del régimen nazi así se denominaba a los campos de trabajo] a otro pero el mismo en esencia, que acompañaba el ingreso; las patadas y los puñetazos inmediatos, muchas veces en pleno rostro, la orgía de las órdenes gritadas con cólera real o fingida, el desnudamiento total, el afeitado de las cabezas, las vestiduras andrajosas.”⁶⁰

Sin embargo, cada régimen totalitario trazó una modalidad propia para llevar a cabo su proyecto. En nuestro país, por ejemplo, los militares operaron desde un lugar secreto y clandestino y no modificaron la legislación vigente a fin de “blanquear” la existencia de los centros clandestinos de detención, mientras que los nazis sí contaron con leyes a ese efecto.

Mas, lo que sí han tenido en común estos sistemas es la institucionalización de una burocracia caracterizada por una fuerte organización jerárquica que controló los medios y métodos de acción, su implementación y el reparto de tareas entre sus operadores.

Este fenómeno, al que se ha identificado como “fragmentación”⁶¹ evidencia que su razón de ser respondió a objetivos muy concretos, uno de los cuales fue precisamente lograr la impunidad.

Ello, en virtud de que a través de esta fragmentación se extendían a numerosos partícipes las tareas a desarrollar, a la par que las funciones se desdoblaban en múltiples “labores” relativas a ámbitos específicos, lo cual facilitaba que la responsabilidad se disgregara y que cada ejecutor tuviese una información acotada a su quehacer, generando la sensación de que su participación y en consecuencia su responsabilidad por los hechos era menor o inocua.

Esta modalidad se advierte en la existencia de grupos encargados de secuestrar o “chupar” a las personas, los que en general no tenían conocimiento acerca de los motivos por los cuales eran escogidas sus víctimas; de importantes organizaciones de inteligencia que conseguían y manejaban la información que determinaba el ámbito de acción del primer grupo, y que a su vez encaminaban y dirigían a los partícipes de un tercer equipo que se encargaba de ejecutar las torturas para obtener la información deseada.

Asimismo, en cada centro clandestino de detención había guardias que recibían y controlaban a los detenidos, que carecían de todo tipo de noticia acerca de sus prisioneros, pero que se encontraban aleccionados acerca de que aquéllos eran personajes peligrosos (condición que justificaba entonces el cruel trato otorgado).

Del mismo modo hubo personal a quien se confió la desaparición de las personas y luego de los cadáveres, procedimientos que igualmente fueron desmembrados en etapas, confiadas en algunos casos a funcionarios ajenos a los campos de detención.

Este método de división de tareas escogido por el poder represor también se pergeñó para lograr como en cualquier organización criminal, la atadura de todos los operadores del sistema, “ensuciar las manos” de cada uno de ellos, de manera que éstos no pudieran echarse atrás una vez involucrados.

Desde otro punto de vista, puede advertirse que al diversificar y compartimentar las acciones, aquel poder buscaba al mismo tiempo que

licuar responsabilidades individuales, dificultar la atribución de responsabilidad a la propia institución militar por la generalidad de los delitos cometidos, so pretexto de que se trataron de hechos ejecutados por algunos de sus integrantes o lo que es peor aun, que fueron excesos aislados.

Sobre esta base, es que arribado el fin de estos sistemas totalitarios, sus operadores arrastrados ante la Justicia hacen alarde de haber actuado constreñidos por órdenes superiores o pretendan sostener como burdamente expresó el nazi Eichmann “Ninguna relación tuve con la matanza de judíos. Jamás he matado a un ser humano. Jamás di órdenes de matar a un judío o a una persona no judía. Lo niego rotundamente.”⁶²

Ahora bien, curiosamente, se observa que esta fragmentación implementada con absoluta conciencia por los militares en la organización del sistema represivo a los fines y con el alcance descriptos trascendió dicho ámbito y operó de similar manera en la cabeza del tercero observador que es el juez.

En efecto, en los procesos llevados a cabo hasta la actualidad⁶³, las indignas condiciones de detención a las que fueron sometidas las personas detenidas durante la represión estatal no fueron consideradas como constitutivas del delito de aplicación de tormentos, en atención a que fueron observadas con una mirada defectuosa. Defectuosa por la parcialidad con la que se analizó e interpretó el conjunto de los hechos, en tanto se consideró a cada una de las circunstancias relatadas por las víctimas en forma seccionada e individual. Este particular enfoque fragmentador arrojó como resultado que los fallos existentes carezcan de una percepción global del problema planteado y hayan dejado hechos sin protección, al no advertir ese contenido de disvalor gravísimo, sólo evidenciable con un análisis unificador de todas las circunstancias.

Parece evidente que en atención a este cambio en la percepción de los hechos se han dictado fallos novedosos como los mencionados más arriba, lo que auspicia la esperanza de que el Poder Judicial asuma de una vez y para siempre, que bienes jurídicos tan valiosos como la vida, la integridad física y psíquica de las personas y la dignidad humana deben ser garantizados mediante la sanción y persecución de quienes violan dichos

valores, reconocimiento que en definitiva significa la asunción por parte de los poderes del estado de la responsabilidad histórica que les cupo por los terribles hechos acontecidos en nuestro país.

NOTAS

1. Sin perjuicio de que en el presente trabajo se analiza este específico período –que va del 24 de marzo de 1976 al 10 de diciembre de 1983–, lo cierto es que la aplicación de tormentos por parte de agentes del estado, lamentablemente no fue un procedimiento novedoso. Existió como un método legal en códigos primitivos como en las Siete Partidas de Alfonso El Sabio; y aún luego de que en 1813 quedara abolida la tortura judicial, variadas formas de represión y violencia física encontraron vías de supervivencia con la finalidad de combatir opositores o voces rebeldes a regímenes estatales conservadores y autoritarios –como ocurrió con los anarquistas de fines del S.XIX–. Numerosos autores como el historiador Ricardo Rodríguez Molas en *Historia de la tortura y el orden represivo en la Argentina* (Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1984, p. 93 y ssgtes.) o Pilar Calveiro en *Poder y Desaparición* (Editorial Colihue, Buenos Aires, 2004, p.25) destacan la institucionalización de la tortura como un modo sistemático de respuesta estatal tanto a prisioneros políticos como comunes a partir de la Revolución del 6 de septiembre de 1930. En cuanto a la desaparición de personas, es inevitable el recuerdo de Felipe Vallese, quien tuvo el desdichado honor de ser identificado como el primer desaparecido en la historia argentina, secuestrado el 23 de agosto de 1962 y visto por última vez brutalmente torturado en una comisaría de Villa Adelina. Sin embargo, conforme afirman Eduardo Luis Duhalde –A 40 años, la lectura del crimen, Editorial Punto Crítico, Buenos Aires, 2002, p.11 y ssgtes.– y Roberto Bardini –Requiem por Juan Ingalinella, publicado en Internet en <http://www.elortiba.org/tortura.html>–, el 18 de junio del año 1955, Juan Ingalinella, médico rosarino presidente del Partido Comunista de Santa Fe, fue detenido, torturado y muerto por personal civil de la policía provincial y su cadáver nunca fue hallado.
2. Sentencia publicada en Fallos 309.
3. En todos los casos la significación jurídica consignada fue la prevista y reprimida por el artículo 144 ter primer párrafo del Código Penal, según el texto introducido por la ley 14.616 vigente al momento de ocurrencia de los hechos.
4. El primero de fecha 17 de diciembre de 2004 en el que el juez a cargo del Juzgado Federal nro. 3 de La Plata en la causa nro. 2 del registro de la secretaría especial caratu-

lada “Crous, Félix Pablo s/ Dcia. Comisaría 5ta. La Plata” decretó el procesamiento de Miguel Osvaldo Etchecolatz por su intervención en hechos ocurridos en la Comisaría 5ta. de esa localidad provincial de acuerdo a este novedoso criterio, según el cual las condiciones de detención constituyen el delito de tormentos; el segundo del 25 de agosto de 2005 en que la Cámara Federal de la Plata en la causa “Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/privación ilegal de la libertad, aplicación de tormentos y homicidio calificado” confirmó en el mismo sentido otro procesamiento respecto del imputado mencionado; y el tercero dictado el 20 de octubre de 2005 por el juez Rafecas en la causa nro. 14.216/03 del registro de la Secretaría Nro. 6 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 3, caratulada “Suárez Mason y otros s/ privación ilegal de la libertad” respecto de Samuel Miara, Raúl González, Juan Carlos Avena, Eduardo Kaliniec, Juan Carlos Falcón, Eufemio Jorge Uballes, Gustavo Adolfo Eklund, Luis Donocik, Oscar Augusto Isidro Rolón, Julio Héctor Simón, Roberto Antonio Rosa, Guillermo Víctor Cardozo, Eugenio Pereyra Apestegui, y Juan Antonio del Cerro, a quienes dictó procesamiento por el delito de tormentos en todos aquellos casos en que los imputados fueron responsables de la privación ilegal de la libertad de las víctimas y de su posterior mantenimiento en inhumanas condiciones de detención.

5. Ver nota nro. 4.
6. “Nunca Más”, Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Eudeba 1984, p. 24/6.
7. “Nunca Más”, p. 59/60, testimonio de Lisandro Raúl Cubas (legajo 6974).
8. “Nunca Mas”, p. 61.
9. Calveiro, Pilar, ob. cit., p. 46.
10. Testimonios citados por Calveiro, Pilar, ob.cit, p. 48 y 49.
11. Levi Primo, ob. cit., ps. 100, 115, 126, 127, 133.
12. Calveiro, Pilar, ob.cit., p. 51.
13. Calveiro, Pilar, ob. cit., p. 54.
14. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina, aprobado por la Comisión en su 667° sesión del 49° período de sesiones celebrada el 11 de abril de 1980, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, año 1999. También denominado vulgarmente como “El informe prohibido” ha sido exhaustivamente analizado por Marcelo Sancinetti y Marcelo Ferrante en *El Derecho Penal en la Protección de los Derechos Humanos*, Editorial Hammurabi, año 1999.
15. Informe citado en la nota 14.
16. En este sentido, resultan esclarecedoras las manifestaciones de Horacio Pantaleón Ballester, presidente del CEMIDA, quien prestó declaración testimonial tanto en el juicio a las juntas militares como en la causa actualmente en trámite en el Juzgado Nacional Criminal y Correccional Federal nro. 3, en la que se investiga lo ocurrido en la dictadura en la zona que quedó bajo las órdenes del Comando del Cuerpo de Ejército I. El testigo afir-

mó que durante dicho período se puso en plena vigencia la doctrina de guerra antisubversiva preparada por los franceses para afrontar sus guerras coloniales en Indochina y Argelia, cuadriculando el país en zonas de defensa que se hacían coincidir con las jurisdicciones militares de los cuerpos del ejército. Asimismo afirmó que estos conceptos fueron aprobados por los Estados Unidos y que a través de recomendaciones de la Junta Interamericana de Defensa se logró que todas las naciones de Latinoamérica adoptasen la doctrina francesa de contrainsurgencia. Asimismo Ballester agregó que en la Escuela de las Américas ubicada en la zona del canal de Panamá se impartieron minuciosas instrucciones de detalle respecto inclusive de interrogatorios, torturas, desaparición de personas y similares.

17. Pocos fueron los instrumentos “legales” de los que se valió la dictadura para justificar su accionar, pero hay dos de fundamental importancia dictados por el gobierno constitucional que la precedió. El decreto nro. 261 del 5 de febrero de 1975 por el que se dispuso la “Ejecución de operaciones militares que sean necesarias a efectos de neutralizar y/o aniquilar el accionar de los elementos subversivos...” y posteriormente el decreto nro. 2772 del 6 de octubre del mismo año, que extendió estas acciones a la totalidad del territorio del país, a la vez que incluyó la utilización de los servicios de inteligencia.
18. CSJN, Fallos 309:5, cfr. Capítulo XX, punto 2, ps. 289 y 291.
19. CSJN, Fallos 309:5, cfr. Capítulo XX, punto 2, p. 290.
20. Dicha causa abarcó el análisis de la totalidad de los centros clandestinos de detención descubiertos en la extensión de todo el territorio argentino al momento en que tuviera lugar el juicio a los comandantes, razón por la cual la mayoría de los procesos actualmente en trámite son desprendimientos de ella. Sin embargo cabe destacar que más tarde en el transcurso de los “Juicios por la verdad” se detectó la existencia de dos nuevos centros clandestinos en la localidad de Arana, Provincia de Buenos Aires, del mismo modo que recientemente se descubrió la existencia de “La Polaca” en Paso de los Libres, Provincia de Corrientes.
21. Esta afirmación se contraponen a la de quienes bajo un pretendido “análisis objetivo de la situación de hecho”, hacen referencia a la existencia de abusos o extralimitaciones ilegítimas por parte de algunos agentes de la dictadura que simplemente deberían caer bajo la órbita de responsabilidad de su autor directo.
22. CSJN, Fallos 309:5, Capítulo XX, punto 5°, p. 1523 y ssgtes.
23. Marcelo Sancinetti en *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Editorial Lerner Editores y Asociados, Buenos Aires, año 1988, realizó numerosas críticas a cuestiones particulares de la sentencia dictada por la CFCC, pero con respecto a los “tormentos”, su juicio se centró en el “cómputo de los delitos cometidos”. Concretamente, este autor sostuvo que el “tribunal computó el concurso real de los casos de torturas, a razón de un delito por persona torturada, aunque en los resultados tuvo por probado que cada sujeto había sido atormentado varias veces: 2, 3 o más”, conflicto que entendió se debía a un criterio al que califi-

- có de inadmisibile “...de que los diversos delitos de tormentos a una misma persona constituyen una forma de delito continuado, con lo cual se convierte al concurso real, en concurso ideal (...)”.
24. Causa nro. 44 del registro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal caratulada “Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 2 de diciembre de 1986.
 25. Cfr. fallo citado, Capítulo Quinto, punto II en el que se aclara puntualmente que dicha calificación se trata de la efectuada en la causa 13/84.
 26. El delito de apremios ilegales tenía previsto una pena de prisión o reclusión de uno a cinco años (artículo 144 bis inc. 3° según ley 14.616).
 27. Cfr. fallo citado, capítulo quinto, punto 2, párrafos 7 y 8.
 28. Juzgado Nacional Criminal y Correccional Federal nro. 3 a cargo del juez Rafecas.
 29. La validez de esta ley fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad –causa nro. 17.768–”, sentencia del 14 de junio de 2005.
 30. Cfr. Tarrio, Mario y Huarte Petite, Alberto, *Torturas, detenciones y apremios ilegales*, Editorial Lerner, Buenos Aires, 1985, p. 24.
 31. Moreno, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, H.A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923, Tomo IV, p. 380.
 32. Gómez, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Compañía Arg. de Editores, Buenos Aires, 1940, Tomo 3, p. 352.
 33. Debate parlamentario de la ley 14.616, Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, Modificación del artículo 143 del Código Penal, Orden del día número 15.
 34. Rafecas, Daniel, *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, en AA.VV., *Delitos contra la libertad*, Coordinadores: Luis F. Niño y Stella Maris Martínez, Ed. Ad Hoc, 2003, ps. 176/7 y 201.
 35. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, TEA, Bs. As., 1992, p. 52.
 36. Cfr. Tarrio y Huarte Petite, ob. cit., p. 73.
 37. Soler, ob. cit., p. 55 y sig. y Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho penal*, Tomo V, Ed. Bibliográfica Omeba, año 1967, p. 57.
 38. Soler, ob. cit., p. 55.
 39. Soler, ob. cit., p. 55/6.
 40. Rafecas, ob.cit., p. 209.
 41. Cfr. Roberge, Marie-Claude, *Jurisdicción de los tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio*, en “Revista Internacional de la Cruz Roja”, nro. 144, 30/11/97, ps. 695/710, artículo que puede ser consultado en la página del Comité Internacional de la Cruz Roja: <http://www.icrc.org>.
 42. Aprobada por Argentina por ley 23.338 del 30 de julio de 1986.
 43. Cfr. voto de Lord Millet, en “La Reina c/Evans y otro y el Comisionado de Policía de la

- Metrópolis y otros ex parte Pinochet” en LL, Suplemento Especial de Derecho Constitucional, 11/9/2000, p. 107.
44. Aprobada por Argentina por ley 23.054 del 1 de marzo de 1984.
 45. Aprobada por Argentina por ley 23.652 del 29 de septiembre de 1988.
 46. Cabe recordar que en el precedente “Giroldi” la Corte Suprema expresó que la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se comprometió a respetar la Convención Americana sobre Derechos Humanos –a la que se le otorgó jerarquía constitucional– y los derechos reconocidos en esta “en las condiciones de su vigencia” (CSJN, “Giroldi, Horacio David y otros s/recurso de casación –causa 32/93–”, 7 de abril de 1995).
 47. Corte IDH, “Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C n° 4, párrafo 156. Cabe señalar que en los mismos términos que en “Velázquez Rodríguez”, en otros dos casos la Corte volvió a considerar “el aislamiento prolongado y a la incomunicación coactiva” como formas de tratamiento cruel e inhumano. Esto ocurrió en el “Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras”, sentencia de 15 de marzo de 1989, Serie C n° 6, párrafo 149, y en el “Caso Godínez Cruz vs. Honduras”, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C n° 5, párrafo 164.
 48. Corte IDH, “Caso Suárez Rosero vs. Ecuador”, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C n° 35, párrafo 90 y 91. En el mismo sentido se expidió la Corte en el “Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú”, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C n° 52, párrafo 195.
 49. Corte IDH, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (fondo), Serie C n° 33, párrafo 57.
 50. Corte IDH, “Loayza Tamayo”, párrafo 58.
 51. Corte IDH, “Caso Cantoral Benavides vs. Perú”, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C n° 69, párrafo 100/6.
 52. Corte IDH, “Cantoral Benavides”, párrafo 85 y 91.
 53. Corte IDH, “Cantoral Benavides”, párrafo 104.
 54. Ver en este sentido el artículo de Salado Osuna, Ana, “Las sentencias de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos peruanos”, en “Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, nro. 37 Enero-Junio 2003, página 159, con cita del fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “Selmouni contra Francia”, Sentencia de 18 de julio de 1999, Reports 1999-V, párrafo 101.
 55. Corte IDH, “Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala”, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C n° 103, párrafo 93.
 56. CIDH, “Luis Lizardo Cabrera”, caso 10.832, República Dominicana, 7 de abril de 1998, Informe 35/96.
 57. Cita de Waltr Kälin, profesor de derecho internacional en la Universidad de Berna, ex-

relator de la Comisión de Derechos Humanos, en su artículo *La lucha contra la tortura* publicado en la “Revista Internacional de la Cruz Roja”, año 1998, n° 147.

58. Rafecas, ob. cit., p. 210.
59. Albanese, Dalla Via, Gargarella, Hernández, Sabsay, *Derecho Constitucional, Convergencia Interpretativa de los Organos Internacionales de Derechos Humanos*, Editorial Universidad, 2004, p. 208.
60. Levi, Primo, *Los hundidos y los salvados*, Ed. El Aleph Editores, año 2005, tercero y último libro de su trilogía que da cuenta de la experiencia de este autor en los campos de exterminio nazis.
61. A esta manifestación hace referencia Pilar Calveiro en su libro *Poder y desaparición* antes citado.
62. Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén, Un estudio sobre la banalidad del mal*, Ed. Lumen, año 2000, p.41.
63. Salvo los tres fallos a los que se hiciera referencia en la nota nro. 4.

Los delitos del art. 146 del CP a la luz del derecho a la identidad y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Nuria Piñol Sala**

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es comentar diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que contienen algunas afirmaciones acerca de los delitos contenidos en el art. 146 del Código Penal (CP). Esta norma tipifica las conductas del que “sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”. Si bien la interpretación de esa norma se efectúa en los casos que aquí se comentan de modo tangencial, ya sea por vía del análisis de la arbitrariedad, a modo de *obiter dictum*, o resolviendo cuestiones incidentales, pueden derivarse de los fallos algunas pautas útiles para repensar el objeto de tutela de esta figura legal y resolver los problemas que se presentan en torno a ella.

- * La finalización del presente trabajo coincide casualmente con la noticia de la aparición del nieto n° 82, hijo de padres desaparecidos, que ha recuperado su identidad. Espero sinceramente que este comentario pueda ser un aporte para el avance y la resolución de las causas en trámite y para las futuras en los tantos casos que aún hoy esperan que se haga justicia.
- ** Abogada, UBA, integrante de la Unidad de Asistencia en Causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado, que funciona en el marco de la Fiscalía General de Política Criminal, Servicios Comunitarios y Derechos Humanos, Procuración General de la Nación.

La redacción del tipo legal requiere una exégesis particular, en especial, frente a la interpretación que sostienen en los tribunales las defensas de los imputados por estos delitos cometidos en el marco de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el gobierno militar que usurpó el poder constitucional durante 1976-1983. Los imputados plantean reiteradamente que los delitos de ocultación y retención cesarían de cometerse cuando el menor alcanza los 10 años de edad y que, por ello, ese es el momento en que empieza a computarse el plazo de la prescripción de la acción penal porque, se sostiene, alcanzada esa edad, el menor adquiere discernimiento para decidir permanecer o no bajo la custodia de sus apropiadores y, en consecuencia, su libertad no se encuentra afectada.

En este comentario se intentará desvirtuar esta interpretación del tipo penal y se remarcará la importancia de sostener una exégesis adecuada de estos delitos que concuerde con las directrices del derecho internacional de los derechos humanos. Esa interpretación debe partir de analizar cuál es el momento de cesación de los delitos comprendidos en esa norma en función de cuál es el bien jurídico tutelado por ésta y de su carácter de delitos permanentes. Se trata de repensar así los delitos de sustracción, retención y ocultación de menores como ilícitos que tutelan el vínculo con la familia de origen del menor, como parte integrante de la libertad del niño entendida en sentido amplio.

De esta manera, aunque ninguno de los fallos que se reseñan contenga una expresa referencia a ello, se entiende que el tipo penal tutela también el derecho a la identidad, consagrado en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) . Esta interpretación permite concluir que el delito recién termina su momento consumativo una vez que se devela la verdadera identidad del menor y siempre que éste haya cumplido los 10 años de edad, pues por debajo de ese límite se entiende que el niño no puede emitir ningún juicio con discernimiento válido. Así, es recién en ese momento, cuando se le permite al menor restablecer sus vínculos de origen, que cesa la comisión del delito permanente y puede empezar a contarse el plazo de prescripción de la acción penal de conformidad con el art. 63 del CP.

Asimismo, también se planteará otra hipótesis interpretativa que permite analizar estos delitos bajo la óptica de distintos instrumentos internacionales y concluir que éstos resultan imprescriptibles por la aplicación de esas reglas. En efecto, esta hipótesis surge de distintos dictámenes del Procurador General de la Nación y fue acogida a su vez por algunos miembros de la CSJN en sus respectivos votos. De allí se deriva que las conductas prohibidas por la norma *sub examine* coinciden con la “desaparición forzada de personas”, conducta caracterizada en el derecho internacional como “delito contra la humanidad”.

Por último, corresponde aclarar que el carácter de lesa humanidad del delito de desaparición forzada no será objeto de tratamiento en este trabajo, como así tampoco se analizarán los fundamentos que permiten someter a reglas particulares el juzgamiento de esta clase de delitos, reglas que los Estados se obligan a cumplir por imperio del *ius cogens*, pues entiendo que la intensa literatura sobre el punto torna innecesario incurrir en inútiles repeticiones.

Sólo corresponde aquí mencionar que la imprescriptibilidad de estos delitos con independencia de la fecha de comisión, es una de las consecuencias de caracterizar los delitos de sustracción, retención y ocultación de menores como un supuesto más de desaparición forzada y, por ello, como un crimen contra la humanidad. Con relación al principio de imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad vigente desde la conformación de un *ius cogens* en derecho internacional en este sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia ha fallado en esta línea desde el precedente “Priebke”², en otros fallos trascendentes en la materia, “Arancibia Clavel”³ y el reciente “Simón”⁴, a los cuales cabe remitirse en este punto.

II. LA DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO Y EL MOMENTO DE CESACIÓN DE LOS DELITOS DE RETENCIÓN Y OCULTACIÓN

Los tipos penales del art. 146 del CP requieren, como ya se dijo, de una exégesis particular pues no debe estarse a la literalidad estricta del texto

legal, sino que debe hallarse por detrás de ese “tipo legal” un “tipo de interpretación” que tome en cuenta la voluntad del legislador, el bien jurídico tutelado y la coherencia de la legislación interna con la Constitución Nacional en lo que aquí respecta.

El art. 146 está incluido en nuestro Código Penal de la Nación dentro del título V que corresponde a los delitos contra la libertad, sin embargo, esta clasificación respecto del bien jurídico tutelado fue discutida a lo largo del tiempo y de los distintos proyectos de legislación penal nacionales. Así, el Proyecto Tejedor establecía los delitos vinculados a la sustracción de menores en un capítulo especial indicando que el objeto de la ley era la protección de la familia y el mantenimiento de la autoridad paterna.⁵ Tejedor afirma que de lo que se trata en estos delitos es “del robo, de la sustracción de un niño, para quedarse con él, o para hacerle perder las nociones de su origen, la posesión de su real y efectiva existencia (...)”.⁶ El proyecto de 1891 y el de 1906 cambió el sistema pues prescindió del capítulo especial; allí se afirma en la Exposición de Motivos que la edad de 10 años se refería a la falta de consentimiento del niño sustraído. Por su parte, el Proyecto Peco y el de 1960 incluyeron estos delitos en el título de los delitos contra la familia.

Soler explica que la infracción tiene una dilatada tradición jurídica que se vincula al robo de niños en el derecho antiguo español y germánico y que esa manera de considerar el delito llevaba a concebirlo como una derivación o forma del delito de plagio. En esa modalidad delictual, el consentimiento no hacía desaparecer el delito pues el sujeto sustraído era carente de toda voluntad. Por otra parte, si se considera al delito como una privación de la libertad, alguna relevancia debe acordarse a la voluntad de la víctima.

A criterio del autor, nuestra legislación regula un límite por debajo del cual el consentimiento del menor es indiferente, los diez años de edad. Soler afirma que “el bien jurídico aquí tutelado es el de la libertad en aquel sentido genérico propio del plagio, no porque sea necesaria la *reducción* del menor a un estado de servidumbre, sino porque el menor de diez años, efectivamente, se encuentra en una situación de dependencia casi total de otra voluntad, y la ley castiga al que usurpa esa otra volun-

tad”.⁹ De estas palabras se deriva que el delito en análisis constituye un tipo especial y más severo de privación ilegal de la libertad, como una derivación del delito de plagio, que resulta una infracción grave en virtud del complejo de intereses protegidos.¹⁰

En efecto, el bien jurídico tutelado es aquí la libertad por un lado y la tutela de esa voluntad que es usurpada, es decir, el ejercicio de los derechos familiares sobre el menor. Para nuestra ley, la figura es algo muy distinto de la pura ofensa a los derechos familiares, y consiste en *hacer desaparecer* al menor, en robarlo a los padres.¹¹

Ello resulta concordante con afirmar que el delito de sustracción de menores se consuma con el acto que tiende a remover al menor de la esfera de custodia de sus padres, contra su voluntad expresa o presunta¹², pero no quiere decir que su disvalor no se prolongue mediante el delito de retención y ocultación. Estas acciones no son independientes de la primera acción de sustracción sino que se vinculan a ella en tanto el sujeto conozca la acción de la sustracción.

Núñez sostiene, por ejemplo, que el núcleo de la figura del art. 146 del CP es la sustracción y que mediante la retención y la ocultación se prolonga la afectación causada por esa acción-núcleo.¹³ En igual sentido, Gómez considera que la expresión genérica “sustracción” se aplica perfectamente tanto a la retención como a la ocultación porque por cualquiera de esas acciones el menor queda sustraído del poder de las personas que poseen su custodia.¹⁴ Por último, Soler se refiere al delito de ocultación del art. 146 del CP expresando que cada uno de los momentos en que se prolonga la sustracción es igualmente delictivo.¹⁵ Por este motivo, puede afirmarse que la retención y la ocultación de un menor sustraído a la esfera de custodia de sus padres antes de los 10 años son formas de mantener la acción-núcleo inicial, y conforman en verdad un complejo delictivo que debe considerarse en su conjunto.

Ahora bien, debe determinarse cuál es el momento del cese del delito y, en particular, si los delitos de ocultación y retención pueden tener por objeto a un individuo que fue sustraído cuando era menor de 10 años y que fue retenido u ocultado desde entonces, aún después de cumplida esa edad.

A tal fin, debe analizarse cuál es la función del requisito de esa edad en el art. 146 del Código Penal y de los distintos tipos penales que contiene. En primer lugar, se advierte que ese límite objetivo que impuso la decisión legislativa tiene sustento normativo en tanto coincide con el mínimo de edad establecido en los arts. 921 y 2392 del Código Civil.¹⁶ Esas normas refieren que los menores de 10 años de edad no pueden adquirir la posesión de las cosas por sí y que sus actos ilícitos se reputan cometidos sin discernimiento.

De allí se deriva que para el ordenamiento legal argentino, un menor de diez años de edad no posee discernimiento válido como para distinguir lo lícito de lo ilícito y, por ello, no puede comprender que ha sido víctima de un delito cuando es sacado de la esfera de custodia de sus padres, pues su dependencia respecto de la voluntad de éstos es absoluta. La afectación a su libertad es total porque no puede prestar un consentimiento válido respecto de esa afectación por su falta de desarrollo madurativo¹⁷ pero, además, su libertad se verá afectada no sólo en el aspecto de la locomoción que tutela el delito de privación ilegal de la libertad, sino en un sentido mucho más profundo, en tanto se afecta la libertad en el sentido del plagio, como lo plantea Soler.

Es claro entonces que para que se configure el delito de sustracción de menores, este menor debe tener necesariamente menos de 10 años de edad; a la vez, para que se configure el delito de ocultación o retención también debe tratarse de un menor previamente sustraído cuando éste tenía menos de 10 años.

La acción de retener es definida como aquélla por la cual se mantiene al niño fuera del ámbito de la esfera de custodia de los padres que se ven privados del ejercicio de su facultad genérica de tutela y la ocultación consiste en *impedir el restablecimiento del vínculo del menor con sus padres o tutores*.¹⁸ Y ello es así con independencia de si se retiene afectando la libertad ambulatoria del menor, es decir, impedir el restablecimiento del vínculo es una acción que puede llevarse a cabo de diferentes modos y no sólo mediante la afectación de la libertad física. En los casos analizados, se realiza este impedimento negando u ocultando la información que le permita al menor restablecer ese vínculo y la ocultación sólo cesa de

cometerse cuando esa información es revelada por cualquier medio y se recupera la verdadera identidad y el vínculo familiar.

Así, no niega la doctrina que son ofendidos por el delito tanto quienes poseen la tenencia del menor y sufren la acción de despojo, como el niño, que también resulta afectado, pues pierde su estado de familia y sus derechos elementales, tales como el derecho a tener contacto con ambos padres y conocer su origen biológico¹⁹, además de la ofensa a la libertad en cuanto se asimila este delito al de plagio.

El autor de estos delitos interfiere en la asignación de los roles y derechos del grupo familiar al que pertenecía el niño sustraído, su accionar reasigna posiciones²⁰, modifica así las condiciones de existencia del menor y lo obliga a perder las nociones de su origen, condición necesaria para vivir en libertad.

Es indudable entonces que los derechos a conocer su origen biológico, su identidad y a preservar sus vínculos familiares tutelados por la Convención sobre Derechos del Niño, son derechos afectados por estos delitos que deben tenerse como pauta interpretativa a la hora de desentrañar los aspectos conflictivos de estos tipos penales.

En consecuencia, la afectación respecto de la ocultación del origen biológico del menor y la consecuente afectación de los vínculos familiares, bien jurídico también tutelado por la norma, debe necesariamente tenerse presente a la hora de determinar el momento de cesación del delito. Así, si la ocultación consiste en impedir el restablecimiento del vínculo del menor con su familia de origen, ese impedimento se verifica tanto mientras el menor no posee discernimiento, antes de los diez años de edad, como cuando, una vez que éste adquirió ese discernimiento y puede valerse por sus medios, se le oculta información sobre su origen, información que le permitiría reanudar el vínculo usurpado mediante la acción de sustracción o despojo inicial. Ello es así porque esa ocultación turba la libertad de discernir que adquiere el menor a los 10 años en este aspecto y no le permite elegir con plena libertad sobre sus vínculos familiares.

De lo contrario, si se sostiene que la ocultación cesa al momento en que el menor cumple diez años de edad, se está negando la continua

afectación a la familia de origen que se encuentra impedida de sostener vínculos con el niño y, a la vez, la afectación que sufre el menor que se ve continuamente privado de su identidad y sus vínculos familiares, como elementos condicionantes de su libertad de acción, durante todo el tiempo en que se le niega información sobre su origen.

Por otra parte, de sostener esa interpretación, el ordenamiento jurídico estaría alentando a quienes secuestran menores para que los oculten más allá de los 10 años a fin de lograr la impunidad de su conducta. Tampoco puede sostenerse que el ordenamiento penal, por el sólo paso del tiempo traducido en una mayor edad de la víctima, sin que el autor del hecho interrumpa la situación antijurídica por su propia voluntad, considere lícita o adecuada a derecho una situación que era hasta ese momento ilícita.²¹

Asimismo, debe destacarse que la propia estructura de estos delitos permanentes impide que el ilícito cese por una circunstancia objetiva, independiente de la acción antijurídica del autor. En esa clase de delitos, la acción no está concluida con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor durante todo el tiempo en que subsista el estado antijurídico creado por él mismo.²²

En efecto, la doctrina declara con unanimidad el carácter permanente de los delitos de retención y de ocultación. En tal sentido, se reseñarán más adelante los pronunciamientos de la CSJN de los que se deriva esta conclusión sin mayores discusiones, en concordancia con los repetidos pronunciamientos de los tribunales inferiores que también fallaron en esa línea.²³

III. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y A PRESERVAR LAS RELACIONES FAMILIARES

El alcance del derecho constitucional a la identidad, que aparece claramente enunciado en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), como el *derecho a preservar la identidad incluidos el nombre y las relaciones familiares*, debe determinarse en el contexto de todo el articulado de esa Convención.²⁴ Así, las referencias de los arts. 7 y 9 de ese instrumento en cuanto al derecho del niño a conocer y a ser cuidado por sus padres y a

no ser separado de éstos, refuerzan la idea de que el derecho a la identidad tutela, entre otras proyecciones, el derecho a conocer la verdad sobre el origen biológico y la protección de los vínculos con la familia de origen.

Además, de la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención surge que el texto originariamente propuesto limitaba el alcance del derecho a la identidad. En el debate de su elaboración, el representante del Estado argentino insistió en otra redacción del artículo a fin de que éste consignara que el mencionado derecho comprendía “la verdadera y genuina identidad personal, legal y familiar”, iniciativa que no fue acompañada por los representantes de los otros países. Sin embargo, la Secretaría de Naciones Unidas, entendió que la redacción final del artículo que consigna “el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares” no excluía otros elementos aunque no se los hubiera tenido expresamente en cuenta.²⁵

En este sentido, la CSJN ha reconocido expresamente la importancia de este derecho de jerarquía constitucional en numerosos pronunciamientos. Así, afirmó que “la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849, ha establecido el alcance de ese derecho al disponer que ‘el niño (...) tendrá derecho desde que nace (...) en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos’ y que ‘los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera’ (art. 7); como así también que los ‘Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, (...) de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas’ y ‘cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiada y con miras a restablecer rápidamente su identidad’ (art. 8); asimismo, que los ‘Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos (...)’ (art.9)” y concluyó que negar la realización de una prueba de sangre para determinar el origen biológico del menor “importaría tanto como desconocer lo estipulado en la citada convención –especialmente en su

art. 8– circunstancia ésta que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos”.²⁶

Sin embargo, resulta llamativo que la jurisprudencia sobre la materia no menciona este derecho como objeto de tutela de los tipos penales contenidos en el art. 146 del Código Penal, ni siquiera como pauta interpretativa sobre los alcances, sentido y fin de la norma.

Por el contrario, aquí se pretende sostener que interpretar estos tipos penales en los casos estudiados desconociendo la afectación para el derecho a la identidad mediante la sustracción y posterior retención y ocultación, después que el menor cumpla los 10 años de edad, en tanto se le niega a éste la información sobre su origen biológico y se le impide establecer sus verdaderos vínculos familiares, parece desconocer la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto a la protección que ésta otorga al derecho a la identidad, de rango constitucional.

En síntesis, el derecho a la protección de las relaciones familiares como una de las manifestaciones del derecho a la identidad es, como ya se dijo más arriba, el que está en la base de la norma penal desde su creación –junto con el derecho a la libertad– y debe ser tenido en cuenta para realizar una exégesis correcta de su contenido.

Se reseñarán más adelante distintos pronunciamientos de la CSJN para analizar cuál fue el alcance de los delitos estudiados que allí se plasmó, qué línea doctrinaria se siguió y cuáles aspectos no han sido suficientemente resaltados.

IV. EL ART. 146 DEL CP COMO DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA

En 1985, cuando se realizó el juzgamiento de las “Juntas Militares” que usurparon el poder constitucional entre 1976-1983, sólo unos pocos casos de apropiación de menores integraron el objeto de ese juicio y, en ese momento, la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal entendió que las acusaciones por estos cargos no daban cuenta de una práctica sistemática generalizada instrumentada desde el Estado.²⁷

Las investigaciones llevadas a cabo con posterioridad por “Abuelas de Plaza de Mayo” revelaron datos de interés que demostraron que la apropiación de niños secuestrados junto con sus padres o nacidos en cautiverio y su posterior adopción fraudulenta por personas relacionadas con las fuerzas armadas y de seguridad, con la consecuente negación de información a la familia de origen del menor, *fue un método planeado también por el gobierno militar, que resultaba funcional y perfeccionaba el método de desaparición de sus padres*. Se estableció que existían centros clandestinos de detención que funcionaban como verdaderas maternidades clandestinas, hacia donde eran trasladadas las mujeres embarazadas desde los distintos puntos del país para dar a luz a niños que luego, en muchos casos, fueron apropiados por individuos relacionados con las fuerzas de armadas y de seguridad, incluso varios de ellos responsables del asesinato de sus padres. De esta manera, los niños constituyeron un verdadero “botín de guerra” y fueron víctimas de la violación de distintos derechos, entre ellos, la separación de sus padres, la supresión de su identidad y la imposibilidad de conocer su origen y su familia de sangre. Se comprobó la existencia de unos 300 casos y se hallaron incluso documentos que consignaban las “instrucciones sobre el procedimiento a seguir con los menores de edad hijos de dirigentes políticos o gremiales desaparecidos”.²⁸

Por ese motivo, se iniciaron nuevos procesos²⁹ a los máximos responsables militares por haber sido autores mediatos de un plan sistemático que tenía por objeto no sólo la obtención de adopciones ilegales, sino la sustracción de los hijos de las familias de los oponentes políticos, para evitar que se criaran en un ambiente hostil al régimen impuesto.

Así, las familias de los niños apropiados también fueron víctimas de la negativa sistemática de información que obtuvieron como respuesta frente a sus insistentes reclamos para conocer el paradero de los niños nacidos en cautiverio o de niños hijos de víctimas de desaparición forzada.

Para analizar el posible encuadre jurídico de estas conductas en la definición de “desaparición forzada”, es preciso recurrir a la definición de esa conducta que se gestó en el ámbito internacional.

La definición de “desaparición forzada”³⁰, considerada como delito de

lesa humanidad, fue esbozada en los considerandos de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Allí se afirmó que consistía en el arresto, detención, traslado o privación de la libertad de cualquier forma, contra la voluntad de una persona, por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley. Se afirmó en su artículo 1º que el acto de desaparición forzada constituía un ultraje a la dignidad humana, que afecta tanto a la víctima como a la familia y que viola, entre otros, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad personal.

Específicamente, en materia de niños, el art. 20 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas establece la obligación de los Estados de prevenir y reprimir la apropiación de hijos de padres víctimas de una desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres víctimas de desaparición forzada y de esforzarse por buscar e identificar a esos niños para restituirlos a sus familias de origen. Además, se declara expresamente que la apropiación de niños de padres víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que den cuenta de su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales.

En el ámbito regional, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP)³¹, reproduce en términos casi idénticos la definición de “desaparición forzada” dada por la Asamblea de la ONU. Así, en su artículo II, se afirma que “se considera desaparición forzada, la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera fuere 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 pri-

vación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”. A su vez, el art. III declara el carácter permanente de ese delito “mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”, lo cual es coherente con la interpretación de los delitos de retención y ocultación esbozada más arriba.

Con relación a los niños, debe tenerse presente que el art. XII establece específicamente que “los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores”, con lo cual se consagra la obligación del Estado de tomar medidas para hacer posible esa identificación y restitución.

Por otra parte, debe mencionarse que en el ámbito del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se ha elaborado un proyecto de Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.³² En ese instrumento se define desaparición forzada en los mismos términos que la CIDFP (artículo 1), se lo califica como delito de lesa humanidad (artículo 5) y se establece como agravante el caso de la desaparición forzada de mujeres embarazadas, menores y otras personas particularmente vulnerables (artículo 7.2 b). Además, se establece la obligación del Estado de tomar las medidas necesarias “para prevenir y sancionar la apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a desaparición forzada”, como así también la obligación de buscar e identificar a esos niños y restituirlos a sus familias de origen teniendo en cuenta su derecho a preservar su identidad y sus relaciones familiares (artículo 25).

Por todo ello, la inclusión de los hechos de apropiación de niños dentro del plan sistemático diseñado por las Juntas Militares, junto con la verificación de los distintos derechos violados mediante estas acciones, permiten considerar al complejo de delitos sustracción-retención-ocultación

como una forma especial de “desaparición forzada”. En efecto, la doctrina ha afirmado que la apropiación de niños por parte de agentes estatales en el contexto de un ataque sistemático y generalizado contra una población civil debe ser considerada, a la luz del derecho internacional, como un crimen contra la humanidad denominado “desaparición forzada de personas”.³³

Al analizar los delitos de sustracción y posterior retención y ocultación de menores ocurridos en el marco de la última dictadura militar se verifican los siguientes elementos: a) una privación a la libertad de los menores, que se inicia con la sustracción que remueve a los menores de la esfera de custodia de su familia; b) esa privación de la libertad se realiza por parte de agentes estatales o con su aquiescencia; c) una negativa sistemática sobre la privación de la libertad y la consecuente negativa a dar información sobre el paradero de las personas a las que se afecta su libertad, negación de información que se verifica tanto respecto de los familiares de origen como de los menores a quienes se les oculta su identidad; d) esa negativa de información impide, en primer lugar, a las familias de origen plantear los recursos legales pertinentes que permitan restablecer el vínculo y hacer cesar la privación de la libertad y, por otra parte, impide a los propios menores, una vez alcanzado el discernimiento, buscar a su familia y poner fin a la situación de apropiación a la que fueron sometidos.

De estos elementos se desprende con evidencia la similitud con los elementos del delito de desaparición forzada y, por ello, la exégesis de los delitos de sustracción, retención y ocultación en los casos antes explicados puede ser repensada a la luz de estas directrices internacionales que deben servir como pautas interpretativas. Estas pautas resaltan, además, cuál es el bien jurídico tutelado por estos delitos y quienes son sus víctimas.

Por un lado, es claro que se afecta la libertad personal del menor, como ya se dijo, quien resulta víctima en este sentido. Por otra parte, en virtud de la negativa de información sobre el destino del menor que sufren sus familiares, éstos también pueden ser considerados víctimas del delito, en tanto se afectan los derechos derivados de las relaciones familiares. Los familiares del menor son víctimas del delito durante todo

el tiempo en el que se les oculta información sobre el paradero de la persona desaparecida y hasta tanto el Estado no satisfaga completamente el deber de dar información recurriendo a todas las medidas a su alcance para hacer cesar un delito que continúa en ejecución, pues se encuentra en juego el derecho a la reconstrucción de los vínculos familiares.³⁴

En igual sentido, algunos de los Informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, se refieren a la apropiación de niños ocurrida en Argentina durante la última dictadura como un hecho de “desaparición forzada”.³⁵

Efectivamente, esta fue la línea jurisprudencial de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal en reiteradas oportunidades³⁶ y la postura de la Procuración General de la Nación, al emitir dictamen sobre ciertos casos trascendentes en los que resultaban imputados Nicolaidis y Videla respecto de las causas que se les siguieron por apropiación de menores en su calidad de autores mediatos. Algunos de los votos concurrentes de la CSJN en esos casos también hacen referencia a los delitos estudiados como delitos de “desaparición forzada”.

Se reseñarán a continuación los fallos en lo que aquí interesa para analizar la fuerza de los votos que consignan esa interpretación y poder derivar de allí algunas conclusiones.

V. LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

a) El valor del voto minoritario en el caso “Mastronicola”.³⁷

La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Provincia de Buenos Aires, confirmó la condena dictada en primera instancia respecto de Teresa Mastronicola, como autora del delito de retención y ocultación de un menor de 10 años de edad (art. 146 del CP), por haber recibido de un tercero al menor J.S.A. de dos años y tres meses de edad con conocimiento de que se trataba de un menor sustraído a sus padres y haberlo retenido y ocultado desde el mes de julio de 1977 hasta el 23 de diciembre de 1993. El menor había sido sustraído a sus padres, Susana

Victoria Falabella y José Abdala, en ocasión del operativo realizado el 16 de marzo de 1977 por fuerzas de seguridad en la localidad de La Plata que culminó con la detención y posterior desaparición de sus padres. La conducta aludida fue concretada mediante la inscripción de J.S.A. como hijo propio de Wladimiro Wojtowicz y de la imputada, con el nombre de F.G.W., con una fecha de nacimiento que fue modificada.

Ante dicha resolución, la condenada interpuso recurso extraordinario por arbitrariedad, alegando, entre otros motivos, que el *a quo* omitió considerar una circunstancia relevante, la supuesta cesación de comisión del delito al cumplir los diez años de edad el menor, a los efectos de computar el plazo de prescripción de la acción penal. De esta manera, tomando en cuenta la fecha en que el menor alcanzó esa edad, entendía que el delito había prescrito.

A los efectos de una cabal comprensión del caso, es preciso destacar que la defensa había planteado ya durante el trámite del proceso la prescripción de la acción penal basándose en el argumento según el cual el plazo de prescripción debía comenzar a correr a partir del momento en que el menor había cumplido los 10 años de edad. Este planteo había sido rechazado tanto en primera como en segunda instancia afirmando que en virtud del carácter permanente del delito, éste no se veía interrumpido cuando el menor alcanzaba los 10 años de edad pues los bienes jurídicos tutelados, la libertad y la patria potestad, continuaban siendo afectados en ese caso en idéntica medida. En esa oportunidad, se destacó que la libertad protegida por la figura del art. 146 del CP se asimilaba al sentido de la libertad amplia tutelada en el delito de plagio, y que el consentimiento del menor al sometimiento a una *patria potestad ficta*, no resultaba válido para excluir sin más la tipicidad de la figura que tutelaba, además, la ofensa al derecho de familia de los padres.

El rechazo del recurso extraordinario motivó la presentación de la respectiva queja, que fue objeto de tratamiento ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo que se comenta.

El dictamen del Procurador General rechazó el agravio aduciendo que el planteo de la defensa constituía la reiteración del mismo planteo que ya

había sido resuelto oportunamente con argumentos que la parte omitió refutar. Además, sostuvo que lo alegado por la defensa se relacionaba con normas de derecho común que resultaban ajenas a la instancia extraordinaria, salvo arbitrariedad que, afirmó, no se observaba en el caso concreto.

Así, citó los argumentos del juez de grado que hacían alusión a la integridad del grupo familiar y los derechos de tenencia de los padres como bien jurídico tutelado y que determinaban que el cese del delito de retención y ocultación se producía cuando se torna factible restablecer el vínculo familiar y no cuando el menor cumple 10 años de edad. El Procurador General también citó al juez de grado en cuanto había entendido que la retención u ocultación estaban referidas a la acción previa de sustracción que resultaba el núcleo del tipo penal, en consecuencia, el límite de la edad establecido por la ley obraba como requisito de comisión para el delito de sustracción y no para aquel sujeto que prolonga el estado consumativo al retener u ocultar al menor con conocimiento y voluntad de la sustracción previa. De lo contrario, refería el juez de grado, el legislador hubiera redactado la norma aglutinando las acciones típicas (sustraer, retener u ocultar), dejando el requisito de la minoridad para el final. Sin embargo, según entendió el juez, la redacción de la ley sólo relaciona la edad del menor con la primera acción típica “sustraer”, para luego tipificar las acciones de “retener” u “ocultar” como momentos posteriores de la acción-núcleo del tipo penal a la cual se refieren estas acciones.

Es importante destacar que si bien el Procurador no presentó esta exégesis del tipo penal como propia, pues ello le estaba vedado por resultar normas de “derecho común”, ajenas al objeto del recurso extraordinario, entendió que la interpretación que se transcribe, elaborada por el juez de grado, resultaba “no arbitraria”.

El voto mayoritario de la CSJN, que suscribieron los ministros Belluscio, Fayt, Boggiano y Zaffaroni, entendió que el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja resultaba inadmisibles en virtud de lo dispuesto en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con lo cual nada dice este voto acerca de la interpretación del tipo penal en lo que aquí interesa. El voto del juez Vázquez se remitió a los

argumentos del dictamen del Procurador y desestimó la queja. Por su parte, el voto minoritario de los jueces Petracchi y Maqueda, si bien también rechazó la queja, fundó dicho rechazo y aportó así una exégesis interesante del delito que nos permite pensar las cuestiones antes apuntadas desde una óptica diferente.

En el considerando 9° de este voto se sostiene que *“la circunstancia de que la retención de menores afecte el derecho de familia no permite descartar, sin más ni más, que el tipo penal no lesione, además, la libertad en el sentido estricto de libertad ‘ambulatoria’ que es protegida por las figuras de privación ilegal de la libertad, en tanto las varias veces aludida conducta, una vez que la víctima fue colocada fuera del área de guarda legítima, constituye una valla que le impide al menor retornar a dicha guarda legítima. En este sentido, el hecho de que el menor nunca hubiera manifestado su voluntad de regresar a su núcleo familiar de origen tampoco basta para justificar la omisión de considerar la cuestión. En efecto, tal circunstancia no puede ser tomada como una situación frente a la cual es evidente la no afectación de la libertad, pues uno de los requisitos para que el consentimiento excluya la tipicidad es que éste haya sido prestado libremente, sin engaño, o sin recurrir a cualquier otra maniobra que coloque a la persona en una situación tal en la que ya no le queda ninguna otra alternativa más que aceptar someterse a la restricción que se le impone. En ese contexto, asimismo, la circunstancia de que el menor, mayor de 10 años de edad, pero sustraído de sus padres antes de cumplir esta edad, “consintiera” su nuevo emplazamiento (ilegítimo) de familia, es irrelevante para la existencia de un consentimiento excluyente del tipo, pues dicho menor, por sí solo, carece de la facultad de disponer del bien jurídico protegido con un alcance tal que lleve a excluir el ejercicio de la patria potestad por parte de quienes tienen derecho a ella.”*

Por esas razones, los jueces Petracchi y Maqueda entendieron que la interpretación del tipo penal realizada por el *a quo* según la cual el delito de retención y ocultación de menores resulta un delito de carácter permanente que subsiste aun después de que el menor cumpla los 10 años, no funda ningún agravio federal.

La doctrina transcripta resulta de una claridad manifiesta frente a las

distintas posiciones de la doctrina en cuanto a la interpretación del tipo penal, y despeja toda duda acerca del rol sistemático del consentimiento en este delito, de la afectación a la “libertad ambulatoria” como bien jurídico tutelado conjuntamente con los derechos de familia que protegen el vínculo con la familia de origen y, por ello, de la ilegitimidad de considerar como excluyente del tipo penal un supuesto consentimiento del menor a los vínculos familiares impuestos como consecuencia de una sustracción ocurrida cuando éste era menor de 10 años de edad, tanto porque el consentimiento no es libre en tales circunstancias, es decir, estaba viciado por la situación en la que había sido colocado el menor, como porque ese consentimiento no podría ser eficaz frente a quienes son afectados en sus derechos familiares.

En consecuencia, de esta doctrina se deriva que el tipo penal también tutela los vínculos con la familia de origen. En este sentido, aunque la CSJN no lo mencione expresamente, la norma en estudio tutela el derecho del niño a “preservar su identidad”, concepto en el que se incorporan los vínculos familiares de origen. Ninguna duda cabe que este derecho, consagrado en un instrumento internacional que posee jerarquía constitucional, tal como se explicó con anterioridad, debe servir como pauta interpretativa de los delitos contenidos en el art. 146 del CP.

Una interpretación del tipo penal como la que pretendía la defensa en el caso, no satisface adecuadamente la obligación que asumió el Estado argentino en cuanto se comprometió a hacer respetar el derecho a la identidad, consagrado en el art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño, y tomar las medidas pertinentes al respecto. Así, no puede pretenderse que el delito de retención y ocultación de menores cesa de cometerse cuando el menor cumple 10 años de edad, tornando lícita por el mero paso del tiempo una situación cuyo presupuesto se basa en la privación forzada de los vínculos de origen del menor. La afectación para la identidad del menor, quien fuera alejado de sus padres y familia de origen cuando no tenía discernimiento válido, y que, luego de los 10 años de edad, siguió privado de esos vínculos por la falta de información que le permitiría recuperar su identidad y su origen, afectando así su libertad, es tan evidente

como la afectación que sufre la familia de origen frente a esta situación.

Por todo ello, la doctrina del voto de la minoría resulta de vital importancia, en especial, frente a un pronunciamiento anterior de la CSJN, que se reseña a continuación, cuya aplicación pretendía la defensa, que carecía por completo de una interpretación razonada del tipo penal y que llegaba a sorprendentes consecuencias omitiendo considerar por completo la permanencia de los delitos de retención y ocultación.

b) La omisión de la Corte en el caso “C., J.A.”³⁸

Se trata de un pronunciamiento en el cual el objeto del recurso extraordinario que debía analizar la CSJN se refería a la supuesta violación al derecho a la intimidad, a la integridad física y a la salud psíquica de un menor en virtud de la decisión de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que dispuso confirmar la decisión del juez de grado de practicar compulsivamente un examen hematológico de histocompatibilidad genética entre el menor y sus presuntos abuelos biológicos, querellantes en el proceso en el que se investigaba la supuesta sustracción y ocultación del menor por parte de una pareja que resultaban formalmente sus padres adoptantes. La querella alegaba que el menor que supuestamente había sido hallado en la vía pública el 23 de marzo de 1977, entregado al matrimonio M. en guarda y finalmente adoptado con el nombre de J.P.M., en realidad, era un menor nacido el 22 de julio de 1976, sustraído a sus padres, que se hallaban desaparecidos.

El dictamen del entonces Procurador General de la Nación, Ángel Nicolás Agüero Iturbe, más allá de afirmar que la extracción compulsiva avanzaba sobre las garantías constitucionales de integridad física e intimidad y que, en el caso en concreto, la medida cuestionada no poseía el grado de razonabilidad requerida en relación con el proceso, consideró que debía tenerse presente el tiempo transcurrido desde la presunta comisión del delito que motivaba la investigación, ante una virtual prescripción de la acción penal.

El voto de la mayoría, suscripto por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Levene y Boggiano, sin que la excepción correspon-

diente haya sido introducida en el recurso extraordinario, declaró de oficio la prescripción de la acción penal en el caso, de conformidad con lo señalado por el Procurador General, en virtud de lo dispuesto por los arts. 62 inc. 2 del CP y las penas previstas para los delitos tipificados en los arts. 139 inc. 2 y 146 del CP al momento de los hechos. Para ello, señaló como supuesta fecha de comisión de los hechos ilícitos, el período comprendido entre el 22 de julio de 1976 –fecha del alegado nacimiento del menor– y el 23 de marzo de 1977 –fecha en que se entregó en guarda al menor al matrimonio imputado de la comisión de los ilícitos–, es decir, sólo tuvo en cuenta la fecha de comisión del delito de sustracción. Sin embargo, nada dijo respecto de los delitos de retención y ocultación que también integraban el objeto de la querrela, omitiendo todo tipo de consideración al respecto.

En efecto, la necesaria consideración de estas figuras, también contenidas en el art. 146 del Código Penal, hubiera llevado a afirmar su carácter de permanentes y, en consecuencia, hubiera debido considerarse la regla del art. 63 del código de fondo en cuanto sostiene que en caso de delitos continuos la prescripción comienza a correr desde la fecha en que cesó de cometerse el delito.

Así, el voto de la mayoría declaró la prescripción de la acción penal, dando un cierre definitivo al proceso arbitrariamente, pues omitió considerar otros delitos que integraban el objeto de la querrela y evitó así deliberadamente tratar la cuestión que era objeto de decisión, la extracción compulsiva de sangre.

Por el contrario, la disidencia de los ministros Fayt y Petracchi discrepó de la decisión de la mayoría en cuanto a la prescripción de la acción penal toda vez que afirmó que ésta no había operado en el caso. El considerando 4° de esa disidencia puso en evidencia el error del voto de la mayoría. Se resaltó allí que una de las conductas típicas previstas en el art. 146 del CP reprime a quien “retuviere” a un menor de 10 años, por lo cual resultaba evidente que dado el carácter permanente del delito, dicha conducta se habría continuado produciendo mucho después del acto inicial de la sustracción ocurrido entre el 22 de julio de 1976 –nacimiento del niño– y el 23 de marzo de 1977 –fecha de entrega de la guarda–.

De esta manera, descartado este obstáculo en el que se escudó la mayoría para omitir opinar sobre una cuestión de trascendental importancia para el derecho de identidad del menor, los jueces disidentes resolvieron la cuestión de fondo en forma opuesta a la opinión del entonces Procurador, confirmando la decisión recurrida en cuanto ordenaba la extracción compulsiva de sangre al menor.⁴⁰

Si bien la disidencia no indicó la fecha en que a su juicio debía entenderse que cesaba de cometerse la conducta imputada, afirmó el carácter de permanente del delito de “retención” y declaró que esta conducta se prolongó “mucho después” del momento inicial de la sustracción, acción núcleo del tipo, que diferencia claramente de la posterior conducta de retención y ocultación, que perpetúa el disvalor de la acción inicial y se equipara, por ello, a la primera conducta.

La absoluta falta de consideración del voto de la mayoría en este precedente respecto del momento de cesación de los delitos de retención y ocultación de menores impide su aplicación a un caso donde justamente se debate este extremo, motivo por el cual, a mi modo de ver, no fue considerado en el caso “Mastronicola”.

c) Los interrogantes del caso “Landa”⁴¹

En otro precedente de la CSJN donde también se discutía la retención y ocultación de una menor, con posterioridad al caso “Mastronicola”, se volvió a invocar la aplicación del precedente antes relatado “C., J.A.”.

En esta ocasión, se trataba de un recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP) que confirmó la sentencia de un Tribunal Oral en lo Criminal Federal que condenó al militar retirado Ceferino Landa y a su esposa, Mercedes Beatriz Moreira como coautores del delito de retención y ocultación de una menor de diez años de edad, Claudia Victoria Poblete, cuyos padres José Liborio Poblete Roa y Gertrudis Marta Hlaczik permanecen desaparecidos, hecho ocurrido desde fines de 1978 hasta el 10 de febrero de 2000, fecha en la que quedó develado el hecho y ésta tomó conocimiento de su verdadera identidad. La menor fue anotada por el matrimonio bajo el nombre de Mercedes Beatriz Landa.

La Sala IV de la CNCP había confirmado la condena, no obstante, la jueza que votó en minoría consideró que la acción estaba prescripta pues la conducta de retención y ocultación de la menor había cesado de cometerse al cumplir esa menor los 10 años de edad, acogiendo la tesis de la defensa. El recurso extraordinario pretendía la aplicación de la doctrina derivada de “C., J.A.” alegando que el delito contenido en el art. 146 CP resultaba un delito instantáneo según ese precedente y que el Tribunal Oral Federal y la mayoría de la CNCP al apartarse de dicho precedente incurrieron en una arbitrariedad manifiesta. La defensa planteaba subsidiariamente que el delito del art. 146 del CP cesaba de cometerse al cumplir el menor 10 años de edad. Por otra parte, la defensa planteaba que violaba el principio de legalidad material (art. 18 CN) interpretar el delito del art. 146 del CP con elementos del delito de “desaparición forzada de personas”, dado que la sentencia condenatoria refería que la consumación del delito se extendía en el tiempo “mientras el autor no dé información sobre el paradero del menor sustraído”, elemento que no integra el tipo penal estricto, según se alegaba.

La CSJN rechazó el recurso extraordinario por unanimidad en este punto, remitiéndose al dictamen del entonces Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra. En primer lugar, se entendió que el recurso adolecía de graves defectos de forma en cuanto a la adecuada fundamentación exigida por la ley, por ejemplo, se señaló que la defensa discurría acerca del carácter instantáneo del delito de sustracción cuando los imputados fueron condenados por los delitos de retención y ocultación, cuyo carácter de permanentes no fue cuestionado y que la condena tampoco se sustentó en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas como objetaba la defensa, sino solamente en el art. 146 del CP. Mediante esas afirmaciones, indirectamente, el ex Procurador no niega el carácter permanente de los delitos de retención y ocultación, y también puede inferirse de su dictamen que el elemento referido a la negación de información sobre el paradero del menor para prolongar la retención y/o ocultación resulta un elemento del tipo penal de esos delitos necesario para su interpretación, aún cuando no se encuentre contemplado expresamente.

Además, también se señaló que el recurso resultaba inadmisibile en cuanto a la tacha de arbitrariedad por no haber considerado la mayoría del Tribunal la tesis de la prescripción que sustentaba la minoría de la CNCP, toda vez que la prescripción de la acción penal no había sido materia del recurso de casación y que, antes bien, esta cuestión había sido ya resuelta durante el trámite del expediente por vía de excepción. En definitiva, se afirmó que se trataba de cuestiones vinculadas a la inteligencia de normas de derecho común ajenas al recurso extraordinario, y se puntualizó que el precedente “C., J.A.” no resultaba aplicable al caso pues ambos casos exhibían “diferencias sustanciales”, más allá de que la introducción de este agravio resultaba extemporáneo.

Sin embargo, el razonamiento por el cual se explicitan esas diferencias sustanciales no resulta del todo claro y genera algunos interrogantes, pues se realizan al respecto afirmaciones contradictorias, tales como sostener por un lado que en “C., J.A.” no se desconoció el carácter permanente del delito y, por otro lado, que se entendió que el delito de retención y ocultación de un menor cesaba al momento de la guarda. Tal contradicción impide extraer conclusiones claras sobre la interpretación que en “Landa” se hizo de la doctrina de “C., J.A.”, máxime si se tiene presente que el verdadero motivo de rechazo del recurso resultaban cuestiones formales y que las afirmaciones allí volcadas sobre el caso “C., J.A.” carecían por ello de valor para constituir una interpretación con fuerza de doctrina.

A mi modo de ver, las diferencias entre el caso “C., J.A.” y el caso “Landa” se derivan de la sencilla circunstancia de que en ese precedente la CSJN nada dijo con relación a los delitos de retención y ocultación, delitos que conformaban el objeto del caso “Landa”, sino que sólo hizo referencia a la fecha de comisión del delito de sustracción de menores, pues, tal como se explicó, esa es la única exégesis posible que se deriva de dicho fallo conforme a su consideración global y de lo que surge de la disidencia.

En síntesis, en el caso “Landa”, la circunstancia de que el rechazo del recurso extraordinario se debiera a motivos formales, impide extraer lineamientos claros sobre el tipo penal estudiado. A pesar de ello, podría afirmarse que, al rechazar el agravio referido a la arbitrariedad, una vez

más, la CSJN consideró que interpretar a los delitos de retención y ocultación como permanentes en el sentido en el que lo hizo la sentencia condenatoria resultaba “no arbitrario” y que tampoco resultaba arbitrario, considerar que ellos continuaban cometiéndose mientras el autor no otorgue información sobre la verdadera identidad del menor.

d) El caso “Jofré”⁴² y el carácter permanente de los delitos de retención y ocultación

En ese caso, se discutía un recurso extraordinario interpuesto contra la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que confirmó la resolución del juez de instrucción que denegó la excarcelación de Teodora Jofré, quien estaba imputada en ese proceso por los delitos de sustracción, retención y ocultación de un menor de 10 años de edad. Para confirmar la resolución del juez de grado, la Cámara de Apelaciones había sostenido que no existía óbice en el caso para aplicar la ley 24.410, dictada con posterioridad al comienzo de comisión de los hechos, que había aumentado las penas de los delitos de sustracción, retención y ocultación de menores, pues se trataba de un delito permanente que cesaba cuando se descubría la verdadera identidad del menor víctima y que, por ello, era posible denegar la excarcelación de la imputada teniendo en cuenta la escala punitiva de los delitos imputados en la ley antes citada. La defensa rechazaba la aplicación de la ley 24.410 al caso pues, sostenía, dicha ley resultaba más gravosa que la que se encontraba vigente al momento del hecho y, en este sentido, su aplicación retroactiva violaba el principio de legalidad penal (art. 18, CN), pues ninguna diferenciación correspondía realizar en el caso de los delitos permanentes.

La mayoría de la CSJN, integrada por los votos de los ministros Petracchi, Fayt, Boggiano y Maqueda, declaró improcedente el recurso extraordinario, por las consideraciones vertidas en el dictamen del Procurador General. En ese dictamen, se opinó que cuando en el lapso de ejecución de un delito permanente se sanciona una ley que aumenta la pena correspondiente a dicho delito, resulta aplicable la nueva ley más severa, toda vez que mientras se mantenga la situación antijurídica permanente,

renovándose la voluntad delictiva, no corresponde aplicar la ley anterior más benigna, por la mera razón de que el delito no está terminado.

Para llegar a esta conclusión, se resaltó el carácter permanente de los delitos de retención y ocultación en los que el hecho se renueva constantemente dado que el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor. Así, el dictamen sostiene que el delito permanente supone el mantenimiento de una situación típica, de cierta duración, por la voluntad del autor, lapso durante el cual se sigue consumando el tipo hasta el cese de la situación antijurídica, es decir, el delito se sigue reproduciendo en su esquema constitutivo.

La disidencia de los ministros Zaffaroni, Vázquez y Belluscio, aun cuando arriba a la conclusión opuesta en cuanto a la aplicación o no de la ley 24.410 –cuestión que no será tratada en este trabajo– no niega el carácter de permanente de los delitos estudiados.

Por ello, puede afirmarse que casi por unanimidad, la CSJN entendió que estos delitos resultaban de carácter permanente, lo cual implica que la ilicitud derivada del delito se renueva a cada instante.

e) El caso “Nicolaidis”⁴⁴ y el delito de desaparición forzada

En el caso se discutía una contienda de competencia entre el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y un Juzgado del fuero federal penal a raíz de un pedido de inhibitoria que el primero le dirigió al segundo en la causa caratulada “Nicolaidis, Cristino y otros s/ sustracción de menores” –causa nro. 10326/96–. El tribunal castrense había afirmado su competencia sobre la base de la ley 23.049, que le otorgaba el conocimiento de los delitos imputables al personal militar de las FFAA que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 23 de septiembre de 1983 “en las operaciones emprendidas con el alegado motivo de reprimir el terrorismo” y entendió que las acciones de sustracción y retención de menores iniciadas en ese período quedaban en la órbita de su competencia. Para decidir en ese sentido, los jueces militares, descartaron la aplicación de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” en cuanto vedaba la intervención de tribunales militares en el juzgamiento de ese

delito, por considerar que su aplicación retroactiva vulneraba el art. 18 de la Constitución Nacional. Se concluyó también que se violaba el principio de juez natural. Por su parte, el tribunal federal rechazó la inhibitoria argumentando que la sustracción, retención y ocultación de menores, configuraban el delito de desaparición forzada de personas, incluido en los distintos documentos elaborados por las Naciones Unidas dentro de la categoría de “delitos contra la humanidad”. De esta manera, quedó trabada la contienda y fijado el objeto de lo que debía resolver la CSJN.

El entonces Procurador General, Nicolás Becerra, opinó que existía una norma de jerarquía constitucional que excluía la jurisdicción militar, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, aprobada por ley 24.556. Ello equivalía a admitir expresamente, entonces, que los delitos de sustracción, retención y ocultación de menores eran un caso posible de “desaparición forzada”, tal como lo sostenía el tribunal federal, en tal sentido, el Procurador aconsejaba que la competencia fuera asignada a este tribunal, rechazando los restantes agravios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el voto mayoritario de los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt y López resolvieron que debía proseguir el trámite de la causa en el fuero federal en función de razones de seguridad, continuidad jurídica y de economía procesal dado que entendían que la solicitud del Consejo Supremo de las FFAA resultaba extemporánea. Los ministros Petracchi y Boggiano, sin embargo, en votos separados, coincidieron con la resolución del caso por distintos fundamentos que siguen la línea argumental del dictamen del Procurador en cuanto a que los delitos imputados serían equiparables al delito de “desaparición forzada”.

Así, Petracchi sostuvo que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada en su artículo 2 definía la desaparición forzada en términos de una precisión tal que resultaba más que suficiente para imponer su operatividad en lo atinente a la negación de competencia militar para hechos como los que se investigaban en esa causa y afirmó que la garantía del juez natural no impedía la inmediata vigencia de la restricción constitucional a la competencia militar derivada de la Convención citada. Por ese motivo, entendió que debía continuar conociendo en la

causa la justicia federal.⁴⁵ El ministro Boggiano resaltó que más allá de la inteligencia que correspondía asignar a las normas de competencia interna aplicables al conflicto a decidir, resultaba de suma gravedad institucional la eventual responsabilidad internacional en que podía incurrir la Nación por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales que resultaban *ius cogens*, tales como las obligaciones derivadas de la Convención Interamericana de Desaparición Forzada, lo cual determinaba a su juicio la competencia del juez federal.⁴⁶

En síntesis, dos de los seis ministros de la Corte que resolvieron el caso entendieron que el delito de desaparición forzada previsto convencionalmente asumía, en uno de sus supuestos en el derecho interno, la forma del complejo delictivo sustracción-retención-ocultación de menores, delitos previstos en el artículo 146 del Código Penal. Ello trae aparejado como consecuencia ineludible, entonces, el carácter permanente por un lado de esos delitos y, por otra parte, su consideración como “delito contra la humanidad”. Sin embargo, no puede dejar de advertirse que la aplicación de la CIDFP se decidió en el caso al sólo efecto de determinar la competencia y que la posible garantía afectada resultaba ser una garantía procesal y no de derecho material. No obstante, es claro que la tipicidad de los hechos de la causa como “desaparición forzada” era un presupuesto de la aplicación de esa regla de competencia y, por tal motivo, se considera que este precedente tiene relevancia para la conclusión que se intenta sostener en este trabajo, aunque no aporta una conclusión definitiva.

f) El caso “Videla”⁴⁷ y el delito de desaparición forzada

La defensa de Videla había articulado las excepciones de falta de jurisdicción y de cosa juzgada en el proceso que se le seguía a éste por los delitos de sustracción y ocultación de menores en su calidad de autor mediato dado que entendía, por un lado, que correspondía la jurisdicción militar y, por otro lado, que se violaba la garantía del *ne bis in idem* del imputado dado que ya había sido juzgado por los hechos objetos de esa causa en el conocido proceso a las Juntas Militares (causa 13/84). El juez de instrucción y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional

Federal rechazaron el planteo de la defensa por entender que la absolución de la Cámara Federal dictada el 30 de diciembre de 1986 en la “causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo” no cubriría la totalidad de los casos de apropiación de menores, sino tan sólo aquéllos por los cuales había sido específicamente imputado en esa oportunidad. La Cámara sostuvo que debía aplicarse la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que establecía la exclusión de la jurisdicción militar en este tipo de sucesos. Contra esta decisión, la defensa planteó recurso extraordinario, agravándose, entre otras cuestiones, de la aplicación de la citada Convención a los supuestos de los delitos del art. 146 del Código Penal.

En relación con el punto que aquí interesa, el dictamen del entonces Procurador entendió que las resoluciones sobre competencia no constituyen sentencias definitivas ni pueden ser equiparadas a ella, sin embargo, también consideró el fondo del asunto y se remitió a lo ya expresado en el caso “Nicolaidis” antes comentado, en cuanto a la inteligencia que cabe asignar a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. A su vez, el dictamen refuerza esa postura citando los votos de Boggiano y de Petracchi antes mencionados que hacían alusión a la aplicación de esa Convención para supuestos de delitos de sustracción y ocultación de menores. En igual sentido, se afirmó en el dictamen que “aún cuando se interpretara que las conductas se encuentran pendientes de tipificar, entiendo que ello no dificulta la aplicación de la normativa convencional internacional, pues el Estado mediante el uso de figuras penales existentes en la legislación sanciona los hechos considerados como desaparición forzada. Lo contrario llevaría al absurdo de que el país, ante la ausencia de una figura legal concreta llamada ‘desaparición forzada’ en el orden interno, no incrimine las conductas descriptas en la Convención en clara violación de los compromisos internacionales asumidos. O de igual manera, que dejase impune los delitos de privación ilegítima de la libertad, torturas, sustracción, ocultación y retención de menores”.

Además, en el dictamen se mencionó el Informe Anual de 1987/88 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cual se expresó que la política de sustracción de niños hijos de desaparecidos constituye una violación a normas fundamentales de derecho internacional de los derechos humanos. La Corte IDH entendió que la práctica violaba el derecho de las víctimas directas (los niños) a su identidad y a su nombre (artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a ser reconocidos jurídicamente como personas (art. 3, Convención y art. XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), como así también a los derechos que protegen a las familias y señaló que, más allá de las violaciones al derecho internacional, los hechos referidos constituyen delitos en el derecho interno de todos los Estados. Así, el citado Informe sostiene que en la *desaparición forzada de menores* y la entrega irregular a otras familias, se verificaba una clara afectación a la libertad.

Por todo ello, el Procurador entendió que correspondía la jurisdicción federal en el caso, en detrimento de la jurisdicción militar que pretendía la defensa.

La CSJN coincidió por unanimidad en la solución del caso, aunque se expresaron votos con distinto fundamento. El voto de los Dres. Fayt y López, se remitió a lo decidido en “Nicolaidés” por entender que esas conclusiones eran de estricta aplicación al caso. En esa ocasión, los jueces habían votado que correspondía mantener la causa en la jurisdicción federal solamente por razones de economía procesal, sin mencionar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas para dar solución a la contienda.

En los votos concurrentes, mientras que el ministro Belluscio rechazó la cuestión vinculada a la competencia exclusivamente por razones formales, los ministros Petracchi, Boggiano y Maqueda hicieron referencia a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada para resolver el caso.

El ministro Petracchi rechazó la procedencia del agravio de la defensa en este punto, dada la aplicabilidad del art. 9 de esa Convención y se remitió a lo que en tal sentido expresó en el precedente “Nicolaidés”. Asimismo, afirmó allí que el precedente “Barrios Altos” de la Corte Intera-

mericana de Derechos Humanos⁴⁸, resultaba aplicable al caso en estudio, en el cual se analizaban graves violaciones a los derechos humanos, consistentes en los delitos de sustracción, retención y ocultación de menores. Boggiano también se remitió a su voto en “Nicolaidis” en el que había sostenido la aplicación de esa Convención y en el que había resaltado que desconocer esa normativa internacional implicaba incurrir en responsabilidad internacional para el Estado. Por último, Maqueda, entendió, en relación con la cuestión de la falta de acción, que la resolución de la Cámara contenía fundamentos suficientes para descartar los agravios de la defensa. Para decidir en este sentido, citó el fallo “Barrios Altos” de la Corte Interamericana, al igual que el juez Petracchi, y mencionó expresamente los compromisos internacionales asumidos por el Estado al incorporar los principios y lineamientos que establece la CIDFP. Entre otras afirmaciones, sostuvo que “siendo los delitos investigados una consecuencia directa de la desaparición forzada de personas, deben ser exceptuados de ser juzgados bajo cualquier jurisdicción especial” de conformidad con el principio de buena fe en la interpretación de los tratados internacionales.⁴⁹

La importancia de este precedente radica en tanto aquí nuevamente se reforzaron los argumentos vertidos en “Nicolaidis” en el sentido de considerar los delitos de retención y ocultación de menores como un caso de desaparición forzada y se sumaron nuevos votos en este sentido, con fundamentos ampliados.

g) Un nuevo pronunciamiento en el caso “Videla”⁵⁰

En esta ocasión, el imputado Videla presentó recurso extraordinario contra la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que no hizo lugar al planteo de prescripción de la acción penal por los delitos de sustracción, ocultación y retención de un menor de diez años en forma reiterada, en concurso con el delito de falsificación ideológica de documento público y de supresión de estado civil. Para rechazar el planteo, la Cámara entendió que los delitos de retención y ocultación eran delitos permanentes que no habían cesado de

cometerse. Por otro lado, sostuvo que los hechos del caso se inscribían en el delito de “desaparición forzada”, que resultaba un crimen contra la humanidad y, como tal, imprescriptible con independencia de su fecha de comisión, característica que se imponía por sobre las normas internas que pudieran contener disposiciones contrarias. De esta manera, entendió la Cámara que resultaba aplicable la CIDFP, so riesgo de incurrir el Estado argentino en responsabilidad internacional. El recurso extraordinario alegaba la violación al principio de legalidad, cuestionaba la aplicación al caso de la citada Convención y afirmaba que la acción se hallaba prescripta dado que al cumplir los menores 10 años de edad dejaban de ser objeto de protección del tipo penal. La defensa planteaba en este sentido que la utilización de la CIDFP para estructurar el tipo penal del art. 146 del C.P. importaba la creación de un nuevo delito, tarea vedada a los jueces. En esa oportunidad, respecto del momento en que comenzaba a correr el plazo de prescripción de la acción penal, la defensa pretendía la aplicación del precedente de la CSJN, “C., J.A.”, antes reseñado.

El dictamen del Procurador, si bien alegó que el recurso debía declararse improcedente por cuestiones formales, emitió de todas formas opinión sobre la cuestión de fondo, a modo de *obiter dictum*. Así afirmó que los delitos no se encontraban prescriptos en el derecho positivo interno ni tampoco a la luz del derecho internacional. En el orden interno, señaló el carácter permanente de los delitos de retención y ocultación, en los que la actividad consumativa no cesa sino que perdura en el tiempo hasta que cesa la actividad antijurídica del autor, por lo cual el hecho se renueva constantemente y se reproduce en su esquema constitutivo. De esta manera, a criterio del Procurador, la prescripción de la acción penal sólo comienza a correr cuando cesa ese estado consumativo y, en el caso en el que se fallaba, ese estado cesó para el imputado como autor mediato, recién cuando recayó sentencia respecto de los autores directos, esto es, los “padres putativos” de los menores apropiados, dado que dichos actos otorgaban “el juicio de certeza necesario para despejar la incertidumbre respecto de las consecuencias de la sustracción y la ocultación clandestina”. El dictamen rechazó también la exégesis que la defensa efectuó del tipo penal en cuanto a que el menor

dejaba de ser objeto de protección del tipo al cumplir los 10 años de edad, pues entendió que el bien jurídico tutelado era la libertad en el sentido genérico del plagio, tal como lo entendía Soler.

En el orden internacional, resaltó el carácter de delito contra la humanidad de los hechos de la causa, entendió aplicable la CIDFP, la cual representó, según afirmó, la cristalización por vía convencional de principios ya vigentes para nuestro estado nacional al momento de los hechos. Se afirmó que “algunos casos de desaparición forzada de personas ya se encuentran tipificados en distintos artículos de nuestra legislación” y que “del universo abarcado por el delito de desaparición forzada de personas, un sector, el que se refiere a la desaparición forzada de menores de 10 años sustraídos a sus padres, se encuentra ya previsto como un caso específico del delito –más genérico– del artículo 146 del Código Penal”. También se resaltó que “no se trata entonces de combinar en una suerte de delito mixto un tipo penal internacional –que no prevé sanción alguna– con la pena prevista para otro delito de legislación interna. Antes bien, se trata de reconocer la relación de concurso aparente existente entre ambas formulaciones delictivas y el carácter de lesa humanidad que adquiere la sustracción, ocultación o retención de un menor de diez años de edad cuando es realizada en condiciones tales que constituyen una desaparición forzada”.

La CSJN con el voto mayoritario de los ministros Petracchi, Highton, Maqueda, Lorenzetti y Argibay declaró improcedente el recurso por falta de requisitos formales, dado que no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a definitiva. Es importante destacar que este rechazo no se remite a los fundamentos del Procurador, por lo cual no puede afirmarse que los jueces hicieron suyos los fundamentos de ese funcionario en su totalidad, es decir, no afirmaron, ni siquiera en forma de *obiter dictum*, la aplicación al caso de la CIDFP ni la irrelevancia de que el menor haya cumplido los 10 años de edad para que el delito de retención y ocultación siga produciéndose.

El voto concurrente del ministro Fayt afirma además que la decisión recurrida fue fundada en argumentos sobre la falta de cumplimiento de los plazos de prescripción por tratarse de un delito de carácter permanente,

en forma adecuada y suficiente, sin incurrir en arbitrariedad. En cuanto al carácter permanente de estos delitos, se remitió a su voto en el precedente “C., J.A.”. Así, el juez remarcó que lo decidido en este punto por la Cámara resultaba argumento bastante para resolver como lo hizo el planteo de prescripción de la acción penal y que, por ello, resultaban irrelevantes los restantes argumentos vinculados con la aplicación del principio de imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, sobre los cuales no se expidió.

En síntesis, el dictamen del Procurador en este caso contiene argumentos interesantes que apoyan la tesis de este comentario, aunque en forma de *obiter dictum* y, en ese sentido, si bien la Corte Suprema podría haber respaldado la postura que aquí se sostiene con relación al momento de cesación del delito y al carácter de desaparición forzada que tiene el complejo delictivo sustracción-retención-ocultación que fue esbozada en ese dictamen, lo cierto es que resultaban argumentos adicionales para resolver el recurso que, según el Procurador, debía rechazarse por motivos formales. No obstante, debe destacarse el voto de Fayt que consideró “no arbitrarios” los argumentos de la decisión recurrida y la remisión a su valiosa disidencia en el caso “C., J.A.”, aunque por otra parte esos argumentos lo llevaron a no considerar la posible aplicación de la CIDFP, cuando hubiera sido una excelente oportunidad para hacerlo, máxime cuando este ministro había resuelto anteriormente los casos “Nicolaidis” y “Videla” sólo por cuestiones de economía procesal, sin considerar dicha convención, a diferencia de sus colegas Petracchi, Boggiano y Maqueda.⁵¹

VI. CONCLUSIÓN

Los delitos contenidos en el art. 146 CP han sido considerados tradicionalmente como delitos que tutelan la libertad del menor y los derechos familiares, sin embargo, estos delitos también pueden ser considerados como una afectación al derecho constitucional a la identidad del menor en algunos o todos sus aspectos, entre los que se encuentran el conocimiento de

su origen biológico y la protección de sus vínculos familiares. En efecto, la afectación a la identidad que se evidencia en estos delitos deriva en un menoscabo a la libertad del menor pues es claro que conocer la propia identidad es condición necesaria para elegir libremente en la vida.

Esta interpretación de los tipos penales concuerda con las directrices del derecho internacional de los derechos humanos y protege más adecuadamente el derecho a la identidad consagrado en la CDN que el Estado argentino se obligó a cumplir. Sin embargo, tal como se advierte de la jurisprudencia relevada en este trabajo, este aspecto no ha sido suficientemente resaltado en la jurisprudencia, ni siquiera en la del máximo Tribunal.

En este contexto, debe entenderse el requisito de los 10 años de edad que impone el tipo penal de sustracción como un límite por debajo del cual el menor no puede emitir ningún discernimiento válido y, por ello, su libertad se encuentra afectada también luego de la sustracción de un menor de 10 años que carece de discernimiento, cuando se prolonga la ilicitud de la sustracción inicial mediante la comisión del delito de retención y/o de ocultación. Mediante esas figuras penales se continúa la afectación a la identidad del menor por impedir los vínculos familiares ya sea materialmente o sea negando la información que le permita al menor restablecerlos. En tal sentido, es indiferente que el menor haya cumplido los 10 años de edad para la continuidad de los delitos de retención y ocultación pues aun cuando por su edad el menor tenga la madurez suficiente para restablecer los vínculos por sí mismo, carece de la condición necesaria para ejercer la libertad de hacerlo, dado que no posee la información sobre su identidad y ese obstáculo opera como una valla, en palabras de los ministros Petracchi y Maqueda, que le impide volver a su guarda legítima. Además, debe destacarse que el delito afecta tanto al menor en su libertad e identidad, como a su familia, pues todos ellos se ven privados de esos vínculos que tutela la ley.

Desde esta perspectiva, el cese de comisión de los delitos de retención y de ocultación no debe entenderse en referencia a ese límite de edad sino en función de la cesación del delito por voluntad del propio autor o por la intervención de un tercero u otra causa extraña que modifique el estado antiju-

rídico creado por el autor, como ocurre en esta clase de delitos permanentes. Así, el delito cesa su comisión en los particulares supuestos que se analizan en este comentario, sólo cuando se revela la verdadera identidad del menor y se permite el restablecimiento del vínculo familiar. En este sentido, es recién desde ese momento que el plazo de prescripción de la acción en estos delitos comienza a computarse conforme al art. 63 del CP.

Esta ha sido la doctrina que se deriva de la disidencia de los jueces Petracchi y Maqueda en el fallo “Mastronicola” y del *obiter dictum* del dictamen del Procurador General en el último pronunciamiento en el caso “Videla”, que han resultado esclarecedores en este punto y deben tomarse como guía para la exégesis del tipo penal, a pesar de que no se menciona allí expresamente la afectación al derecho a la identidad, de rango constitucional. Los restantes casos de la CSJN comentados han sostenido la falta de arbitrariedad de pronunciamientos judiciales que fallaron en esta línea interpretativa y, a su vez, resaltan el carácter permanente de estos delitos, lo cual refuerza la conclusión antes alcanzada.

Por lo demás, una consideración de las normas de derecho internacional que definen el delito de desaparición forzada, en especial, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que posee rango constitucional en nuestro país, permite considerar el complejo de delitos sustracción-retención-ocultación en los casos analizados y en tanto práctica sistemática, como un caso de desaparición forzada, hipótesis que, según se analizó, fue sostenida por los dictámenes de la Procuración General de la Nación y por los votos de algunos jueces de la CSJN. Sobre el punto, corresponde resaltar que, tal como se extrae claramente de los dictámenes del Procurador General, la utilización de la CIDFP para analizar estos delitos no impone requisitos adicionales a los tipos penales, sino que sólo opera como una pauta interpretativa válida para los jueces de la nación que también se encuentran obligados, como parte integrante del Estado argentino, a hacer cumplir las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Aceptadas esas premisas, no sería difícil derivar también el carácter de delito contra la humanidad del delito de desaparición forzada y, como tal, afirmar

su imprescriptibilidad, principios que han sido reconocidos ya por nuestra CSJN.⁵²

En síntesis, el Estado argentino no puede afirmar que cumple cabalmente con la Convención sobre Derechos del Niño a la vez que sus órganos judiciales interpretan las normas penales destinadas a tutelar ciertas relaciones familiares y el derecho a la identidad de los menores de edad sin darle a estos derechos un alcance adecuado.

De esta manera, en este punto, la disidencia del caso “Mastronicola” puede servir de ejemplo para convertirse en doctrina mayoritaria. Por otra parte, existe una discusión abierta que merece ser profundizada en cuanto a la calificación de los hechos de apropiación de menores como un supuesto de desaparición forzada y, en consecuencia, un delito contra la humanidad de carácter imprescriptible.

NOTAS

1. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, 20 de noviembre de 1989, aprobada por ley 23.849 y que posee jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de la CN. El artículo 8 establece: “Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias tácitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a establecer rápidamente su identidad”. Con relación a la identidad, debe tenerse presente también el art. 7 que dispone que “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. A su vez, el art. 9.1 dispone que “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...”.
2. Fallos 318:2148.
3. CSJN, A. 533. XXXVIII, “Arancibia Clavel, Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa n° 259–”, sentencia del 24 de agosto de 2004.
4. CSJN, S. 1767. XXXVIII, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. –causa n° 17.768–”, sentencia del 14 de junio de 2005. Para un análisis de este fallo, ver el comentario de Hernán Folgueiro publicado en esta misma obra.

5. Moreno, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, T. IV, p. 386.
6. Zaffaroni, Eugenio Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo, *Digesto de codificación penal argentina*, AZ Editora, Madrid, 1996, T. I, p. 397.
7. Moreno, Rodolfo (h), op. cit., p. 386.
8. En nuestra legislación, reducción a la servidumbre, art. 140 del CP.
9. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1992, T. 4, p. 64.
10. Por su parte, Francesco Carrara si bien ubica a estos delitos como delitos contra los derechos de familia y no contra la libertad, trata la sustracción de menores como una forma especial que se exterioriza como un caso de plagio impropio. Ver, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Depalma, Buenos Aires, 1945, T. 4, p. 472 y T. 5, p. 410 y ss.
11. Soler, op. cit., p. 68.
12. Ver en este sentido, Fallos 314:898, 317:492.
13. Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino*, Ediciones Lerner, 1976, Tomo IV, p. 60 y 62.
14. Gómez, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Ed. Compañía Argentina de Editores SRL, Buenos Aires, 1940, T. III, p. 358.
15. Soler, op. cit., 70.
16. Art. 921 del Código Civil: “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años...”. Art. 2392. “Son incapaces de adquirir la posesión por sí mismos los que no tienen uso completo de su razón, como los dementes, fatuos y menores de diez años; pero pueden adquirirla por medio de sus tutores o curadores”.
17. CCCF, Sala I, “Berthier”, 9/9/2004, pronunciamiento que resuelve la cuestión de manera coincidente con la postura aquí sostenida y desarrolla éste y otros argumentos que se citan más adelante en el mismo sentido.
18. Soler, op. cit., p. 67.
19. Maiza, Cecilia, *Sustracción de menores*, en A.A.V.V, *Delitos contra la libertad*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 243.
20. CCCF, Sala I, “Berthier”.
21. Este argumento es tomado íntegramente del fallo de la CCCF, Sala I, “Berthier”, antes citado.
22. Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, t. I, p. 329.
23. CFed San Martín, Sala II, Sec. Penal nro. 2, “Zaffaroni Islas, Mariana”, 5/8/1994; CFed San Martín, “Bianco, Norberto y Wherli, Nilda Susana”; CFCC, Sala II, “Lavallén”, 18/4/1989; CFCC, Sala I, “Massera, Emilio E.”, 9/9/1999, “Berthier, Enrique”, 9/9/2004, entre otros.
24. Ver arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en cuanto a las reglas que consagran en materia de interpretación de los tratados.
25. Fleitas Ortiz de Rozas, A., *Derecho a la identidad*, Revista “La Ley”, año LXIX, nro. 22, 15 de noviembre de 2005, p. 1.

- 26- CSJN, H. 91. XXIV, "H.G.S. y otro", sentencia del 4 de diciembre de 1995, Fallos 318:2518, cons. 13° y 14°. Posteriormente, también fue citado el derecho a la identidad en Fallos 319:3370, 322:1349, entre otros.
27. "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", sentencia publicada en Fallos 309.
28. Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, S. XXI, Buenos Aires, 2005, p. 274/275 y 282.
29. Actualmente, se encuentra en trámite la causa nro. 10.326/96, del registro del Juzgado Criminal y Correccional Federal nro. 7, Secretaría nro. 13, caratulada "Nicolaides, Cristino y otros s/ sustracción de menores", iniciada en virtud de una querrela de "Abuelas de Plaza de Mayo", en la que se encuentran imputados Massera, Bignone, Acosta, Vañek, entre otros. En ese proceso, el fiscal interviniente requirió recientemente la elevación a juicio respecto de 7 imputados por un total de 34 hechos de apropiación. También se inició la causa 9841/98 respecto de Videla, originariamente instruida en jurisdicción de San Martín, Provincia de Buenos Aires. Para un análisis de algunos problemas jurídicos que se plantearon en este proceso, en especial, con relación al problema de la cosa juzgada, ver Rua, Alejandro, *Vigencia de la acción penal en el caso "Jorge Rafael Videla"*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, nro. 8-A, p. 371 y ss.
30. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992.
31. Adoptada por la Asamblea General de la OEA, en Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994. Esta convención adquirió rango constitucional mediante la Ley nro. 24.820, a través del mecanismo previsto a tal efecto en el art. 75 inc. 22, último párrafo, de la Constitución Nacional.
32. Aprobado por el respectivo Grupo de Trabajo el 22 de septiembre de 2005.
33. Folgueiro, Hernán, *Sobre la extracción compulsiva de sangre para la investigación del delito de desaparición forzada de personas*, en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, nro. 7, p. 260.
34. Idem, p.260/262. Allí se recopilan las decisiones de organismos internacionales que sostienen que los familiares de las personas desaparecidas deben ser considerados víctimas de ese delito. En este sentido, ver las referencias al caso "Blake" de la Corte IDH, los casos "Kurt v. Turquía", "Kaya v. Turquía", "Tas v. Turquía" y "Chipre v. Turquía", del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como así también las referencias al caso "Avdo y Esmá Palic v. República Srpska" de la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina y el informe que el experto Manfred Nowak elaboró sobre el tema para la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

35. Ver el informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, aprobado por la Comisión de Derechos Humanos en su 37° período de sesiones, del 2 al 13 de marzo de 1981, párr 48, entre otros, y el informe aprobado por el mismo Comité en su 38° período de sesiones, del 1° al 12 de marzo de 1982, párr 38-43.
36. CFCC, Sala I, “Massera, Emilio”, 9/9/1999; “Videla”, 9/9/1999; “Riveros” 7/08/2003, entre otros.
37. CSJN, M. 163. XXXVII, Recurso de Hecho, “Mastronicola, Teresa s/ retención y ocultamiento de un menor de diez años de edad sustraído del poder de sus padres”, causa n° 284, sentencia del 16 de marzo de 2004.
38. CSJN, “C., J.A. s/querrela por retención y ocultamiento de menor”, sentencia del 4 de diciembre de 1995, Fallos 318:2481.
39. Para negar razonabilidad a la extracción compulsiva de sangre, entre otras afirmaciones, el ex Procurador sostuvo que el matrimonio poseía la adopción plena del menor y que no resultaba factible inferir una presunta conexión entre el resultado de la prueba biológica y el delito denunciado pues, afirmó, “aunque ésta arrojara una conclusión en favor del querellante, no variaría su tipicidad o autoría, más aún teniendo en cuenta que el matrimonio adoptivo en ningún momento se atribuye la paternidad del menor”.
40. En el considerando 13° se contesta con acierto la alegación del entonces Procurador en cuanto a la falta de relevancia para la investigación penal de la medida, dado que, se afirmó “la comprobación del vínculo biológico invocado en autos entre el querellante y el menor podría servir eventualmente –sumada a otros elementos de prueba– para sustentar la imputación de que D.G. habría recibido y adoptado a un niño del cual sabía que era hijo de padres desaparecidos”.
41. CSJN, L 353. XXXIX, “Landa, Ceferino y Moreira, Mercedes Beatriz s/ recurso de casación”, sentencia del 28 de julio de 2005. Esta causa fue iniciada por la “Asociación Abuelas de Plaza de Mayo”. Cabe destacar que fue en ese proceso en el que se declaró por primera vez la nulidad y la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 (“punto final”) y 23.521 (“obediencia debida”) a fin de imputar a Juan Antonio del Cerro y a Julio Héctor Simón por la privación ilegal de la libertad de José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik, resolución que luego de ser confirmada por la Sala II de la CFCC, motivó el pronunciamiento de la CSJN en este tema en el fallo “Simón”, antes citado.
42. CSJN, J.46. XXXVII, “Jofré, Teodora”, sentencia del 24 de agosto de 2004.
43. La Dra. Highton de Nolasco rechazó el recurso por encontrarlo inadmisibles en función del art. 280 del CPCCN.
44. CSJN, “Cristino Nicolaidis”, Fallos 323:2035, sentencia del 2 de agosto de 2000.
45. Ver considerandos 10° y 15° del voto de Petracchi.
46. Ver considerandos 3° y 5° del voto de Boggiano.
47. CSJN, V. 34. XXXVI, “Videla, Jorge Rafael s/incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada”, sentencia del 21 de agosto de 2003.

48. Corte IDH, “Caso Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001, allí se resolvió la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad.
49. Ver considerandos 7° y 8°.
50. CSJN, “Videla, Jorge Rafael s/incidente de apelación y nulidad de prisión”, sentencia del 13 de diciembre de 2005.
51. En los considerandos 35°, 38°, 41° y 42° del fallo “Simón”, antes citado, el ministro Fayt explicita su opinión en cuanto a que considera violatorio del principio de legalidad, –art. 18, CN– considerar el concepto de desaparición forzada de la CIDFP para aplicarlo al derecho interno y que el principio de imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad contenido en esa convención no puede aplicarse a hechos anteriores a su entrada en vigor, tal como lo había sostenido en igual sentido en “Arancibia Clavel”.
52. Ver fallos “Arancibia Clavel” y “Simón”, citados en notas nros. 3 y 4.

Discusiones jurisprudenciales en torno a los tipos penales usualmente presentes en sentencias condenatorias por apropiación de menores

Por Alan Iud*

Este trabajo pretende ser una pequeña guía de algunas cuestiones problemáticas abordadas por la jurisprudencia en torno a los tipos penales más habituales en aquellos casos en que se obtuvo una sentencia condenatoria por la apropiación de niños durante la última dictadura militar (a pesar de que no siempre los jueces han considerado que las conductas probadas encuadraran en el tipo propio de esta conducta, indudablemente el del art. 146 del Código Penal). Se destacan especialmente algunos argumentos planteados recurrentemente por los abogados defensores, respondidos de distinta forma por la jurisprudencia, así como los distintos estándares probatorios de los justiciables.

Los tipos penales que comúnmente se aplican en los casos de sustracción de niños durante la última dictadura militar son los de los siguientes artículos del Código Penal:

art. 139, inc. 2.

art. 146.

art. 292, inc. 2.

art. 293.

* Abogado del Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo.

1. Art. 139, inc. 2, C.P.

“Se impondrá prisión de 2 a 6 años: (...) Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare”.

1.a. El perjuicio como elemento subjetivo del tipo antes de la ley 24.410.

La doctrina ha interpretado que el art. 139 contiene dos tipos (en cada uno de sus incisos) agravados, siendo el tipo básico el del art. 138 (“Se aplicará prisión de 1 a 4 años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro”).

Antes de la sanción de la ley 24.410, el tipo penal del art. 138 exigía como elemento subjetivo del tipo que el autor tuviera el “propósito de causar perjuicio” (la sanción de dicha ley eliminó este requisito, así como aumentó la escala penal). La jurisprudencia consideró que idéntico elemento debía exigirse para configurar el tipo del art. 139, en tanto este se remite al anterior, por ser su tipo agravado.

Así, la Sala II de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional resolvió que “no corresponde expedirse al respecto toda vez que no se ha acreditado en autos la perpetración de esta conducta disvaliosa, pues no se ha probado el propósito de causar perjuicio requerido en el tipo descrito por el art. 139, inciso 2 del Código Penal” (voto del juez Luraschi, en “Miara, Samuel y otra s/ suposición de estado civil, etc.”).

En el mismo sentido se pronunció el juez Fégoli, en la causa seguida contra Raquel Teresa Leiro Mendiondo y Rubén Luis Lavallén por sustracción de menor (en perjuicio de la niña Paula Eva Logares Grispon), quien cita a Fontán Balestra para afirmar que:

“en el inciso que comentamos la ley no menciona expresamente el propósito de causar perjuicio como lo hace en el art. 138 del C.P.. Es el caso de preguntarse si los actos tendientes a beneficiar al menor, también pueden ser constitutivos de este delito... Pensamos que en tales casos no se cometerá el delito, porque del modo como la ley ha quedado redactada, la norma del art. 138 se constituye en la figura básica de la cual es una modalidad agravada la previsión del art. 139, inc. 2°. Al hablarse

en ambos casos de un acto cualquiera como medio de comisión, no hay más elemento diferencial entre ambas figuras que la edad de la víctima. Si pensáramos de otro modo, y aceptáramos que el perjuicio es el elemento diferencial de las figuras tendríamos que considerar que el art. 138 se refiere también a los menores de 10 años, y se llegaría así al absurdo de que la sanción es más benigna cuando el autor ha obrado con el propósito de causar perjuicio (Derecho Penal, Parte Especial, V. Ed. Abeledo Perrot, pág. 236)”.

Sin embargo, en el caso bajo examen se descarta la aplicación de este tipo por no considerarse probado la conducta reprochada por el mismo.

De todas formas, esta cuestión reviste interés exclusivamente para los casos donde la conducta tipificada en el art. 139, inc. 2 cesó antes de la entrada en vigencia de la ley 24.410 (02/01/1995), dado que caso contrario se aplicará la ley reformada, en tanto se trata de un delito de los llamados “continuados” (c.fr. “Jofré, Teodora”, CSJN, 24/08/2004¹). Como ya se ha mencionado, dicha ley eliminó el “perjuicio” del tipo penal del art. 138, dándole su actual redacción. Pese a ello, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal en la causa “Gómez Francisco y otros s/ sustracción de menores”² excluyó la imputación a Gómez del tipo previsto en el art. 139, inc. 2 C.P., puesto que el mismo “en su redacción anterior (...), conforme lo señalara el Tribunal en diversos precedentes, requiere como requisito típico que el agente haya realizado la conducta ‘con el propósito de causar perjuicio, extremo que no ha sido acreditado en autos...’ (‘Incidente de apelación de Gómez, Francisco’, fs. 47).

De todas formas, no se advierte en las sentencias anteriores a dicha reforma que hubiera un estándar probatorio común. Ello por cuanto en similares situaciones, distintos jueces han considerado probado o no el perjuicio que exigía el tipo, contando con similares elementos probatorios. Así, en sentido contrario a las dos sentencias ya citadas, en el caso “Gatica Caracoche” (seguida contra Rodolfo Oscar Silva) la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de La Plata entendió que para probar el perjuicio “real o potencial” (cuya ausencia había sido alegada por la defensa del imputado) bastaba con “la sola alteración

producida en el estado de la menor para que se pueda señalar la consecuencia del mismo”, condenando al imputado por este tipo penal.³

Por otro lado, en el caso de la apropiación de Carla Rutila Artes (“Ruffo, Eduardo Alfredo y otra s/ inf. art. 139, inc. 2, 146 y 293 del C.P.”), el entonces juez de instrucción Martín Irurzun consideró que se encontraba probada la conducta del art. 139.2, sin referencias al perjuicio exigido por el art. 138, y desplazando al tipo del art. 146. Dicha sentencia fue revocada por la Cámara Federal e incluso Irurzun adoptó el criterio sostenido por la Cámara en “Ruffo” en el caso “Miara”, al integrar él la Cámara.

1.b. Cumplimiento de los diez años de edad del niño apropiado.

Mención especial merece la cuestión de si el delito continúa cometiéndose en el caso de que la identidad de la persona no sea restituida y ésta cumpla más de diez años, o si procede en ese caso el tipo simple del art. 138. El punto fue analizado por el sentenciante en el caso “Gómez, Francisco y otros s/ sustracción de menores”, en tanto el fiscal sostenía la segunda interpretación. Sin embargo, la sentencia señala que:

“[la] franja etárea debe meritarse al momento en que a la víctima se le suprimió la identidad. En este sentido, la exigencia prevista en la figura penal de análisis se satisface absolutamente cuando el dolo del autor, su voluntad delictiva, se manifiesta en el momento en que el niño aún se encuentra en sus primeros 10 años de vida, aquellos que habrán de marcar su posterior desarrollo como persona. Es lógico que en el marco de un delito calificado cual permanente, aquel infante año a año vaya superando distintas etapas de su vida, hasta egresar de esa condición material impuesta por la norma que, inevitable y ajena a la voluntad del autor, bajo ningún punto de vista puede alterar o modificar su original ánimo ilícito. Ese aspecto objetivo determinado por el cumplimiento de los 10 años de la víctima, acaecido en 1988, no puede presentarse como un obstáculo para reconocer que la verdadera supresión de identidad, que comenzó cuando ella tenía solo días de nacida, se continuara hasta el año 2000 en el cual, cesando los efectos del delito, adquirió su real identidad. Precisamente, cuanto más tiempo aquel menor de 10 años se mantuvo

privado de conocer sus verdaderos orígenes, mayor es el injusto desplegado por quien se encargó de que así sea, y ese superior grado de reproche es el que se encuentra reflejado en el inciso 2° del art. 139 del Código Penal. Por ello, resultaría no sólo desacertado, sino claramente absurdo, pretender asignarle a ese inexorable paso del tiempo la capacidad de alterar un mismo y único designio criminal que se mantuvo invariable. Lo contrario importaría admitir que cuanto más permanezca el niño sumido en ese estado de perversa incertidumbre, pueda llegar a beneficiar a quién en él lo colocó. De esta manera se llegaría a la incoherente conclusión que si se hubiese develado su verdadera identidad antes de los diez años, el autor del delito debería responder en mayor medida que en un supuesto en el que, como en el caso, aquella supresión de identidad se mantuvo por más de veinte”.

2. Art. 146 C.P.:

“Será reprimido con prisión o reclusión de cinco a quince años, el que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.”

2.a. Aplicación del tipo penal a pesar de no haberse establecido la identidad de la víctima.

La discusión jurisprudencial que se ha planteado en torno a este tipo penal en algunos de los casos bajo examen viene dada por el hecho de que en algunas causas no se pudiera realizar el peritaje de histocompatibilidad (popularmente conocido como “examen de ADN”) que determinara la auténtica identidad de los niños y jóvenes (por diversas razones, que van desde la fuga de los imputados de la apropiación con las víctimas del delito, es decir los niños apropiados, a la negativa de los mismos una vez que obtuvieron la mayoría de edad).

Así, en el caso “Bianco”⁴, la defensa de los imputados planteó que, dado que no se había realizado el examen de ADN y que en consecuencia no se había determinado la identidad de quienes estaban anotados como sus hijos, no había “corpus delicti”, por lo cual no estaría configu-

rado el tipo penal. Sin embargo, el juez de instrucción consideró que el delito se encontraba probado por otras circunstancias, tales como la mendacidad de la declaración de los imputados, en tanto las mismas no se concedían con los testimonios brindados por los testigos por ellos acercados, quienes no pudieron sustentar con solidez su hipótesis, así como otra serie de testimonios y elementos de prueba que acreditaron que el imputado Bianco se desempeñaba como médico militar en el centro clandestino de detención que funcionaba en Campo de Mayo, y describiendo varios de ellos que era quien habitualmente daba ordenes para la atención de los partos que allí sucedían. Asimismo, fue valorado en el mismo sentido por el juez el hecho de que los imputados se dieran a la fuga y se radicaran en Paraguay con los niños sustraídos, impidiendo de esta forma que se pudiera realizar el examen de ADN. En consecuencia, recurriendo a otros elementos, en el marco de las reglas de la sana crítica que rigen en materia probatoria, se consideró probado el delito y se condenó a los imputados Bianco y Wherli por la apropiación y sustracción de dos menores de diez años (en concurso real).

“Hemos de tener presente que la regla general en punto a la comprobación del ‘*corpus delicti*’ la proporciona el art. 217 del código de rito, que, a falta de pruebas materiales, autoriza a que se compruebe la perpetración del delito por cualquier otra clase de prueba. En ese sentido, entiendo que el art. 358 inc. 1 limita lo mencionado anteriormente en cuanto se refiere a la comprobación del objeto material del delito (*corpus criminis*), pero no al conjunto de las restantes circunstancias objetivas de aquél, que son susceptibles de las pruebas de presunciones.

En síntesis, la aparente contradicción entre los arts. 217 y 358 inc. 1 del ritual debe dejarse de lado al recuperar su armonía si se afirma que el objeto del delito (*corpus criminis*) ha de probarse directamente, y que los otros elementos de la configuración objetiva del tipo son susceptibles de evidencia por presunciones (ver en especial voto del Dr. Leopoldo H. Schiffrin, autos “Ridella, Leonardo F.”, 1/11/88, Sala Penal 3, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata).

Sabido es que la figura del 146 C.P. requiere que el hecho se produzca

mediante substracción, ocultación o retención; que la persona no tenga diez años cumplidos; y que se produzca con relación a personas encargadas del cuidado del menor, lo que implica la falta de consentimiento por parte de éstas. En cuanto a este último punto, pues quien se apodera de un menor de diez años que carece de padres, tutores o encargados, no comete este delito (...), y encontrándose frente a un caso en el cual se reprocha a los procesados la retención y ocultación de dos menores sustraídos por la actividad de una persona no individualizada en el legajo, toma vital importancia la prueba presuncional analizada en el apartado 6.

No puedo dejar de reseñar sin embargo, que ha sido la misma Sala I de la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de San Martín la que sostuvo que: ‘la falta de indentificación de los verdaderos padres de los menores, de manera alguna elimina el delito, sino que expone con mayor certeza que éste se habría visto perfeccionado’ (ver. fs. 1302/03 y causa nro. 1261 “Actuaciones reservadas correspondientes a la causa 37/95 ‘Tetzlaff, Hernán y otra s/ art. 139 inc. 2 y 146 C.P.’, reg. 4518).

(...) Acreditada desde un punto de vista objetivo la materialidad del hecho investigado, corresponde ahora analizar si la conducta desarrollada por los procesados es pasible de reproche penal, en observancia a las normas legisladas en el Título XII del Código de Procedimientos en Materia Penal.

Las pruebas recogidas demuestran acabadamente que hasta la celebración de los matrimonios de Carolina y Pablo en la República del Paraguay, los imputados fueron quienes retuvieron y ocultaron a los nombrados con la finalidad de palear las naturales necesidades de procreación, e impidieron de todas formas la ubicación de los mismos por parte de sus legítimos tenedores y así el restablecimiento del vínculo con sus respectivos orígenes.

Del acontecer de la causa deviene que, por la propia actividad de Bianco, el nombrado se encontraba en una posición más que favorable para conocer la verdadera identidad de los niños que, junto a Wehrli, retuvo ilegalmente.

En este marco y conforme los descargos efectuados por los encartados, adelanto que ambos serán considerados coautores de la retención y ocultación e los menores porque, no cabe duda, a la inverosímil voluntad de

cada una de las madres en ceder a sus respectivos hijos al matrimonio Bianco, se agrega que tampoco resulta creíble la elección de los medios utilizados, ya que, evidentemente, al imaginar la preparación de la maniobra se vislumbra la necesidad de contrariar la ley, cuando ésta, brinda instrumentos para cubrir los naturales deseos de constituir una familia.

Luego de ello, desplegaron su actividad dirigida a ocultar la identidad real y la ubicación de los entonces menores, llegando inclusive a fugarse del país cuando la justicia tomó intervención en el asunto.

Conviene también recordar que retiene el que tiene o guarda al menor sustraído, y oculta el que además de detenerlo, esconde su ubicación a la vista y conocimiento del titular de esa tenencia. Ambos deben obrar con conciencia y voluntad de hacerlo respecto de un menor sustraído”.

2.b. Alegación del desconocimiento por parte de los apropiadores del origen del niño apropiado.

En otras causas, donde si se ha podido realizar el examen de ADN y se determinó que los niños que estaban en poder de los imputados eran hijos de detenidos-desaparecidos, el argumento defensorista giró en torno al pretendido desconocimiento de los apropiadores de la identidad de los auténticos padres de los niños (y en consecuencia la identidad de estos últimos), o bien de el hecho de la sustracción de los mismos. En general, este argumento ha sido rechazado por la jurisprudencia más reciente, la cual ha valorado otras circunstancias tales como el desempeño de los apropiadores en los centros clandestinos de detención donde estuvieron en cautiverio los padres de los menores apropiados, la continua obstrucción de los mismos al examen de histocompatibilidad, así como el obvio conocimiento de que los niños no eran sus hijos naturales y que tampoco los habían adoptado legalmente.

Así, en el caso “Zaffaroni Islas”⁵, la Cámara Federal de San Martín consideró que:

“No puede compartirse la atipicidad alegada como descargo por el Sr. defensor oficial en relación al delito previsto por el art. 146 del C.P., en el sentido que sus pupilos desconocían la identidad familiar de la beba prove-

niente del mismo centro clandestino de detención al que habían sido derivados sus padres naturales en el momento de ser secuestrados, por cuanto tratándose el encausado de un agente activo de la Secretaría de Inteligencia del Estado (S.I.D.E.), de cuya estrecha relación con el ‘Grupo de Tareas’ actuante en la emergencia da cuenta su libre acceso al sitio donde se mantenían a las personas detenidas y ‘tabicadas’, así como a la información (de la que carecían hasta los jueces) sobre la trágica suerte que correría la pareja Zaffaroni-Islas por su entrega subrepticia a un ejército extranjero, queda evidenciada la posibilidad que tuvo de indagar sus relaciones de parentesco o de promover su adopción legal en lugar de elegir, como lo hizo junto con la coprocesada, la secuencia de ilicitudes dirigidas a reforzar la retención y el ocultamiento en que incurrieron. A ello debe sumarse además, y fundamentalmente, la conducta asumida posteriormente, consistente en la asunción en común de coartadas mendaces dirigidas a confundir la investigación, así como la posterior sustracción de la criatura, por años, a la acción de la justicia que se las había entregado en custodia, a pesar de que toda la sociedad estaba conmocionada por la masiva difusión de las tragedias provocadas por el terrorismo de Estado.” (Del voto del Dr. Mansur).

En sentido similar se pronunció la Sala II de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la mencionada causa “Miara”.

“De lo reseñado precedentemente se desprende claramente que los procesados sabían que se trataba de menores de diez años, de quienes ellos no eran padres biológicos y que, no siendo abandonados, habían sido sustraídos de sus familiares. En ese conocimiento, los retuvieron y efectuaron todos los actos de ocultamiento necesarios, de modo que parecieran como si fueran propios, situación que hicieron perdurar hasta que fueron puestos a disposición de la justicia el 3 de mayo de 1989. (...) A lo expuesto debe agregarse que la renovada voluntad del matrimonio Miara Castillo de continuar con la retención y ocultación de los menores, aparece cabalmente evidenciada con la conducta observada por ambos cuando fueron citados por la justicia para la realización de un estudio de histocompatibilidad que demostrara o descartara su paternidad respecto de los mellizos, momento en el cual se ausentaron de su residencia habi-

tual llevándose consigo a los niños, siendo necesario acudir a una petición internacional de extradición a la República del Paraguay donde se refugiaron, para lograr su regreso a nuestro país y su consecuente sometimiento al presente proceso. De este modo, ha quedado descartada por completo la ausencia de dolo sostenida por la defensa de los procesados y se ha demostrado que Samuel Miara y Alicia Beatriz Castillo en todo momento tuvieron conocimiento y voluntad de ocultar y retener a los menores de diez años Gonzalo Javier y Matías Ángel Reggiardo Tolosa. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que resulta difícil conciliar la versión brindada por Miara con su función policial a la época de los sucesos y con los destinos en los que estuvo asignado y las actividades a las que se lo vinculó en el ejercicio de tales funciones. (...) Ahora bien, no puede pasarse por alto que quienes con cierto rango revistaban en la Policía Federal en la época en que se desarrolló la llamada ‘guerra sucia’ contaban con información, y por ende, tenían un mayor conocimiento que el resto de la población acerca de los atroces hechos que acaecieron en nuestro país durante la dictadura militar, instaurada entre los años 1976-1983; ello así y, en virtud del papel protagónico que en tales eventos cupo, en general, a todas las fuerzas de seguridad.”

De similar forma se resolvió el caso “Landa, Ceferino y otra s/supresión de estado civil, arts. 139, inc. 2°, 146 y 243 CP”⁶:

“Con relación al hecho que perjudicara en forma directa a Claudia Victoria Poblete, entendemos que con las probanzas valoradas en el considerando que antecede debe tenerse por acabadamente demostrada la autoría penalmente relevante de Ceferino Landa y Mercedes Beatriz Moreira.

El procesado Landa prestó declaración indagatoria a fs. 338/341 (incorporada al debate por lectura), donde en un minucioso relato admitió que la por entonces menor le fue entregada por un camarada del ejército, el doctor Julio César Cáceres Monié, quien conocía los problemas de infertilidad padecidos por su cónyuge.

(...) No obstante ello, el resto de su discurso está fantasiosamente encaminado a restarle a su conducta y a la de coencausada cualquier clase de contenido que pudiera poner de manifiesto que el quehacer de

ambos se concretó con pleno conocimiento de las consecuencias objetivas del hecho del tipo legal y con voluntad incondicionada de realizarlo.

Pero contrariamente a lo sostenido por el enjuiciado Landa, en autos está por demás comprobado que tanto él como su consorte de causa conocían el verdadero origen de la criatura.

No puede soslayarse en tal sentido que tal como emerge del legajo médico n° 09594, perteneciente al por entonces Teniente Coronel Cefe-rino Landa, éste fue sometido a un examen por el entonces Teniente Coronel Médico Julio César Cáceres Monié, el día 7 de agosto de 1978.

Curiosamente, se trata del camarada que le entrega a la criatura, posiblemente entre los días 29 y 30 de noviembre de 1978 (ver considerando anterior, letras “c” y “d”) y le extendiese el certificado de nacimiento falso.

A los efectos de elucidar el tema que aquí nos ocupa, no adquiere menor relevancia la circunstancia de que tanto uno como otro militar, en esa época, prestaban servicios en el Comando Cuerpo de Ejército I, del cual –como ya se anunciara– dependía operativamente el centro de detención clandestino “El Olimpo”, sitio donde el día 28 de noviembre fuera alojada la menor junto con su progenitora y retirada al cabo de 2 ó 3 días. Es más, al ser escuchada en la audiencia, la testigo Graciela Irma Trotta refirió que un médico de unos 50 años, que luego se entera que se llamaba Cáceres Monié, de vez en cuando visitaba ‘El Olimpo’. Mientras que el testigo Mario César Villani aludió a un médico conocido como ‘El tordo’, de unos 45 años, que frecuentaba el centro de detención con la misma periodicidad.

Finalmente, si tomamos en consideración, además, que el suceso que nos ocupa aconteció poco antes de que se clausurara dicho centro; que para ese entonces Ceferino Landa se desempeñaba en el mismo Comando bajo cuya jurisdicción se hallaba ‘El Olimpo’, con el rango de Teniente Coronel; la puerilidad de la excusa ensayada para justificar por qué no realizaron los trámites de adopción y que no obstante el grado de instrucción de ambos procesados, se haya ‘confiado’ en el supuesto consejo de Cáceres Monié acerca de que era ‘usual’ anotar en el Registro Civil a bebés abandonados empleando certificados absolutamente falsos; puede concluirse sin esfuerzo alguno en que ambos justiciables conocían que la criatura

que recibieran había sido sustraída, por resultar éste el procedimiento seguido en aquellos años con muchos de los hijos de desaparecidos.

Entonces, no obstante tener conocimiento que la bebé no era abandonada ni carecía de familiares, igualmente la inscribieron en el Registro Civil como hija propia, le sustituyeron el nombre, y realizaron todas las maniobras necesarias para desacreditar cualquier rastro que pudiese quedar acerca de los verdaderos vínculos familiares y afianzar la retención y el ocultamiento, situación que perduró a través de los años.

Sin reparar siquiera en el daño que se podía causar a la menor al apartarla ilegítimamente del núcleo familiar de origen, el matrimonio conformado por Ceferino Landa y Mercedes Beatriz Moreira renovaron su voluntad de no perderla cuando el primero de los nombrados fue sometido a proceso en el juzgado en lo Criminal n° 1, ante la presunción de que quien era conocida como Mercedes Beatriz Moreira podía ser hija biológica de otras personas desaparecidas. En esta oportunidad apareció evidenciada en su verdadera magnitud la recalcitrante actitud de retener y ocultar la niña como si fuera propia, puesto que, lejos de deponerla, continuaron actuando como si fuesen sus verdaderos padres.

No abrigándose duda alguna acerca de que ambos inculcados deben responder penalmente por la retención y ocultación de la menor, corresponde puntualizar que Mercedes Beatriz Moreira, a diferencia de su cónyuge, desempeñó un rol con menor grado de protagonismo.”

En idéntico sentido resolvió en el caso “Gómez, Francisco...”:

“Se ha probado que el Comodoro Sende entregó a Rodolfo Fernando a Francisco Gómez en la vivienda particular de este último cuando aquel tenía escasos días de vida. Recuérdese que la procesada Jofré señaló que el niño todavía tenía el cordón umbilical.

(...) Por otra parte, se encuentra probado que Gómez trabajaba en la Regional Inteligencia Buenos Aires –llevado por el Comodoro Sende–, lugar en el cual desempeñaba tareas de mantenimiento y cumplía con encargos menores que le realizaba este último. En tal sentido, es de resaltar que algunos de los compañeros de Gómez lo identificaron como ‘cadete de Sende’.

Sin perjuicio de ello, en base a lo testimoniado por Julio César Leston, se ha podido determinar que era habitual que existieran detenidas embarazadas y que las criaturas nacidas en cautiverio eran entregadas a familias vinculadas a las Fuerzas de Seguridad.

Dada la contundencia de los aspectos objetivos que se desarrollaron, debo concluir que Gómez procedió con el dolo requerido por la figura que se le imputa, recibiendo un chico cuya procedencia ilegal era incuestionable, pese a lo cual concurrió con Sende al Escuadrón Sanidad del Grupo I de Vigilancia Aérea, donde el Capitán Pedro Alejandro Canela le extendió un certificado de nacimiento ideológicamente espurio, con el cual concurrió al Registro Provincial de las Personas y anotó al niño como su hijo biológico.

(...) Tal como antes señalé, este Tribunal encuentra incuestionablemente acreditado que el procesado Gómez conocía que la procedencia del menor era ilegítima y, amén de ello, lo retuvo y ocultó, haciendo emitir documentos ideológicamente apócrifos, sin realizar ningún cuestionamiento en torno a la verdadera familia de la criatura”.

Pero en el caso “Gatica Caracoché”, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de La Plata resolvió en sentido contrario:

“Con relación a la autoría del procesado en el hecho A) se encuentra probada mediante su confesión calificada (fs. 272), en ella Rodolfo Oscar Silva acepta haberse apropiado de la menor, pero alegando ignorancia de su condición de ‘sustraída del poder de sus padres, tutor, persona encargada de ella’ lo que constituye una causa de inculpabilidad (art. 34 inc. 1° del Cód. Penal).

El señor Juez de primera instancia, considera que dicha confesión calificada es divisible, teniendo en cuenta para ello los siguientes elementos: el testimonio de Julio César López del Pino González (fs. 4/5 y 281), la fraguada ficha de afiliación del Instituto de Obra Médica Asistencial (fs. 131), las reiteradas negativas a someter a la menor de autos a las pericias dispuestas por el Juzgado (fs. 73/74; 86/87; 117 y 118) la reiteración y ocultamiento de la menor desoyendo los requerimientos del Juzgado (fs. 215/19 y 292) y su carácter de funcionario policial. Si bien el examen de las pruebas aportadas

y de las que fueran recogidas y evaluadas por el señor Juez 'a quo' surge como probable que el acusado pudiera conocer la situación de la sustracción de la menor del poder de sus padres o de las personas encargadas, tales circunstancias no han quedado plenamente demostradas en autos, toda vez que ni de la confesión judicial prestada por el acusado ni de prueba testimonial, documental o pericial puede obtenerse dicha conclusión.

Y si bien el testimonio de Julio César López del Pino González, pudiera surgir que ello aconteciera, dichas declaraciones no sólo carecen del requisito del fundamento legal, tal como bien lo apunta el señor defensor del acusado, sino que además no contiene descripción de hechos que hubieran caído bajo la acción de los sentidos del testigo, pues lo que allí declara son conjeturas que no posibilitan afirmar conocimientos directos de los mismos. Del testimonio de fs. 656, nada puede extraerse en contra del imputado, porque no individualiza a quién menciona como oficial de la Policía de la Provincia.

Tampoco resulta suficiente como para formar la plena prueba, la circunstancia del desempeño policial del acusado, pues ello por sí solo no permite afirmar inequívocamente que dicha condición le otorgara el conocimiento a que nos venimos refiriendo.

Por lo expuesto soy de opinión que la presunción evaluada por el señor Juez 'a quo' y alegada por el señor Fiscal de las Cámaras en el sentido de que el acusado debía tener un conocimiento de las circunstancias tácticas relativas a la menor, por la realidad que exhibía el país, no resulta suficiente como para formar la plena prueba de ello. Y aun cuando ello pudiera constituir una probabilidad, ésta no se aumenta con otras circunstancias que permitan inmunogenética a la certeza que el caso requiere.

En cuanto a la ficha de afiliación de I.O.M.A., la negativa a la extracción de sangre a la menor y su resistencia a entregarla, nada dicen sobre el conocimiento acerca del secuestro, y puede responder a múltiples motivaciones, entre ellas, las invocadas por el prevenido.

Debe concluirse entonces que el imputado obró inculpablemente, al desconocer un elemento esencial de la figura delictiva: el secuestro del que había sido víctima la menor María Eugenia Gatica (art. 34 inc. 1° del

Cód. Penal y 236 del Cód. de Proced. Penal, t.a.). Aun así, considerando que dicho error le es imputable al procesado a título de culpa, puesto que debió averiguar la situación de la víctima, al no existir la forma culposa del delito que tratamos, corresponde de todas maneras su libre absolución.”

Del mismo modo resolvió el juez Fégoli en el caso de Paula Eva Logares Grinson (causa n° A 202/83, seguida contra Raquel Teresa Leiro Mendiondo y Rubén Luis Lavallen por sustracción de menor):

“A mi modo de ver los testimonios transcritos precedentemente resultan insuficientes para afirmar, con el grado de certeza que exige todo pronunciamiento judicial de condena, en qué circunstancias los encausados Lavallén y Leiro recibieron a Paula y, por ende, si las mismas fueron o no delictivas.

No paso por alto que Lavallén prestó servicios en la Brigada de Investigaciones de San Justo, según surge de sus propias declaraciones (fs. 97) y de las de Arturo del Guasta (fs. 637), en el año 1978, y que incluso Norberto Liwsky en el juicio contra los Comandantes del autodenominado Proceso de Reorganización Nacional, dijo que estando detenido allí pudo escuchar la conversación de los guardias que lo mencionaban como uno de los integrantes de esa dependencia (fs. 1418), lo que movería a pensar que bien pudo haber recibido a la niña conociendo los pormenores del caso, esto es que los padres de la misma se encontraban privados de su libertad en dicha Brigada, pero tal antecedente no basta por sí solo para fundar un juicio de reproche en contra de los encartados, máxime si se advierte que los testimonios aportados por el matrimonio Corro, no permiten siquiera entrever que Paula fuera separada de su progenitora antes o después del encerramiento de ésta en la dependencia policial.”

Nótese que, como el mismo juez relata, constaban en la causa testimonios que daban cuenta que los padres de la niña apropiada, Mónica Sofía Grinson y Claudio Ernesto Logares, estuvieron un mes detenidos clandestinamente en la Brigada de Investigaciones San Justo, antes de ser trasladados a la Brigada de Investigaciones de Banfiel (conocida como “El Pozo de Banfield”).

Por otro lado, con otros argumentos (encuadrando la conducta de la

sustracción exclusivamente en el tipo penal del art. 139, inc. 2, del C.P.) resolvió el juez Irurzun en el caso “Ruffo, Eduardo Alfredo y otra s/inf. art. 139, inc. 2°, 146 y 293 del C.P”.

“En primer término, la conducta desplegada por Eduardo Ruffo y Amanda Cordero de Ruffo, disintiendo con el Sr. Procurador Fiscal y la querrela, que no llegado a configurar la tipicidad establecida en el art. 146 del Código Penal. Como bien se ha señalado, tanto en las acusaciones como en la defensa, no ha podido comprobarse, en esta causa, que haya sido Ruffo quien perpetrara la sustracción de la menor, hecho de por sí indiscutible según surge de autos, pero no relacionable con el acusado, a pesar de que hay indicios que sugerirían alguna conexión de este con el centro de detención clandestino donde podrían haber sido alojadas Graciela Rutila y su hija. Hasta aquí queda claro que sería forzar las circunstancias considerar autor de ello a Ruffo, pero se nublan las certezas cuando se aprecia que el matrimonio Ruffo efectivamente tuvo en su poder a ambos menores durante un prolongado lapso de tiempo, ocultándolos de sus verdaderos familiares –de los que sólo se conocen los de Carla Rutila Artes– e impidiendo establecer –o restablecer– los vínculos legítimos. Es precisamente esta conducta lo que lleva a los acusadores al convencimiento que son incursores en el delito de privación ilegal de la libertad de menores de diez años, ya que el tipo penal no sólo reprime la sustracción de un menor sino también su retención y ocultamiento.

En este punto, el sentenciante considera que debe desplazarse la tipicidad atendiendo al bien jurídico objeto de tutela, pues la interpretación de su accionar persuade que el haber tenido en su poder, y ocultar a los menores fueron medios que encuentran previstos por el art. 139, inciso segundo del Código Penal, que alude a esas conductas y las considera métodos idóneos para vulnerar el estado civil de un menor. Este ocultamiento y demás medios que fueron empleados por Eduardo Ruffo –a los que también se refiere la norma legal cuando generaliza ‘otro acto cualquiera’– se prolongaron en el tiempo hasta el momento de su detención, el 24 de agosto de 1985.”

Como se ha señalado, esta sentencia fue revocada por la Cámara en este punto, y luego el Dr. Irurzun adoptó la posición de la Cámara al pasar a integrar la misma en el mencionado caso “Miara”.

2.c. Situación del médico.

En este punto vale la pena traer a colación la sentencia recaída contra Jorge Luis Magnacco –médico que habitualmente asistía en los partos que tuvieron lugar en el centro clandestino de detención que funcionaba en la ESMA–, en la citada causa “Gómez, Francisco...”. Allí, luego de establecer el plan sistemático de aniquilación de personas y apropiamiento de sus hijos, el sentencian-te encuadró la conducta de Magnacco en el tipo penal del art. 146.

“En primer término, corresponde dejar sentado que –tal como lo ha manifestado el Superior en numerosos pronunciamientos– los sucesos que integran el objeto procesal de las presentes actuaciones deben ser interpretados como verificados en el marco de un régimen clandestino de detención utilizado por la dictadura militar que dirigió los destinos del país entre los años 1976 y 1983. (...)

La actividad desplegada por los jerarcas del último régimen militar, no se limitó tan sólo a acallar las voces de quienes mantenían una ideología que no se condecía con la de aquellos que comandaban la Nación, y que eran estigmatizados bajo el calificativo de subversivos.

Ese plan de aniquilación sistemático lejos estuvo de satisfacerse con la afectación física de aquellos que recibían el rótulo señalado. Fue también necesario amputar los ideales que dichos ciudadanos sostenían. En esa tarea no consideraron suficiente extirpar a quienes importaban un riesgo concreto para el ideal de país que el régimen concebía, sino que, a dichos fines, era necesario erradicar a aquellos que en un futuro pudieran abrigar los mismos pensamientos.

En tal contexto, con base en el contundente y concordante testimonio de las víctimas del sistema referido (...) se ha determinado que las mujeres embarazadas que perdían ilegítimamente su libertad, eran trasladadas a la Escuela de Mecánica de la Armada a fin de que allí, en una improvisada y precaria sala de partos, dieran a luz.

Asimismo, se ha demostrado que las criaturas recién nacidas eran entregadas a familias vinculadas con el proceso militar, constituyendo esos primeros momentos de vida tan sólo el eslabón inicial de una cadena de mentiras que, en el caso de autos, le significó a Rodolfo Fernando desconocer su verdadera identidad por más de veinte años.

Dentro de esta fracción de la organización criminal que funcionaba en la Escuela de Mecánica de la Armada, la asistencia médica que necesariamente debe rodear todo parto fue cumplida por el Capitán de Navío, Dr. Magnacco.

Sentado lo expuesto, a través de las tareas investigativas desarrolladas, se ha podido demostrar que el Dr. Magnacco ofició de obstetra en el parto que Patricia Julia Roisinblit dio a luz un varón –a quien nombró Rodolfo Fernando– el 15 de noviembre de 1978. Suceso que tuvo lugar en los oscuros sótanos de la Escuela de Mecánica de la Armada.

(...) Con respecto a las tareas que el gobierno militar asignara al Dr. Magnacco, se ha podido verificar, con absoluta certidumbre, que el procesado referido cumplía funciones obstétricas y ginecológicas con habitualidad en el centro clandestino de detención referido.

En este sentido, no caben dudas de que el Dr. Magnacco actuó con conocimiento y voluntad de prestar una ayuda indispensable en un parto que culminaría, ineludiblemente, con la sustracción del recién nacido y la desaparición forzada de su madre (...).

Así, el Dr. Magnacco tuvo, en todo momento, dominio del hecho que aquí se le imputa, perdurando los efectos de su escalofriante intervención por más de veinte años.

Sobre el particular, y para valorar adecuadamente la magnitud de la nefasta colaboración prestada por Magnacco en la sustracción sistemática de niños, no se puede soslayar que el nombrado no sólo ostentaba cargo de oficial de la marina, sino que, además, era médico.

Sendas calidades –en especial esta última– deben necesariamente valorarse como calificantes del accionar del procesado, toda vez que –en mi opinión– las mismas conllevan en su propia naturaleza una posición de garante de legalidad de los hechos en los cuales se intervenga en razón de las mismas.

Al respecto la Excm. Cámara del Fuero ha dicho ‘... en este tipo de hechos constituye una circunstancia particularmente agravante la calidad de médico... dado que la sociedad lo capacitó y le confió el cuidado de la salud y de la vida de sus semejantes... se computa por otro lado, su grado de subordinación jerárquica...’ (C.C.C. Fed. Causa nro. 44, incoada en virtud del decreto 280/04 del PEN, rta. El 02/12/86).

Recuérdese que todas las mujeres que compartieron detención con Patricia Roisinblit, y que fueron escuchadas en autos, no dudan en afirmar que las tareas de Magnacco en la ESMA eran habituales.

A fin de desvirtuar este extremo, en su defensa Magnacco señaló que, quien entregó el menor a Gómez y a su mujer, fue Sende y que no se encontraba acreditada su vinculación con este último.

En este sentido, sin perjuicio de no haberse acreditado la relación apuntada, se ha demostrado con incuestionable convicción que el procesado –en su carácter de oficial subalterno médico a cargo de la obstetricia y ginecología en la E.S.M.A.– posibilitó el nacimiento de ‘Rodolfo Fernando’ en las circunstancias antes referidas, a fin de que éste fuera arrancado de los brazos de su madre –quien, según los dichos de Julio César Leston, habría sido arrojada al mar días después del parto en uno de los denominados ‘vuelos de la muerte’– y retenido y ocultado por una familia vinculada al Proceso de Reorganización Nacional.

No puedo pasar por alto, ni pasó, que estaba utilizando sus conocimientos en un depósito sin ventanas en el cual no se contaba con elementos adecuados, y que estaba siendo auxiliado por otras dos personas que también están detenidas.

Tampoco preguntó por la familia o el padre de la criatura. A poquísimo de indagar habría llegado a la verdad. ¿Puede entonces pretender que le ordenaron que asista un parto y simplemente cumplió la orden y se retiró?

No es posible, desde ningún punto de vista, suponer que todo aparecía como la simple colaboración que Magnacco esgrime haber prestado.

Entonces, la inexistencia de vinculación entre el procesado y el Comodoro Sende, amén de integrar una laguna en esta historia, nada cambia a los ojos de este juzgador que se halla habilitado, por los elementos de con-

vicción, para sostener que la sustracción de menores en la ESMA constituía una práctica habitual, que al tiempo del nacimiento de ‘Rodolfo Fernando’, quien atendía habitualmente a las parturientas era el Dr. Magnacco y que, en consecuencia, este último tenía absoluto conocimiento que el destino de ese niño no estaría junto a su familiar biológica. No obstante lo cual mantuvo incólume la dirección de sus acciones, prestando así colaboración imprescindible para que la sustracción se verificara.

Todo ello, con independencia de su conocimiento, o no, respecto de la familia concreta que lo recibiría, o de aquel que fuera el formal entregador.

Cabe destacar que el auxilio que el imputado ha brindado para la configuración del delito que se le imputa, se considera imprescindible por cuanto, sin su cooperación profesional en el funcionamiento de la improvisada ‘sala de partos’ de la ESMA, Rodolfo Fernando no habría sido nunca Guillermo Gómez, así como tampoco habría muchos otros casos de hijos de desaparecidos que desconocen su auténtica identidad”.

Por último, se descarta el argumento de la defensa de Magnacco que señalaba que la conducta de su pupilo encontraba una causa de justificación en el art. 34, inciso 4to, del Código Penal:

“En primer término, no se encuentra demostrada la existencia de la orden que Magnacco dice haber recibido. Por el contrario, se ha establecido –conforme se explicitar en los párrafos que anteceden– que Magnacco prestaba habitualmente servicio de salud a las mujeres detenidas en la Escuela de Mecánica de la Armada, lo que permite dejar de lado la hipótesis enarbolada en torno a la existencia de una orden concreta para que se ocupara del parto de Patricia Roisinblit.

Sin perjuicio de ello, es claro que no cabe eximir de responsabilidad a quien recibe una orden manifiestamente ilegal, como resulta el pedido de colaboración en la sustracción de menores de la que será objeto ‘Rodolfo Fernando’ luego de su nacimiento, acaecido en el marco de la privación ilegítima de la libertad de sus padres.

Así, lo ha entendido la Sala II de la Excma. Cámara del Fuero al sostener que: ‘Para ampararse en la eximente de la obediencia de una orden debió necesariamente demostrarse la existencia de una orden superior

que dispusiera que debía actuarse del modo en que se actuó. Además, y aún ante tal hipótesis, no puede exceptuarse de responsabilidad a quien invoque actuar en cumplimiento de una orden superior en casos de hechos atroces y aberrantes, o de ilicitud manifiesta, características en las que sin lugar a dudas puede encuadrarse la sustracción, retención y ocultación de un menor de 10 años...’ (C.C.C. Fed., Sala II, causa nro. 16.201, Reg. N° 18.360, rta. el 1/2/01).”

Vale la pena señalar aquí que el argumento de la defensa, en verdad, constituye una auténtica revelación de la existencia de un plan, o al menos de órdenes, para el apropiamiento sistemático de niños. Ello pues la conducta de asistir médicamente en un parto no admite causa de justificación, en tanto se trata de una conducta atípica. Por ello, precisamente, la imputación sufrida por Magnacco es la de haber participado en la sustracción de un menor de 10 años (art. 146 CP), conducta que –como señala la Cámara– tampoco admite la causa de justificación esgrimida por Magnacco.

2.d. El consentimiento del apropiado.

Otro argumento defensivo planteado en varias causas ha sido la existencia de un pretendido “consentimiento” de los niños y jóvenes apropiados con la situación, lo cual implicaría la atipicidad de la conducta. Esta cuestión ha sido resuelta en forma uniforme por la jurisprudencia, rechazando el planteo.

“Conviene tener presente en primer término, que el bien jurídico resguardado a través de la figura penal prevista en el art. 146 del libro de fondo, que enmarca el tipo penal en estudio, consiste en el libre ejercicio de los derechos de familia, básicamente a través de la patria potestad; por lo que no interesa si los menores prestaron o no consentimiento para permanecer alejados del ámbito de custodia de sus padres, tutores, curadores o encargados de los mismos, dado que dicho consentimiento se encontraría viciado por carecer la persona de quien emana, de capacidad legal suficiente para decidir al respecto; sino que lo que aquí debe tenerse en cuenta es el consentimiento de quien o quienes lo tenían legítimamente a su cuidado.

Luego, existe una mayor protección jurídica que la simple privación de libertad individual –lo que se evidencia en la escala punitiva asignada–, ya que no se trata solamente de coartar el derecho a la libertad ambulatoria, sino que se cercena de plano la voluntad de tinte educativo y de integración tanto familiar como social en general. Ha difundido Sebastián Soler al describir este ilícito que ésta manera de considerar la infracción de referencia lleva a concebirla como una derivación o forma del delito de plagio. Cuando ése es el criterio, las consecuencias son las de no paramientos en la voluntad del sustraído, el cual viene a ser tenido como sujeto carente de toda voluntad computable...'; ‘...la similitud de esa figura con la genérica figura del plagio nos hace ver que el bien jurídico aquí tutelado es el de la libertad en aquel sentido genérico propio del plagio, no porque sea necesaria la reducción del menor a un estado de servidumbre, sino porque el menor de diez años, efectivamente se encuentra en una situación de dependencia casi total de otra voluntad, y la ley castiga al que usurpa esa otra voluntad.’; ‘La voluntad contrariada debe ser la de los padres o tutores, de modo que el único consentimiento que tiene influencia para hacer desaparecer el hecho es el de esas personas.’ –Derecho Penal Argentino, Ed. Tea, 1988, Tomo V, págs. 62/65–.” (caso “Miara”, del voto del Dr. Irurzun).

“Si el encausado ha confesado lisa y llanamente, por un lado, saber que la niña de aproximadamente 1 año de edad había sido despojada de sus legítimos tenedores, que eran personas detenidas; y por otro lado, que aceptó guardar la menor sustraída y esconderla para que no se tuvieran noticias de ella, mediante la compra de un certificado medico de nacimiento y el registro como prole propia; se encuentra cumplido con estas conductas las acciones de retener y ocultar a una menor de 10 años de las personas encargadas (art. 146 C.P.). Nada agrega que la infanta desconociera su filiación, porque es indiferente que medie o no el consentimiento del incapaz sobre la acción del recurrente (arts. 316 y 321, C.P.)”. (caso “Zaffaroni Islas”, del voto del Dr. Rudi, con la adhesión del Dr. Prack).

Incluso los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Petracchi y Maqueda se expresaron sobre este punto en su voto concurrente “Mastro-

nicola, Teresa s/ retención y ocultamiento de un menor de diez años de edad sustraído del poder de sus padres –causa n° 284–”, confirmando lo resuelto por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín:

“(…) tanto el juez de primera instancia como la cámara volvieron a rechazar el planteo de prescripción sobre la base, fundamentalmente, del carácter permanente del delito imputado a Mastronicola. Dicha permanencia –se dijo– no se veía interrumpida cuando el menor cumplía los 10 años, pues los bienes jurídicos tutelados, la libertad y la patria potestad, continuaban siendo afectados en idéntica medida. En esa ocasión, el a quo destacó la similitud de la figura del art. 146, C.P., con la de la forma básica del delito de plagio, que ‘...nos hace ver que el bien jurídico aquí tutelado es el de la libertad en aquel sentido genérico de plagio, no porque sea necesaria la reducción del menor a un estado de servidumbre, sino porque el menor de diez años, efectivamente se encuentra en una situación de dependencia casi total de otra voluntad, y la ley castiga al que usurpa esa otra voluntad...’. Agregó, además, que el consentimiento del menor resulta irrelevante para excluir la tipicidad de la conducta, en tanto el único consentimiento válido es el de los padres (o tutores), de tal modo que, una vez ejecutado el delito, la ofensa inferida al derecho de familia subsiste con independencia de que el menor cumpla la edad prevista en el tipo legal.

(...) En este sentido, el hecho de que el menor nunca hubiera manifestado su voluntad de regresar a su núcleo familiar de origen tampoco basta para justificar la omisión de considerar la cuestión. En efecto, tal circunstancia no puede ser tomada como una situación frente a la cual es evidente la no afectación de la libertad, pues uno de los requisitos para que el consentimiento excluya la tipicidad es que éste haya sido prestado libremente, sin engaño, o sin recurrir a cualquier otra maniobra que coloque a la persona en una situación tal en la que ya no le queda ninguna otra alternativa más que aceptar someterse a la restricción que se le impone. En este contexto, asimismo, la circunstancia de que el menor, mayor de 10 años, pero sustraído de sus padres antes de cumplir esta edad, ‘consintiera’ su nuevo emplazamiento (ilegítimo) de familia, es irrelevante para la existencia de un consentimiento excluyente del tipo,

pues dicho menor, por sí solo, carece de la facultad de disponer del bien jurídico protegido con un alcance tal que lleve a excluir el ejercicio de la patria potestad por parte de quienes tienen derecho a ella.”

3. Arts. 292 y 293 C.P.:

“Artículo 292. El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado.

Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años.

Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento.

Artículo 293. Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años.”

3.a. Acerca de la prescripción.

En los casos estudiados, no se han planteado discusiones relevantes en torno a la adecuación típica de las conductas juzgadas, recayendo usualmente el cuestionamiento de los defensores en la pretendida prescripción de la acción penal para estos delitos.

Este argumento ha sido reiteradamente rechazado por la jurisprudencia, mereciendo destacarse las siguientes sentencias:

“(…) previo a todo análisis, dejaré sentada mi opinión, en cuanto a la ausencia, en este caso concreto, de uno de los fundamentos del instituto de la prescripción, como es el desinterés del Estado y la sociedad, al dejar transcurrir el tiempo sin investigar los ilícitos aquí estudiados.

En este sentido, no puede interpretarse dicho transcurso del tiempo como un real desinterés del Estado y la sociedad por perseguir estas conductas.

Desde esta perspectiva, deben tenerse en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar que rodearon estos hechos ilícitos.

Los mismos ocurrieron el día 19 de mayo de 1977, apenas superado el primer año del gobierno de facto en la República Argentina.

En el caso concreto a estudio, se encuentra probado que SAMUEL MIARA cumplía funciones en la Superintendencia de Seguridad Federal de la Policía Federal, durante los años 1976/7.

De las constancias mismas de la presente causa, se desprenden las dificultades y riesgos a los que se veían expuestos quienes intentaban colaborar en el esclarecimiento de conductas como las que aquí se han investigado.

En efecto, basta como ejemplo de lo expresado precedentemente, la desaparición de la partera Delgadillo y su marido, luego de haber comentado a la presunta familia sanguínea de los niños, Ross de Rossetti, su intervención en el parto de los mellizos, que tuviera lugar en la Unidad 8 de Olmos, del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, referida por los testigos que deponen a fojas 118; 852 y 1159; 1294/5; 1327/8; 1359/60; de las declaraciones testimoniales de los Dres. Rodolfo Enrique Tessari y Esteban Alejandro Vera, que luego de ser contactados por dicha familia, fue interrogado el primero, por el Servicio de Inteligencia del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires y trasladado el último a Bahía Blanca.

Sólo luego de una transformación, que se operó paulatina y progresivamente, el Estado reasumió su rol, evidenciando de igual manera, paulatina y progresivamente, su real interés por descubrir y castigar actividades ilícitas como las que en esta causa se han probado.

Una vez que esto ocurrió, dificultó esta tarea la actitud temerosa y reticente de quienes habían intervenido, colaborado o conocido algún aspecto de estas conductas delictivas.

Obsérvense, en este sentido, las declaraciones de fojas 118; 171, 908 y 1.150; 172, 652 y 958; 852 y 1.159; 1.294/5, 1327/8, todas las cuales fueron recibidas prácticamente diez años después de haber sido cometidos los ilícitos investigados y alrededor de tres años después de haberse reinstaurado el régimen democrático de gobierno.

A esta altura del análisis, cabe preguntarse si podemos afirmar que el lapso de tiempo que transcurrió desde la fecha de comisión de la falsedad de las actas de nacimiento y los D.N.I. correspondientes a los mellizos, hasta el día en que ambos esposos Miara fueron vinculados a esta causa, revela el desinterés en reprimir esta conducta, que pretende castigar la figura de la prescripción de la acción.

¿Podría exigirse al Estado instaurado con el gobierno de facto, una actitud persecutoria de este tipo de conductas, cuando desde el propio Estado se las amparaba?

Desde otra perspectiva, ¿podría siquiera imaginarse que el legislador dio vida al instituto de la prescripción con el objeto de amparar organizaciones criminales, enquistadas en los mismos estrados del poder?

Por lo tanto, entiendo que la solución a adoptarse en el presente caso, debe merituar estas especiales circunstancias históricas, que son también consideradas por el Sr. Fiscal de Primera Instancia, al formular acusación, en un acápite aparte.

Por último, debe verificarse si en el tiempo transcurrido desde la fecha de comisión del ilícito en estudio, no se ha visto interrumpido el plazo de prescripción de la acción, ya sea por la comisión de un nuevo delito o por la existencia de algún acto procesal que revista calidad de “secuela de juicio” (art. 67 del C.P.).

El término de la prescripción que corresponde al delito de falsedad ideológica de documento público (8 años –art. 293 del C.P.–), que comienza a contarse desde la fecha de su comisión (19/5/77), se encuentra plagado de síntomas de esa paulatina predisposición estatal a que hice referencia en el apartado B, a saber:

a) Con fecha 8 de junio de 1984, el Juzgado Penal Nro. 2 de La Plata recibe declaración testimonial a SAMUEL MIARA (fs.77), evidenciando el

contenido del interrogatorio, la imputación de las conductas investigadas en la presente causa, valiendo como ejemplo la expresa pregunta que se le formuló ‘...sobre si del fruto de su matrimonio tiene hijos contestó...’.

Sin entrar a cuestionar la actuación del Titular de dicho juzgado, en cuanto a la formulación de preguntas de cargo en un interrogatorio testimonial, considero que tal pieza procesal es una manifestación expresada de un paulatino ánimo persecutorio de la sociedad, razón por la cual, para este caso concreto, le otorgo carácter interruptivo.

b) En igual sentido, es dable observar que, a fs. 330 y con fecha 23 de enero de 1986, en el mismo juzgado dispuso la captura del matrimonio MIARA, posteriormente revocada por la Cámara de Apelación en lo Penal de La Plata.

Cabe citar aquí la jurisprudencia mayoritaria, que otorga al derecho en el cual se dispone la captura del encausado, la entidad interruptiva propia de la “secuela de juicio”: C.C.C. Sala V, causa “KALDROVICH M.”, rta. el 12.6.70; C.C.C. Sala V “GUERECICH M.”, rta. el 16.7.65, publ. L.L. T° 121, pág. 666, fallo 12.965-S; C.C.C. Sala III “ARIAS R.”, rta. el 13.8.57, publ. J.A. 1967-IV-402; C.C.C. Sala IV “PEREZ BARROS E.”, rta. el 17.12.74, publ. B.B.I. Entrega 1-1975; C.C.C. Sala IV “KARBUSZKY SHAVERZ F.”, rta. el 18.9.79, publ. B.B.I. 1980-III-34.

En igual sentido, en la obra “Prescripción de la acción penal”, Tomo 1, página 134, Adolfo Calvete expresa “Disponer la captura con la pesquisa, constituyendo un acto positivo emanado de sus facultades y en ejercicio de la jurisdicción que le acuerda la ley procesal”.

c) Con fecha 13 de febrero de 1987, el Juzgado Criminal y Correccional Federal 6 dictó la prisión preventiva de los nombrados MIARA, con el fin de obtener su extradición.

Sin perjuicio de los distintos actos procesales precedentemente citados, que interrumpen el plazo de la prescripción en estudio, cabe agregar la causal de interrupción de la misma por ‘la comisión de otro delito’ (art. 67 del C.P.).

En el caso que nos ocupa, el ‘otro delito’ que provoca la interrupción de la prescripción de la acción del delito de falsedad ideológica de documento

público, consiste en el de retención y ocultamiento de menores de diez años.

Este ilícito comenzó a ejecutarse el 16 de mayo de 1977 y cesó su comisión el 3 de mayo de 1989, fecha en la cual regresaron ambos imputados al país, junto con los menores.

Tratándose de un delito de carácter permanente o continuado, el mismo, ‘según la doctrina tradicional (Carrara), está constituido por varias acciones violatorias de un mismo género de delito, ejecutadas con unidad de intención (idéntico proyecto o designio criminoso). Hay solución de continuidad entre una y otra infracción, pero el todo, a los fines de la pena, constituye un delito único’ (Conf. Vera Barros, ob. cit.).

Se trata de ‘varios hechos dependientes’ considerados a los efectos indicados como una ‘unidad de delito’ (véase R.C. Núñez en notas al Tratado de Manzini, T° 3, pág. 414, n° 1; pág. 417, n° 2 y pág. 421, n° 3).

(...) Es por estas características que, si bien este delito comenzó a ejecutarse con anterioridad al ilícito cuyo plazo de prescripción pretende interrumpirse, su consumación se extendió en el tiempo con posterioridad a la comisión del último, revelando en cada nueva acción desplegada por los imputados con posterioridad a ese momento, su renovada intención de delinquir.

(...) Por otra parte, el término ‘comisión de otro delito’ contenido en el art. 67 del Código Penal comprende todo el estado de consumación del mismo (véase R.C. Núñez, en notas al Tratado de Manzini, T° V, pág. 648, IV, B).

Por último, no se advierten razones para adoptar un criterio adverso al que el propio Código Penal sienta, en su art. 63, en cuanto establece como punto de partida, para el cómputo del plazo de prescripción en los delitos continuos, el momento en que éste cesó de cometerse.

En efecto, no se discute que comienza a computarse el plazo de prescripción, en este tipo de delitos, luego del último acto de consumación.

(...) En ambos casos, se trata del momento que se tomará como de comisión del ilícito continuo o permanente.

¿Por qué razón debería, en este supuesto, computarse como fecha de comisión del delito de retención y ocultación de menores de diez años, como pretende la defensa de los Miara, la fecha en que comenzó a cometerse este ilícito y no, la fecha en que cesó de cometerse?

Por los fundamentos aquí expuestos, soy de la opinión que corresponde rechazar la petición de la defensa del matrimonio Miara, de la declaración de prescripción de la acción penal respecto del delito de falsedad ideológica de documento público.” (Del voto del Dr. Luraschi, en “Miara, Samuel y otra s/suposición de estado civil, etc.”, Cámara Federal en lo Criminal y Correccional Sala II).

“(...) Carla Rutila Artés fue inscripta el 13 de octubre de 1977 y Alejandro Alfredo Ruffo el 22 de junio de 1976. En el primer caso surge claramente que no ha transcurrido el margen legal para que opere la prescripción, ya que el máximo previsto para los delitos por los que fueran acusados Eduardo Ruffo y su esposa es de ocho años de prisión. En el segundo, y si nos atenemos a las fechas antedichas, parecería que sí ha transcurrido el plazo al que se aludiera, pero ello no es así. Fundamente este criterio la convicción de que, si bien la falsificación ideológica de documentos se consumó cuando fueron inscriptos, la acción que tuviera como consecuencia la supresión del estado civil de los menores continuó desplegándose en el tiempo (...).

Por ello el suscripto considera que no corresponde hacer lugar a lo peticionado, en cuanto a la prescripción, lo que así se resolverá.” (“Ruffo, Eduardo Alfredo y otra s/inf. art. 139, inc. 2°, 146 y 293 del C.P”).

“Se imputa a Rodolfo Oscar Silva los delitos de sustracción de menor, en concurso real con el de supresión de estado civil agravado éste último en concurso ideal con falsedad ideológica y uso de instrumento público falso en los términos de los arts. 146, 139 inc. 2a, 293, 296, 54 y 55 del Cód. Penal.

El primero de los hechos individualizados por la requisitoria Fiscal, tiene determinado una escala de pena de tres a diez años de prisión y los restantes tienen pena de prisión que van de uno a cuatro años el previsto en el art. 139 inc. 2° y de tres a ocho años el del art. 293 segundo párrafo.

Para la determinación del plazo de prescripción que emerge de los hechos a que se refiere la requisitoria Fiscal, como ya lo tengo dicho en otra causa (Luther, Eduardo Carlos, L.S.-1986, T. II, Reg.: 156) deben aplicarse las normas del concurso y en consecuencia la escala de tres a diez años de prisión que corresponde al primero de los hechos, concurre con la de uno a cuatro años de prisión del segundo y éste con la de

tres a ocho años del tercero. Ello es así, porque tal como lo han dicho reiteradamente numerosos fallos jurisprudenciales ‘La situación jurídica que crea el concurso de delitos, impide considerar aisladamente la prescripción de la acción penal que corresponde a cada delito... Si al concurso se reprime como un delito simple, mediante una pena única cuyos límites establece el art. 55 del Cód. Penal, resulta lógico y es indudablemente justo que se prescriba en la misma forma, esto es, de conformidad con el monto total de la pretensión punitiva, computándose el plazo de prescripción, a tenor del art. 6 inc. 2 del Cód. Penal, sobre la pena máxima que pueda aplicarse...’ (S.C.B.A. Holzman, Juan Félix y otro, J.A 1959, T.V, p. 156; fallos: 53, 274; 58, 707; ‘A. y S.’, serie 14a., T. 8, p. 374; Serie 15a., T. 9, p. 466; Serie 16a. T. 2, p. 430, Serie 17a., T. 9, p. 222 y 522; Serie 18a., T. 1, p. 116).

Por lo tanto, de acuerdo al criterio previsto en el art. 62 inc. 2a del Cód. Penal, el plazo de prescripción –concurralmente de 3 a 18 años– teniendo en cuenta el examen precedentemente realizado, es de 12 años.

Y tomando en consideración las fechas que se tienen como acreditadas en autos –sea la del certificado médico o la indicada como de registro de nacimiento– al presente, no han transcurrido en ninguno de los supuestos que se analizan, los plazos para que opere la prescripción de la acción penal y por lo tanto entiendo que no puede declararse la misma.” (Sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de La Plata, Sala I, recaída en la causa seguida contra Rodolfo Oscar Silva por los delitos cometidos en perjuicio de la niña María Eugenia Gatica).

“A los procesados se les enrostran los ilícitos previstos y reprimidos en los arts. 139, inc. 2° y 2293 en función del 292, 2a y 3° párrafos del Código Penal, el primero de los cuales prevé una pena máxima de cuatro años de prisión, en tanto los restantes están conminados con pena máxima cuyo monto resulta superior al mencionado.

Pues bien, la falsa obtención de la cédula de identidad, a nombre de Paula Luisa Lavallén, expedida por la Policía Federal el 10 de diciembre de 1981 reviste singular importancia como hito interruptor de la prescripción, según se verá seguidamente.

En efecto, desde la fecha pre-indicada, hasta el llamado a prestar declaración indagatoria ocurrido en el mes de agosto de 1984 (fs. 589), es obvio que no transcurrió el plazo de cuatro años antes citado que, como se vio, es el menor de los que integran la cuenta prescriptiva.

A su vez, el 25 de julio de 1978, fecha en que fue inscripta la menor Paula ante las autoridades del Registro Civil, hasta el 10 de diciembre de 1981 en cuestión, tampoco medió transcurso de tiempo suficiente como para que se produjera la extinción de la acción penal por la causal en examen.

Por consiguiente, a la luz de los antecedentes vistos, la pretensión defensiva no puede prosperar (art. 67, apart. 4° del Código Penal).” (Sentencia dictada por el Juez Federal Juan Edgardo Fégoli en la causa seguida contra Raquel Teresa Leiro Mendiondo y Rubén Luis Lavallen por sustracción de menor, en perjuicio de la niña Paula Eva Logares Grispon).

Sin embargo, en el caso “Bianco”, la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín revocó la condena a los imputados por los tipos penales de los arts. 139 inciso 2 y 239 del C.P., considerando la acción prescripta para estos delitos, con argumentos contrarios a la jurisprudencia citada:

“... Estimo que las acciones penales de los ilícitos encuadrados en los arts. 293 y 139, segundo párrafo del C.P., si bien no prescribieron hasta abril de 1987 por haberse interrumpido su plazo por la ‘comisión de otro delito’, cual fue el previsto por el art. 146 del C.P. (art. 64 cuarto párrafo del C.P.), la prescripción comenzó a surtir efectos una vez que cesaron las consecuencias permanentes del delito (art. 63 del C.P.).

(...) De esta manera, la ilegítima guarda de Carolina y Pablo por parte de Norberto Bianco y Susana Wehrli, cesó el día 28 de abril de 1987 cuando el magistrado de Paraguay ordenó la disposición tutelar de los menores (...) al carecer los mismos de filiación conocida (art. 392 del Código Civil).

En razón de lo expuesto, y teniendo en cuenta que la prescripción de la acción corre y opera con relación a cada delito, aun cuando exista concurso de ellos (Fallos CSJN 201:63; 202:168; 212:324 y 321:1315, entre otros), considero que ha transcurrido con exceso el plazo de la prescrip-

ción de los ilícitos previstos en los arts. 293 y 139, inc. 2, del C.P., cuyas penas máximas –vigentes a la fecha de comisión de los hechos– eran de seis y cuatro años, respectivamente, ya que durante el transcurso de éstos no se ha realizado ningún acto de procedimiento que los haya interrumpido, así como tampoco ha mediado en ese plazo la comisión de algún nuevo ilícito por parte de los encartados. Ello así, toda vez que el primer acto interruptivo de la prescripción –luego de que cesara la comisión del ilícito previsto en el art. 146 del C.P.– fue la resolución que dispuso la prisión preventiva de los encausados con fecha 14 de marzo de 1997.” (Del voto del Dr. Hugo Rodolfo Fossati, al que adhirieron los Dres. Jorge Eduardo Barral y Narciso Juan Lugones).

Al margen del criterio distinto de la Cámara de San Martín al del resto de la jurisprudencia citada, sorprende especialmente la decisión en tanto considera que en 1987 cesó de cometerse el delito del art. 139 inc. 2, por el simple hecho de que un juez de la República de Paraguay otorgara la guarda de los niños a Bianco y Wehrli (tal como sostiene la sentencia de la Cámara), pues la identidad de los niños seguía siendo desconocida –aquí ya indudablemente por la evasión a la justicia de los imputados, llevándose consigo a las víctimas–, y lo sigue siendo a la fecha, y como señalé oportunamente, se trata de un “delito continuado”. Es decir que el delito previsto en el art. 139 inc. 2 del C.P. cometido por los imputados, lejos estuvo de cesar en 1987 con aquel otorgamiento de la guarda por un juez de Paraguay, sea quien fuere el guardador. Idéntico análisis corresponde realizar con respecto al delito del art. 146 del C.P.: éste también es un delito continuado y tampoco cesó de cometerse.

Por último, no debe omitirse considerar que la República de Paraguay tardó más de siete años en cumplir con la sentencia de la Suprema Corte de ese país que ordenaba conceder la extradición de Bianco y Wehrli por los delitos imputados, es decir que la causa tuvo un interregno de ocho años, en los cuales no había ningún acto jurídico para realizar, más que proceder a efectivizar la extradición: los imputados ni siquiera estaban prófugos, sino que estaban en detención preventiva domiciliaria (de cuyo constante quebrantamiento abundan pruebas en la causa), pero simple-

mente el Estado paraguayo no cumplía con la sentencia de su máximo tribunal y omitía extraditar a Bianco y Wehrli. El incumplimiento de la sentencia de la Suprema Corte de la República de Paraguay originó que Abuelas de Plaza de Mayo denunciara el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta circunstancia podría haber ameritado realizar un análisis similar al efectuado por el Dr. Luraschi en el caso “Miara”.

3.b. Ley penal más benigna.

Por último, en lo referente a estos tipos penales, merece la pena mencionar que la ley 24.410 (como se ha dicho, sancionada en 1995), también ha modificado los arts. 292 y 293 C.P., ampliando los tipos penales, de forma que comprenden expresamente la adulteración de certificados de parto y de nacimiento, aunque podría entenderse que dicha extensión del tipo en verdad no es tal, sino una simple aclaración que viene a cumplir cabalmente con el principio constitucional de legalidad.

Es de especial importancia, entonces, analizar si procederán los tipos previstos antes de la sanción de la ley 24.410 o los reformados. Para la jurisprudencia estudiada, la solución parece ser la primera:

“La Fiscalía interpretó que, tanto la falsificación del certificado de nacimiento, como de la partida, como del documento nacional de identidad a nombre de Mercedes Beatriz Landa, constituyen falsedades ideológicas en instrumento público agravados por recaer en documentos destinados a acreditar la identidad de las personas.

Fundamentó tal conclusión en las previsiones del decreto-ley 8.204/63, de la ley 17.671 y del Código Civil.

El Tribunal comparte el criterio expuesto, sólo en lo atinente a la falsedad ideológica del documento nacional de identidad n° 26.769.382, a nombre de Mercedes Beatriz Landa, desde que resulta inequívoco que tal instrumento tiene por finalidad específica el identificar a la persona en cualquier acto que lo requiera.

Pero no sucede otro tanto con referencia a la falsificación del certificado de nacimiento expedido por Julio César Cáceres Monié y de la partida n° 2.036 (ver fs. 4 y 5).

Una atenta lectura de la normativa del decreto-ley 8.204/63 permite concluir en que ninguno de tales instrumentos tiene por función específica la acreditación de identidad, lo que no podría ser de otra manera puesto que resulta claro que tienen en mira la determinación de la existencia de un parto en un caso, y de los datos de estado civil por el otro (ver al respecto arts. 24 y 31 del citado decreto-ley).

Por otra parte resulta por demás claro que nadie podría determinar la identidad de alguien mediante un certificado de parto y una partida de nacimiento desde que dichos instrumentos carecen de elementos esenciales para tal propósito como ser fotografía y huella dactilar.

Si esto no bastara, la ley 17.671 en su artículo 13 establece que el documento nacional de identidad será requerido ‘en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad de las personas... sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad, cualquiera fuera su naturaleza y origen’ (textual).

La misma legislación en su artículo 57 señala que a los fines identificatorios y hasta que sea expedido el documento nacional de identidad conservarían su validez una serie de documentos que menciona, entre los cuales no se encuentran ni la partida de nacimiento ni el certificado de parto.

Este ha sido el criterio que parece seguir la doctrina al tratar la agravante puesto que ha sostenido que ‘quedan excluidos de la figura los documentos que están destinados a acreditar circunstancias de la persona distintas de su identidad, aunque estén relacionadas con ella, como... el estado civil... a pesar que la costumbre haga servir a algunos de ellos como acreditantes de identidad’ (Creus, Carlos, “Falsificación de documentos en general”, pág. 116).

Todo esto ha sido reconocido legislativamente en materia penal desde que, la ley 24.410 equipara a los documentos nacionales de identidad ‘los certificados de parto y de nacimiento’ (textual), lo que implica la admisión de que no se trata de instrumentos idénticos.

Así las cosas, y los fines de establecer cual es el texto legal aplicable, será necesario determinar, previamente, el momento de comisión

La totalidad de la doctrina aparece conteste en que las falsedades documentales como las que nos ocupan, son delitos instantáneos que se consu-

man en el mismo momento en que el instrumento conteniendo las declaraciones falaces se perfecciona con sus firmas y sellos (ver al respecto, Creus, op. cit. pág. 141; Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, T° V, pág. 367; Núñez, Ricardo C., “Derecho Penal Argentino”, T° VII, pág. 216; Fontán Balestra, Carlos, “Tratado de Derecho Penal”, T° VII, pág. 503).

Establecido este extremo, y toda vez que los delitos de falsedad ideológica en instrumento público que se imputan a Landa se consumaron entre el 30 de noviembre y el 5 de diciembre de 1978, por aplicación del principio del artículo 2 del Código Penal, deben ser subsumidos en las previsiones del Código Penal según leyes 20.642 y 21.766, por resultar más benignas que las vigentes en el período intermedio y en la actualidad. (Causa N° 530 “Landa, Ceferino y otra s/supresión de estado civil, arts. 139, inc. 2°, 146 y 243 CP”. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5, 5 de julio de 2001).

NOTAS

1. Ver “Aplicación de la ley 24.410”, de Manuel Garrido, y “Los delitos del art. 146 del C.P. a la luz del derecho a la identidad y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, de Nuria Piñol Sala, en esta misma publicación.
2. Expte. N° 9298/00 del Juzg. Fed. n° 2 - Sec. n° 4.
3. Sin embargo, sorpresivamente, en este mismo caso la Cámara no consideró probado que el imputado hubiera realizado la sustracción de la niña (art. 146), revocando la sentencia de ira instancia en este punto.
4. “Bianco, Norberto Atilio y Wehrli, Nilda Susana s/ Inf. art. 139, 146 y 293, del Código Penal”, causa n° 5939, que tramitó ante el Juzgado Federal N° 1 de San Isidro.
5. C. Fed. San Martín, Sala II, causa 421, “Zaffaroni Islas, Mariana s/ av. circunstancias de su desaparición; Furci, Miguel Ángel; González de Furci, Adriana, (procesados).
6. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5, 5 de julio de 2001, Causa N° 530.

Problemas de derecho procesal penal

Los análisis genéticos después del fallo “Vázquez Ferrá” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por Luciano A. Hazan*

I. INTRODUCCIÓN

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Vázquez Ferrá” del 30 de septiembre de 2003 marcó un retroceso claro en la búsqueda de los niños apropiados durante la dictadura, ya que pareció que el tribunal cerraba las posibilidades de extraer sangre para obtener muestras de ADN en aquellos casos en los que los ya jóvenes adultos no quisieran prestar su consentimiento. La situación para la Corte había cambiado porque los jóvenes ya habían dejado de ser niños y habían cumplido la mayoría de edad; junto con el delito, de carácter permanente, que pareció haberse emancipado de la posibilidad de justicia y persecución penal.

Sin embargo, poco tiempo después, un juez falló en forma contradictoria a aquella sentencia y abrió la compuerta para que dos Cámara de Apelaciones hicieran lo propio pocos meses después. Todos coincidieron en que los hechos sobre los que se basó el fallo del tribunal que tiene en su poder la última interpretación constitucional era demasiado particular para dejar un criterio firme e inamovible. Los jueces hicieron un esfuerzo por demos-

* Abogado. Coordinador Técnico del equipo jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo.

trar esta diferenciación en los hechos. Sin embargo, en las resoluciones que se reseñan es fácil de advertir la discusión argumentativa en la que se inmiscuyen los jueces teniendo siempre en mente aquel precedente.

Finalmente, los avances científicos brindan una nueva oportunidad frente a la ineficacia del sistema de justicia en la persecución de delitos de lesa humanidad que se siguen perpetrando desde hace casi dos décadas.

El objetivo de este trabajo no es más que reseñar aquéllas resoluciones que siguieron al caso “Vázquez Ferrá”, para que sirvan de herramienta para el litigio de las partes acusadoras en el proceso penal y para la toma de decisiones de los jueces.

II. LAS CÁMARAS DE APELACIONES Y LA DIFERENCIACIÓN FÁCTICA

El caso Vázquez Sarmiento fue el primero que tuvieron que resolver los tribunales luego del polémico caso “Vázquez Ferrá”¹, que no sólo tuvo eco en el ámbito jurídico, sino también amplia difusión pública a través de los medios masivos de comunicación. El 5 de noviembre de 2003, apenas un mes después del fallo de la Corte Suprema, el juez Rodolfo Canicoba Corral falló resolviendo la obligatoriedad del análisis de sangre, aun sin el consentimiento del joven que se supone hijo de una pareja de personas desaparecidas durante la dictadura militar². El 14 de julio de 2004 la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires confirmó esa resolución³, en una muy fundamentada sentencia de los jueces Horacio Cattani, Martín Irurzun y Eduardo Luraschi.

Sin embargo, no se trató de la única resolución que, luego de “Vázquez Ferrá”, ordenó un análisis obligatorio para conseguir ADN en casos de niños apropiados en el marco del terrorismo de Estado. La sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de San Martín hizo lo propio respecto de los jóvenes cuya adopción fue concedida judicialmente en el marco de gravísimas irregularidades a la dueña del multimedios más grande de Argentina, Ernestina Herrera de Noble.⁴

Las tres resoluciones tuvieron un punto en común: diferenciarse de la

resolución de la Corte Suprema federal, especialmente en cuanto a que los votos concurrentes que formaron la mayoría de esa sentencia hicieron hincapié en la especial circunstancia de que quienes estaban imputados como apropiadores habían confesado ser responsables de la imputación, por lo que la sala I de la Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires consideró que el análisis de sangre resultaba ser prueba complementaria y no esencial para el proceso que se hallaba en marcha, tesis que fue asumida luego como propia también por los jueces de la Corte. Pero además, ambas cámaras de apelaciones se hicieron cargo de todos los argumentos que hasta el momento se habían debatido en torno de estos particulares casos, muchos de ellos omitidos por el tribunal supremo en materia de interpretación constitucional.

II.1. El caso Vázquez Sarmiento

El recurso de apelación contra la decisión del juez instructor había sido interpuesto por el joven presunto hijo de desaparecidos, quien se había presentado en el proceso en calidad de querellante. Teniendo en cuenta especialmente el fallo de la Corte Suprema, y su precedente inmediato “Feretton”⁵, de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, 22 días anterior, sostuvo que sobre cualquier otro derecho que se pretenda anteponer, debe primar el que protege su intimidad y la libre disponibilidad de su persona y sus sentimientos. Por otra parte, aseveró que la medida ordenada vulneraba lo establecido en el artículo 79 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto a que el Estado debe garantizar a las víctimas de un delito un trato digno y respetuoso durante el proceso penal. Además sostuvo al exponer sus agravios que las medidas coercitivas pueden llevarse a cabo siempre que el experto que las realice las considere sin riesgo para su salud, extremo que según afirmó no se daba en el caso, ya que podría verse afectada su salud psíquica.

También desde el punto de vista procesal hizo sostuvo que su negativa a someterse a la pericia se veía amparada en los artículos 178⁶, 242⁷ y 243⁸ del CPPN, en tanto de otra manera posibilitaría la condena de aquellos a quienes considera sus verdaderos padres, cuando esas normas

autorizan a protegerlos. Además, adujo que se viola la excepción contenida en el artículo 206 del CPPN, referida al modo en que se prueba el estado civil de las personas.

II.2. Las diferencias fácticas

La Cámara se ocupó de reseñar los hechos que habían generado que se llegara a ese proceso penal, remarcando que la víctima no es un menor que sufrió el abandono de sus padres, sino que el conflicto es consecuencia del secuestro y posterior desaparición de sus progenitores en el marco del terrorismo de Estado y que quienes él conoce como sus padres podrían ser responsables de graves delitos. Además, puso énfasis en que el supuesto apropiador formó parte de la Regional de Inteligencia “Buenos Aires” con un cargo de responsabilidad, y que se encuentra prófugo.

Además, un testigo afirmó en la investigación que al imputado se le había entregado el hijo nacido en cautiverio de quien aparece como querrelante en la causa, mientras que otros dos imputados en una causa donde también se investigó la apropiación de un niño durante la dictadura (el apropiador y el médico) reconocieron que a quien se sindicó como entregador y quien firmó la partida del joven en este caso, habían participado en aquel. La complejidad probatoria, según la reseña de los jueces, llegaba al punto de que el presunto entregador y el médico están fallecidos, el posible apropiador prófugo y quien aparece como madre afirma que el joven es su hijo biológico.

Ese es el marco fáctico que se diferenciaba de lo resuelto por la Corte en “Vázquez Ferrá”, por lo que para los jueces “no puede dudarse de la pertinencia de la prueba hemática ordenada, ya que resulta la única medida viable para hacer cesar los efectos del delito y lograr su esclarecimiento”. Para los jueces, en el caso resuelto por la Corte “quienes hicieron la falsa inscripción, admitieron que E. no era su hija biológica y que les fue entregada en circunstancias que les hacían presumir que sus padres eran desaparecidos, de modo que se había logrado avanzar sobre los hechos pesquisados y la responsabilidad de sus autores, con independencia de la prueba hemática ordenada”.

El delito que reprime a quien retuviere u ocultare a un menor de 10 años (art. 146 del Código Penal) es de tipo permanente. En ese sentido, se sostuvo que en el precedente de la Corte “el ilícito había cesado”, mientras que en el caso que les tocaba fallar “aun se estaría cometiendo”. Puede observarse que la Cámara se encolumna en el fallo de la Corte para después poder diferenciarse, corset que le hace afirmar que en el caso “Vázquez Ferrá” los efectos del delito habían cesado y se había logrado esclarecerlo. Sin embargo, la jurisprudencia en la materia ha sido pacífica antes y después del fallo de la Corte al afirmar que las conductas de retener y ocultar a un menor de 10 años descriptas en el art. 146 del CP cesan en su comisión al recuperar la persona su identidad, permitiendo que sea conocida por la familia biológica que lo hubiese estado buscando, circunstancias que no se han alcanzado en el caso “Vázquez Ferrá”, por lo que la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo ha denunciado al estado argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La misma sala en el precedente “Del Cerro”⁹ había dejado en claro su postura al afirmar que “en esta clase de delitos el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, de manera que en cierto modo el hecho se reanuda continuamente (...), en consecuencia (...) la acción típica desarrollada cesa en la fecha en que pudo descubrirse la verdadera identidad (...)”, y que “el cese de la ocultación de la menor se dio recién a partir del estudio genético remitido el 23-12-99, que reveló que la verdadera identidad de quien hasta entonces fuera identificada como M. B. L., era la de C. V. P, hija de José Liborio P. Roa y de Gertrudis Marta Hlaczik”. Y al fallar en el caso que se comenta se ocupó de citar su propia doctrina en este sentido, lo que pone de resalto lo patológica que resulta la organización de la justicia en Argentina, poniendo en crisis permanentemente la independencia interna del Poder Judicial.

Sostuvieron entonces los camaristas en “Vázquez Sarmiento” que “como en estos actuados la co-imputada S. M. E. afirma que E. V. S. es su hijo biológico, la acción típica aún se estaría llevando a cabo. Por lo que debe concluirse que la medida ordenada por el *a quo*, resulta determinante

para la acreditación del delito y sus responsables, e incluso se torna indispensable para ponerle fin a un delito que, como proviene de la desaparición forzada de personas –M. G. T. y su esposo J. D. R.–, puede caracterizarse como delito de lesa humanidad”.

II.3. Las diferencias en los argumentos

La Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires no se encargó sólo de diferenciar los hechos del caso “Vázquez Ferrá”, sino que mostró que tenía otros argumentos más allá de los meramente punitivos para procurar resolver el conflicto que se le planteaba y que la Corte Suprema dejó de lado a pesar de que se había pronunciado al respecto en otros precedentes. En este sentido se refirió al derecho a la verdad y a la identidad: “...existe expreso reconocimiento sobre la inalienabilidad del derecho a la verdad, así como el derecho a conocer la identidad de los niños nacidos en cautiverio y la consecuente obligación del Estado Argentino de investigar y castigar a los responsables...”¹⁰

“También el Alto Tribunal ha reconocido el derecho de la sociedad a conocer la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas con anterioridad al establecimiento del orden institucional y, en particular, el derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo que aconteció con sus seres cercanos como presupuesto para la reconstrucción de sus vínculos familiares y, con ello, de su identidad (ver Fallos 321:2767 (“Urteaga”) y recientemente, Considerandos 16 del Voto del Dr. Boggiano por la mayoría, y 35 del Voto en Disidencia Parcial del Dr. Maqueda en causa “Vázquez Ferrá”).

También hizo la Sala II hincapié en la obligación del estado de perseguir y sancionar penalmente los delitos de lesa humanidad que surgen de los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22, citando la primera de las decisiones contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Velásquez Rodríguez”.

II.4. El derecho a la intimidad de las abuelas y familiares que buscan

Aun partiendo de los argumentos del joven que había presentado el recurso, en tanto sostenía que la decisión del juez de instrucción conculcaba su

derecho a la intimidad y rechazaba toda intromisión que se dirigiera a manifestar su identidad biológica, que aseguraba en el recurso que no le interesaba conocer, la Cámara puso en la balanza el derecho a la intimidad de la familia querellante que busca a su nieto. “También debe valorarse que si la medida se revoca, se produciría la subsiguiente afectación al derecho a la intimidad del querellante, ya que se le impediría reconstruir los lazos familiares que le fueron ilegalmente arrebatados, al despojarla de la posibilidad de conocer y criar a quien sería su nieto biológico”.

Si bien en el caso el impugnante es un mayor de edad y la jurisprudencia previa a “Vázquez Ferrá” se había dictado respecto de menores, la Cámara sostuvo que la restricción de derechos al joven aparece como pertinente dentro de los límites formales de un estado de derecho. La proporcionalidad fue analizada en virtud del derecho de la abuela reclamante de “reconstruir los lazos familiares que fueron quebrados por el terrorismo de Estado”, como se reseñaba en el párrafo anterior.

Además se sostuvo que la extracción de sangre guarda razonabilidad con el descubrimiento de la verdad material y la averiguación de los autores de un delito de lesa humanidad que se sigue cometiendo, ambos fines del proceso penal, y que no puede afirmarse que se trate de una medida que lesione la salud psico-física de quien se debe someter a la prueba. En este sentido, la sala II afirmó volviendo a hacer hincapié en los derechos de la abuela que “aun ante la trascendencia que en la esfera personal pueda tener la medida ordenada, no puede soslayarse que como las víctimas se encuentran en posiciones antagónicas –apelante y querellante–, y que debe resguardarse la integridad psíquica de ambas, pudiendo verse seriamente afectada la de su posible abuela biológica, si después de una incansable búsqueda de 27 años y ante los serios indicios que existen en autos de haber hallado a su nieto, le fuera ahora negada la posibilidad de adquirir certeza”.

Mucho menos puede verse afectada la salud de quien es sometido a este tipo de exámenes, y así lo dejó en claro la Corte al fallar en “S. G. S”¹¹: “La extracción de unos pocos centímetros de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima

ma en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen”.

II.5. Sobre la supuesta violación a normas procesales

El tribunal rechazó el agravio por el cual se sostenía que no se le daba como víctima al apelante un trato digno y respetuoso, al haberse ocupado el juez de instrucción de poner a disposición del joven a profesionales del Servicio de Psicología del Cuerpo Médico Forense.

En lo relativo al amparo esgrimido para no someterse al análisis genético en virtud de las normas del CPPN sobre la inadmisibilidad de la denuncia y la prohibición de testimoniar en casos de parentesco, la Cámara reiteró el conocido argumento sostenido en el ámbito local por Julio Maier¹² según el cual “es incorrecto pretender asimilar la extracción de sangre con una declaración testimonial, ya que como lo afirmó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en innumerables precedentes, lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad, pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, en que la evidencia es de índole material (doctrina de Fallos: 255:18, 318:2518 entre otros)”. Este argumento fue sostenido inclusive en “Vázquez Ferrá” no sólo por el juez Maqueda en su voto en disidencia, sino también por el ex juez Boggiano.

La Cámara sostuvo también con Maier que “la garantía contra la autoincriminación sólo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, como quien con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No la ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de prueba, cuando es objeto investigado, como cuando por ejemplo se extrae una muestra de sangre o de piel, o se lo somete a un reconocimiento por otra persona (Julio. B. J. Maier, “Derecho Procesal Penal Argentino”, Tomo I-b, pág 444, y su cita)”.

Respecto de la libertad probatoria del artículo 206 del CPPN, sostuvo el apelante que se encuentra restringida por la excepción fijada en su último párrafo, relativa al modo en que se prueba el estado civil de las personas,

debiendo estarse a la “prohibición de extracción compulsiva de sangre”, que de acuerdo a sus argumentos se halla en el artículo 4° de la ley 23.511, que crea una presunción contra quien se niegue a realizarse un análisis en un proceso de filiación.¹³ En este sentido, los jueces reiteraron al decidir que “la presunción (...) en cuanto a que la negativa a realizar examen como el ordenado en el proceso principal sólo acarrea como consecuencia una presunción que admite prueba en contrario, no resulta operativa en el proceso penal, donde no es factible arribar a un procedimiento merced a presunciones de tal naturaleza. Esa norma y tal presunción, sí puede adquirir relevancia en el marco de un proceso civil, del modo como está expresado”.

Al aplicar este argumento al caso concreto sostuvo que si se considera que la negativa del joven a realizarse el examen se llevaría a afirmar su condición de nieto de la querellante por vía de la presunción legal, “lo que constituye un criterio contrario a los principios que rigen el proceso penal”, esto es, el deber de investigar para alcanzar la verdad que en el proceso actual está en manos de los jueces¹⁴, deber al que se ha comprometido especialmente el estado frente a la comunidad internacional cuando se trata de delitos de lesa humanidad, no pudiendo dejar la carga en la iniciativa de las víctimas.

II.6. El caso Noble Herrera

Exactamente un año después del precedente de la Corte, la Sala II de la Cámara Federal de San Martín falló en el caso “Noble Herrera” o “Barnes de Carlotto s/ denuncia”¹⁵, revocando parcialmente una decisión del juez de instrucción que había aceptado las condiciones de los dos jóvenes que aparecen como hijos adoptivos de Ernestina Herrera de Noble de realizarse el análisis genético en el Cuerpo Médico Forense en lugar del Banco Nacional de Datos Genéticos y de que sus ADN fueran entrecruzados solamente con las familias que se habían presentado como querellantes en la causa. La querrela de los presuntos familiares biológicos había interpuesto un recurso de apelación contra ambas condiciones, pero la Cámara de San Martín decidió por unanimidad que el análisis debía hacerse en

el BNDG, con o sin el consentimiento de los jóvenes, y por mayoría que las muestras debían destruirse luego de ser comparadas con las familias que se presentaron como querellantes, sin que se hiciera en caso negativo una ulterior comparación con el resto del Banco.

El juez Marquevich, a cargo de la investigación, había ordenado el análisis obligatorio, decisión que había sido recurrida por los dos jóvenes. Sin embargo, luego de que el magistrado fuera recusado y separado de la causa, y después suspendido y destituido por supuestas arbitrariedades en la detención de la imputada en este mismo caso, los impugnantes desistieron del recurso e impusieron las referidas condiciones, que fueron aceptadas por el nuevo juez, quien suspendió la medida de prueba, decisión contra la que se presentó la apelación.

El juez Mansur de la Cámara votó en primer término haciendo lugar a ambas pretensiones de la querrela, mientras que Prack y Rudi ordenaron la destrucción de las muestras de ADN luego de la comparación con el material genético de las familias reclamantes.

II.7. Voto de Mansur. Diferencias con “Vázquez Ferrá”

El juez Mansur, primero en expresar sus argumentos en el fallo, se ocupó de distinguir el caso del precedente de la Corte, y luego fue seguido en ese camino por sus colegas, con lo que puede observarse que la supuesta particularidad del caso decidido por Corte Suprema ha generado que sobre el tema aun no se halla sentado jurisprudencia.

Con criterios análogos a los de la Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires, el juez sostuvo que “a diferencia del caso “Vázquez Ferrá” donde la Corte Suprema consideró decisivo el carácter complementario de la prueba pericial para así atender la voluntad de la víctima (v. consid. 31 del voto de los Dres. Petracchi y Moliné O’Connor, al que adhiriera el Dr. Fayt, el consid. 11 del voto de los Dres. Belluscio y López, el consid. 13 del voto del Dr. Boggiano y el consid. 26 del voto del Dr. Vázquez), en autos es la vía capaz de destrabar el estancamiento definitivo del proceso, en tanto se la considera la más idónea para verificar o descartar las sustracciones denunciadas y la única conducente para individualizar a sus

autores y encubridores, habida cuenta que se desconocen las concretas circunstancias en que las dos criaturas fueron separadas de sus padres. Prescindir de esta prueba cuando no se advierte que su propósito es susceptible de alcanzar por otro medio con un menor grado de afectación, sería consagrar una carta de indemnidad a los autores de estos crímenes que determinaron el requerimiento fiscal”.

La diferenciación del caso “Vázquez Ferrá” también se escapa como en “Vázquez Sarmiento” del carácter necesario o no de la medida de prueba, y alcanza otros argumentos no tenidos en cuenta por la Corte Suprema en los votos que conformaron la mayoría. En este aspecto, Mansur se encargó también de poner en contexto los hechos investigados:

“Siendo ineludible recordar que todo ocurrió cuando con saña y sin reparo alguno, se apropiaban los hijos de quienes eran secuestrados –así como de aquellos que nacían durante el cautiverio de sus madres– y en función de la ‘razón de Estado’ se había decidido que nunca habrían de conocer su verdadera identidad. Sería manifiestamente irrazonable examinar hoy los casos del *sub lite* como si fueran ajenos a ese contexto político-institucional, puesto que identifica el dominio del hecho del que disponían quienes cometían los crímenes y explica que sus autores y colaboradores se preocuparan por generar los instrumentos jurídicos destinados a legitimar esos actos”.

“De ahí que tampoco sea posible soslayar que para cumplimentar su ilícita operatoria, el aparato gubernamental contó ‘con una estructura administrativa destinada a falsificar documentación que se utilizaría para la consumación de nuevas acciones delictivas’ (v. el Informe “Nunca Más” de la CONADEP, Eudeba-1984, pág. 280). Con una hipocresía tan eficiente, que hasta la propia adoptante –una de las personas mejor informadas de lo que sucedía en el país–, se reveló embargada por la duda sobre el origen de Marcela y Felipe, y no por otro motivo manifestó: ‘Me encuentro frente a dos realidades muy distintas. Primero, el deseo legítimo de las Abuelas de saber si mis hijos fueron arrebatados a detenidos-desaparecidos. Segundo, los abusos del juez Marquevich. Muchas veces he hablado con mis hijos sobre la posibilidad de que ellos y sus padres hayan sido víctimas de la represión ilegal’”.

II.8. Proporcionalidad

El camarista de San Martín explicó en términos similares al caso “Vázquez Sarmiento” la proporcionalidad de la medida dispuesta para casos extremadamente graves, aseverando que la extracción de unas gotas de sangre aparecen como una perturbación ínfima a quienes aparecen como víctimas y testigos. E hizo extensivo el análisis al potencial e invocado daño psicológico y moral que les podría ocasionar la realización de la pericia. Para ello se valió de pericias realizadas en el marco de la investigación y certificados médicos aportados. En este sentido, una junta médica convocada al efecto diagnosticó que “...esta situación actual se ha presentado en forma de ‘crisis’, cuya resolución se impone, ya que en un sentido o en otro pueden establecerse daños, cuyo mayor o menor repercusión puede prevenirse mediante un adecuado tratamiento profesional”. Y especialmente tuvo en cuenta la aceptación de ambos a realizarse el estudio aun con las condiciones impuestas.

El magistrado sostuvo: “Nuestra cultura proclama sin disenso la incidencia liberadora que tiene el conocimiento de la verdad acerca del propio ser y su realidad existencial; en el entendimiento que el sujeto es memoria a la vez que razón y libertad, y el precio de la libertad nunca debería ser la renuncia a la memoria que implica perseverar en el desconocimiento de un aspecto esencial de la propia identidad. Hanna Arendt solía dar el ejemplo de Teseo en el laberinto, que como el ser humano al perder el hilo de su propia historia pierde sus objetivos y metas”.

II.9. Cuestiones procesales

Al presentar el informe ante la Cámara de Apelaciones, la asistencia técnica de los jóvenes introdujo similares objeciones a la medida de prueba realizada sin consentimiento a las del caso “Vázquez Sarmiento”, y la resolución del tribunal tuvo argumentos también parecidos a la decisión en aquella causa: se está lejos de requerir expresiones que debieran provenir de la activa y libre voluntad del testigo, tampoco sería aplicable al caso la alegada prohibición o facultad de no testificar por parentesco “que rige exclusivamente cuando el delito no aparece ejecutado en perjuicio

del propio declarante o de un pariente suyo de grado más próximo que el que lo liga con el imputado. En este caso, la substracción de los menores habría perjudicado a sus padres biológicos y el eventual sindicado no sería su madre adoptiva. Pero en la peor hipótesis, se daría el supuesto excluido por el propio legislador por la imposibilidad de proteger la solidaridad familiar, cuando se hace evidente que el delito quebró la cohesión parental primaria existente al momento de su comisión”.

Respecto del argumento que sostiene que se estaría sometiendo al sujeto a realizar un aporte de pruebas para que se pueda llegar a la condena de aquéllos a quienes su conciencia le indica proteger, sostuvo que se trata de una aserción carente de lógica interna “a tenor de que, quien es ‘obligado’ no **hace** ‘aporte’ alguno en tanto se encuentra sometido a la voluntad de otro que le impone un deber de tolerancia que implica ausencia de colaboración. Por ello mismo, no es dable afirmar que el afectado sufra algún compromiso de ‘su conciencia’ en relación con la ‘condena’ de nadie; es el Estado –con todo el valor simbólico que ello involucra en el psiquismo de cualquier persona– quien carga con toda la responsabilidad por la adquisición probatoria y su consecuencia punitiva”.

El juez se hace cargo de la contradicción que su decisión tiene con la de la Corte Suprema, aunque ratifica las diferencias de hecho. “Parecería que asistimos al parcial desvío de la doctrina delineada por la misma Corte federal en sus precedentes, lo cual autoriza a señalar que no estamos todavía ante una jurisprudencia consolidada. De modo que, lejos de comprometer el acatamiento de los tribunales inferiores que deban afrontar el tratamiento de situaciones semejantes, incita nuestra reflexión crítica por cuanto creemos sinceramente que viene a alterar la esencial coherencia que se venía perfilando –no sin cierta dificultad y a partir de combinar posturas específicas de las cambiantes mayorías y minorías que se fueron operando–, a través de eslabonar las singularidades relevantes de cada caso (v. “Müller” rta. el 13/11/90, “Bahamondez” rta. el 6/4/93, “H.G.S.” y “C.J.A.” rtas. el 4/12/95, “Guarino” rta. el 27/12/96 y “Vázquez Ferrá” rta. el 30/09/03)”.

De hecho, coincidieron con la procedencia de la pericia, con o sin consentimiento de los jóvenes, sus dos colegas. Prack argumentó que la or-

den de su realización se encontraba firme luego del desistimiento del recurso por parte de los impugnantes. Rudi coincidió con ese criterio y como Mansur diferenció el caso del de “Vázquez Ferrá”, al considerar que se trata de una prueba necesaria para la averiguación de la verdad.

Rudi se refirió a las características de necesidad, proporcionalidad e idoneidad de la medida de prueba.

Es **necesario**, y no *meramente complementario o relativo en función de las otras probanzas, o que por no ser decisivo puede omitirse*, porque la identidad biológica de las presuntas víctimas del delito de sustracción de menores, es el presupuesto de la prueba de ese injusto y porque no hay otro modo para la determinación de la verdad de lo ocurrido en las concretas circunstancias históricas en que se produjeron los hechos que dan lugar a las querellas de los presuntos familiares.

Es **proporcional**, porque hay una leve afectación de los derechos a la intimidad e integridad física y psíquica de los sujetos a examinar, como demuestran los propios actos del desistimiento de la apelación contra la resolución que ordenó el examen obligatorio y del sometimiento voluntario a la producción de la prueba.

Es **idóneo**, porque la extracción de sangre es una diligencia segura de acuerdo con los métodos ordinarios de la ciencia médica, y porque el examen de ADN es el adecuado para la determinación de la filiación en los términos de la ley 23.511.

II.10. Respeto del lugar dónde se debe practicar la pericia

Otro de los temas que abordó el tribunal por haber sido materia del recurso es el del organismo en el que se debe realizar la pericia. La ley 23.511, de creación del Banco Nacional de Datos Genéticos, estableció que ése debía precisamente ser el ámbito donde se realizarían las pruebas a petición de los magistrados en las causas judiciales, por su especialidad y porque es donde se encuentra almacenada la información genética de los familiares que están buscando a los hijos de los desaparecidos apropiados. Y además, la ley establece un sistema de control de las partes a través de asesores técnicos.

Sin embargo, en el caso en estudio, los jóvenes pretendieron sustraer del BNDG los análisis que habían aceptado hacerse. Lo mismo sucedió en la causa “Mancuso”, pero en ninguno de los dos precedentes los litigantes esbozaron argumentos que justificaran la intervención del Cuerpo Médico Forense, el organismo que solicitaron que se haga cargo de los análisis.

Entre las desventajas de la realización de los estudios en el Cuerpo Médico Forense, más allá de la disposición legal de realizarlo en el ámbito del BNDG, se encuentra el hecho de que el CMF realiza las extracciones de sangre, pero terceriza los análisis de ADN a una serie de laboratorios privados. Esta circunstancia generó que las querellas dudaran de la idoneidad y de la confiabilidad de la realización de las pericias en dichos laboratorios.

En el caso “Noble Herrera”, el juez Mansur se preguntó que “si no fuese por el compromiso asumido por el Estado Argentino de perseguir autónomamente a los culpables y hacer todo lo posible para evitar su impunidad en estos casos, qué sentido tendría la creación legislativa del archivo de datos genéticos familiares, cuyos asientos se habrán de conservar en forma inviolable e inalterable para responder positivamente a la requisitoria judicial, incluso en los supuestos de desaparición física de los interesados (v. arts. 2°, 3° y 8°). Y en cuanto a la otra condición, qué seguridad de reserva se obtendría con el reemplazo del organismo oficial especializado, por prestadores externos que dispondrían de las muestras sanguíneas extraídas por el Cuerpo Médico Forense, sin el control operativo de éste mientras aquéllos se avocan al trabajo de laboratorio”.

Fallando en este sentido a favor de los apelantes, el juez sostuvo que “la responsabilidad penal es la contrapartida subjetiva del quebrantamiento del orden jurídico, y el imperio del Estado de Derecho exige la sanción del trasgresor aplicada con un criterio de igualdad para salvaguardar el tipo de sociedad que hemos pactado vivir. Lo cual se logra con una actividad judicial desplegada con arreglo a lo que manda la ley y no a las preferencias selectivas de quienes podrían ser víctimas de los hechos investigados”.

Prack, por su parte, adhirió básicamente al voto de Mansur, aunque se encargó de resaltar el debido control de las partes que garantiza la ley 23.511 en el ámbito del BNDG a través de sus consultores técnicos. “Este procedi-

miento asegura y garantiza la total transparencia, no sólo del mecanismo destinado a la obtención de las muestras, sino también de las ulteriores pruebas que con ellas se realicen”, sostuvo y agregó luego que el procedimiento previsto en la ley “salvaguarda expresamente el carácter bilateral de la diligencia para la defensa de los intereses de las personas examinadas”.

El juez Rudi hizo hincapié en la especialidad y posterioridad de la ley de creación del BNDG por sobre la regla general y anterior del decreto ley 1285/58, de organización de la justicia nacional, que en sus artículos 56 y 58 establece las obligaciones de los cuerpos técnicos y los peritos. Además sostuvo que de acuerdo al artículo 3° de la ley 25.326, de *habeas data*, el BNDG es el banco “legal”. Como tercer argumento sostuvo que la parte que pretendía sustraerse del examen en el BNDG no había interpuesto ningún tipo de recusación del perito forense del BNDG.

La Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires, en la causa “Azzari”¹⁶ adhirió con cita al criterio establecido por el juez Rudi en el precedente “Noble Herrera”, al considerar que la ley 23.511, por su especialidad y posterioridad, hace que en el orden federal el BNDG sea el perito forense con conocimiento para realizar estos análisis. Sostuvo el tribunal que se trata de “la entidad legalmente instituida para intervenir en la obtención de información genética tendiente a esclarecer ese tipo de conflictos”.

En este caso, el juzgado había introducido como prueba un análisis realizado con irregularidades y además en el Cuerpo Médico Forense, mientras que se suspendió el análisis que se había ordenado en el BNDG. En este marco, y a petición de la querrela, el tribunal de apelación declaró nulo el análisis realizado en el CMF y sostuvo que “la circunstancia de que haya sido realizado por quien no reviste el carácter de perito oficial impide que pueda ser convalidada, cuando su resultado es decisivo para esclarecer el hecho que se investiga y redundando directamente en la pertinencia de aquel otro que fuera suspendido y actualmente reanudado, encomendado al Banco Nacional de Datos Genéticos”.

La Sala II basó esta conclusión en la misma ley 23.511, especialmente en sus artículos 1 y 2, en los que se describen las finalidades del Banco: “(...) obtener y almacenar información genética que facilite la determi-

nación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación (...). Además, recalcó que entre sus funciones se encuentra la de: “...b) producir informes y dictámenes técnicos y realizar pericias genéticas a requerimiento judicial...”.

II.II. La comparación de los datos genéticos

Como se explicaba más arriba, otra de las pretensiones de los Noble Herrera fue la de exigir la destrucción de las muestras de ADN luego de que se cruzaran con las familias que participan del proceso como querellantes, para así evitar el cruzamiento de los datos con el resto de los grupos familiares que buscan a jóvenes que fueron secuestrados siendo niños o que nacieron en cautiverio durante la dictadura militar, y que tienen sus muestras genéticas en el BNDG.

En este punto de litigio, el juez Mansur votó en minoría. Allí sostuvo que “(...) no parece razonable extremar las exigencias sobre fechas y registros, para arribar a la conclusión de que lo existente no otorga verosimilitud a la pretendida identificación con los datos en parte presumidos de Marcela y Felipe. Fundamentalmente, porque nadie desconoce lo poco y nada que la mayoría de los familiares llegaron a saber sobre la infausta suerte corrida por sus hijos y nietos desaparecidos. Tanto por el absoluto cerrojo informativo impuesto por el autoproclamado ‘Proceso de Reorganización Nacional’ en cuanto a quiénes eran los destinatarios de sus operativos, como por la rigurosa clandestinidad adoptada por los propios ciudadanos cuya actividad política estaba comprometida con los segmentos sindicados como subversivos; al punto de dejar incluso a sus parientes más cercanos en la más absoluta ignorancia sobre su destino personal, con el fin de preservarlos y preservarse a sí mismos de la ola represiva que se había desatado en el país”.

En el mismo sentido expresó que “Deviene inicuo pretender hoy que cada familia víctima, aporte las precisas circunstancias y fechas del secuestro de sus seres queridos o del nacimiento de sus nietos en cautiverio. Sin dejar de resultar paradójico que ello acontezca en Argentina, después de pasar por la dolorosa experiencia de medio millar de niños cuya iden-

tidad fue sustituida mediante falsas inscripciones como si se tratara de menores sin filiación acreditada; y a más de un decenio de haberse creado el Banco Nacional de Datos Genéticos, con el fin primordial de ‘hacer posible que los familiares de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio registren y conserven sus datos genéticos mediante los estudios de ADN u otros’”.

Además sostuvo que no se corre el riesgo de que cualquier persona pueda presentarse y pretender indagar sobre la identidad de los jóvenes, tal la preocupación de la parte al solicitar el análisis exclusivo con los querellantes. En este sentido, el juez limitó el estudio a aquéllos casos que de acuerdo a los listados aportados en la causa por Abuelas de Plaza de Mayo correspondieren con niños nacidos durante 1976, fecha de nacimiento de los dos jóvenes cuya identidad biológica se desconoce.

“Carece de sustento jurídico la pretensión de limitar la comparación de las muestras sanguíneas a aquéllos que tuvieron la suerte de contar con los antecedentes necesarios para ser tenidos por parte querellante. De ello se derivaría el absurdo de que ante una hipotética incomparencia de los mismos, se debería haber decretado “ab initio” el archivo de la causa; por el contrario, en esa hipótesis no existiría motivo alguno que hubiere aconsejado alterar la saga de la investigación”.

Para el juez no tendría ningún sentido guardar las muestras hemáticas de los familiares en el BNDG “si no es por el propósito de efectuar oportunamente esa comparación por orden judicial sin necesidad de esperar una instancia privada”. En este sentido, remarcó la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que le impone al Estado cumplir con el compromiso asumido de sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los responsables del delito de desaparición forzada de personas: “Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y **no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios**, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad...” (caso “Velázquez Rodríguez”, 29/7/1988, párr. 177; caso “Niños de la Calle”, 19/11/99, párr. 226; caso “Bámaca Veláz-

quez”, 22/02/02, párr. 212; y caso “Juan Humberto Sánchez”, 7/06/03, párr. 144; las negritas corresponden al juez Mansur).

El juez Prack en cambio sostuvo que debía realizarse la comparación sólo con los querellantes para después destruirlas, ya que “que las nóminas están integradas por la enumeración de niños y niñas cuyas respectivas fechas de nacimiento y/o desaparición distan largamente, en algunos casos, de la data de presunto nacimiento de los Noble Herrera o bien, en otros casos, la diferencia es mayor de un mes y, en el resto de los casos, directamente no se consignan fechas que ilustren sobre la posibilidad de realizar la comparación de que se trata”.

Rudi, que definió la cuestión configurando el voto de mayoría con Prack introdujo un argumento absurdo, según el cual la comparación con otros familiares podría perjudicar a las querellantes, aunque sin explicar de que se trataría esa eventual lesión: “cualquier dictamen *extra petita* importa una infracción al principio de congruencia [o identidad entre lo solicitado y lo resuelto], que tiene carácter constitucional como epígono de la defensa en juicio, porque el proceso penal está orientado a proteger los derechos [de las presuntas víctimas de desaparición forzada y de los presuntos parientes reclamantes] y no a perjudicarlos, por ejemplo introduciendo *inaudita parte* a familias diferentes a los GARCÍA-GUALDERO y MIRANDA-LANUSCOU por el simple hecho que dejaron sus muestras en el banco de datos”.

Al mismo tiempo puso en evidencia al Ministerio Público Fiscal que no ejerció la pretensión procesal que le podría haber correspondido de solicitar el cruce con otros grupos familiares que pudieran coincidir con los datos que surgen de los dos jóvenes.

III. LA NUEVA CORTE SUPREMA Y LA CÁMARA DE CASACIÓN: EVITAR UN PRONUNCIAMIENTO

La nueva Corte Suprema, con la renovación paulatina de sus miembros a partir de 2003, aun no se ha pronunciado sobre la materia que se ha reseñado. De hecho, tuvo la posibilidad al analizar el caso “Feretton”, a

través de un recurso extraordinario presentado por la querrela, pero prefirió no expedirse y rechazó el recurso al entender que no quedaba claro que se tratara de una sentencia definitiva.

La Cámara Nacional de Casación Penal hasta ahora (excepto la Sala IV, que votó el caso Feretton) optó por el mismo camino que la Corte, y para evitar pronunciarse en el caso “Vázquez Sarmiento” luego del recurso presentado por el joven que se negaba al análisis genético contra la sentencia reseñada, optó con los votos de Riggi y Tragant (y la disidencia de Ledesma) por casar de oficio todo lo actuado desde que se había comenzado a aplicar el CPPN como código de procedimientos, en una resolución de dudosa legalidad y que podría implicar gravedad institucional por poner en juego la responsabilidad internacional del estado por tratarse el investigado de un delito de desaparición forzada de personas.

IV. CONCLUYENDO: ¿EN UN NUEVO CAMINO HACIA EL MISMO HORIZONTE?

Sin dudas la situación descrita luego del fallo “Vázquez Ferrá” ha puesto a la justicia penal en un estado de desorientación en lo que respecta a los análisis de sangre obligatorios para obtener ADN en investigaciones en las que se pretende encontrar a niños secuestrados durante la última dictadura militar. Y para agravar la situación, tanto los tribunales que deciden sobre los recursos, especialmente los extraordinarios; como los juzgados de instrucción, demoran en exceso sus resoluciones al punto de la denegación de justicia, especialmente tratándose de un grupo de personas que buscan a sus nietos desde hace casi tres décadas y que hoy son ancianas.

En ese contexto, las querellas y algunos jueces de instrucción han comenzado a recorrer un nuevo camino por el que se pretende conseguir muestras de ADN que permitan realizar entrecruzamientos de quienes son presuntos apropiados con los familiares que los están buscando. Se trata de una nueva metodología que es posible gracias al avance de la biología molecular, que ha permitido que se encuentre material genético de las personas en pelos, saliva, uñas, y todo tipo de flujos corporales.

Así, es posible hallar muestras de estos materiales en la casa de cualquier persona si se realiza un allanamiento con una orden judicial. Este nuevo camino tiene algunas ventajas y algunas desventajas. Entre las primeras podría nombrarse las siguientes:

- La intromisión en la intimidad a través de un allanamiento a la vivienda de la persona es sensiblemente menor que la extracción de sangre sin consentimiento, con lo que disminuye el riesgo de afectación de la integridad psíquica.
- Ya no hay dudas respecto de la afectación de la salud y de la integridad física.
- No caben dudas de que la persona no es ni sujeto ni objeto de prueba; sí lo son algunos objetos personales suyos como un cepillo de dientes.
- No se requiere ni la más mínima colaboración de su parte, con lo que su actitud frente al proceso penal es absolutamente pasiva, con lo que en este sentido también disminuye la afectación de su integridad psíquica.

Pero como se anticipaba, esta metodología presenta también algunas desventajas. A saber:

- La persecución penal puede ser menos eficaz, en tanto respecto de la muestra de sangre no hay dudas respecto a quién es su dueño. De hecho, el decreto de reglamentación de la ley 23.511 establece el procedimiento a seguir para identificar las muestras. En los allanamientos es importante no sólo la toma correcta de la muestra que pueda contener el ADN, sino también su entorno. En este sentido, son trascendentes una serie de datos como cuántas personas viven en el domicilio, cuántas habitaciones hay, si hay signos o marcas que evidencien si una persona estuvo o no en el lugar, o cuál es la habitación de cada miembro del grupo conviviente. Para ello, y por ser pruebas irreproducibles en el juicio, resulta imprescindible la presencia del juez o de personal del juzgado o fiscalía.
- La realización de los procedimientos por parte de fuerzas de seguridad involucradas en la represión ilegal pone en riesgo el buen resultado de la medida de prueba, por lo que se repita la necesidad de que están encabezados por personal judicial.

- La toma de las muestras y la cadena de custodia agregan un ingrediente más de complejidad, por lo que resulta necesario la concurrencia a los procedimientos de personal técnico especializado en la toma y maniobra de este tipo de muestras.
Con ventajas y desventajas, se trata de una alternativa más, que le posibilita al Estado evitar una condena de la comunidad internacional por no cumplir con su obligación de hacer cesar un delito de lesa humanidad como la apropiación de un niño por casi tres décadas, en una variante de la desaparición forzada de personas.

NOTAS

1. Causa V 356 XXXVI, “Vázquez Ferra, Evelyn Karina s/ incidente de apelación”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30/09/2003.
2. Causa N° 352I, “Vázquez Sarmiento, Juan Carlos y otros s/ sustracción de un menor”, publicada en *Los niños desaparecidos y la justicia. Algunos fallos y resoluciones. Tomo III*, Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2004.
3. Causa N° 21147, “Incidente de apelación en autos V. S., E. s/sustracción de menor”, Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, 14/07/2004.
4. Causa N° 3138 (728/02), “Barnes de Carlotto, Estela en representación de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo s/su denuncia”, Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de san Martín, Sala II, Sec. Pen. 2, Registro N°: 3529, 30/9/2004.
5. Causa N° 3368 Reg. 5172, “Feretton, C. H. y otros s/recurso de casación”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, 08/09/2003.
6. “Nadie podrá denunciar a su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del denunciante o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el denunciado”.
7. “No podrán testificar en contra del imputado, bajo pena de nulidad, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado”.
8. “Podrán abstenerse de testificar en contra del imputado sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; sus tutores, curadores y pupilos, a menos que el testigo fuere denunciante, querellante o actor civil o que el delito aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más

- próximo que el que lo liga con el imputado...”.
9. Causa N° 17.414, Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, reg. N° 18.381, 8/2/2001.
 10. Causa 17.889, “Simón”, Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, Sala II, 9/9/1991; con citas de la sala I de la misma Cámara en causa 30.580, “Acosta”, reg. N° 747; 30.514, “Massera”, reg. 742; 30.312, “Videla”, reg. 736, todas del 9/9/1999.
 11. CSJN, “H., G. S. y otro s/ apelación de medidas probatorias”, 4/12/1995.
 12. Cfr. entre los numerosos trabajos elaborados sobre el tema, las ponencias de Gabriel Ignacio Anitua, Javier De Luca y Julio Maier, en el III Coloquio Interdisciplinario organizado por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y la Procuración General de la Nación, 18 de noviembre de 2005, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la publicación *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e identidad*, Abuelas de Plaza de mayo/Procuración General de la Nación, Buenos Aires, 2006, pp. 207-241.
 13. Sobre este punto, cfr. Maier, op.cit. pp. 237-239.
 14. Pero que en un proceso acusatorio respetuoso de la Constitución debería estar en manos de los fiscales.
 15. “Barnes de Carlotto s/ denuncia”, op. cit.
 16. Causa 23.029, reg. 24.281, “Azzari, Jorgelina s/ nulidad de peritaje”, Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, Sala II, 6/10/2005.

Una reseña sobre los actuales lineamientos de la jurisprudencia nacional e internacional en materia de excarcelación en casos de delitos de lesa humanidad*

Iván Polaco y Sebastián Alejandro Rey**

I. INTRODUCCIÓN

A partir del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Massera”¹, los tribunales federales penales en los que se encuentran en curso investigaciones por delitos de lesa humanidad, perpetrados por integrantes del aparato de poder estatal que usurpó el gobierno constitucional el 24 de marzo de 1976, han debido revisar las pautas tradicionalmente utilizadas para justificar el encarcelamiento preventivo de los imputados por estos crímenes.

La doctrina que emana de este fallo no es original ni novedosa, pues el mismo tribunal la había adoptado en oportunidades anteriores, sólo que ahora ha obtenido una fuerte repercusión, consiguiendo insertarse como el criterio cuasi-dominante para algunos tribunales federales que revisan

* Agradecemos muy especialmente los esfuerzos realizados por Marcos Ezequiel Filardi en la búsqueda de material de suma trascendencia para la realización de este trabajo desde los más remotos confines del África.

** Abogados, UBA. Integrantes de la Unidad de Asistencia para Causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado, que funciona en el marco de la Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios, Procuración General de la Nación.

planteos excarcelatorios en causas judiciales de estas características.

En efecto, durante el último año, esta tendencia se vio fuertemente fortalecida como consecuencia de una serie de pronunciamientos de la Cámara Nacional de Casación Penal, que la han ubicado, dada su trascendencia institucional como intérprete de la ley en el orden de la jurisdicción federal, como la portavoz fundamental de una interpretación *iuris tantum* de las pautas objetivas previstas en los artículos 316 y 317 del Código Procesal Penal de la Nación, a los efectos de conceder o denegar la excarcelación y la exención de prisión.

Asimismo, se considera importante realizar un somero relevamiento de la legislación y la jurisprudencia desarrollada en materia de excarcelación por parte de algunos de los Estados que han demostrado interés en el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. Además, resulta de especial trascendencia la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales –en tanto en el marco de su competencia han analizado específicamente esta problemática– y de los órganos de promoción y protección internacional de los derechos humanos, particularmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues construyen parámetros de legalidad de los criterios que justifican el encarcelamiento preventivo que los Estados partes deben observar.²

II. EL CRITERIO DE LA CSN EN EL CASO “MASSERA”. *NIHIL NOVI SUB SOLE*

Hace más de tres décadas, la CSN se expidió en favor de la legitimidad de considerar, como pauta objetiva para rechazar la excarcelación solicitada por un imputado, la gravedad de la escala penal prevista por el delito atribuido, de conformidad con lo establecido por la ley procesal vigente en ese entonces.³

Así lo indicó en el precedente “Todres”⁴ al señalar que debe revocarse la resolución que dispuso la excarcelación del procesado, si en ella no existe referencia a la pauta fundamental que la ley establece para hacerla posible –art. 376, inc. 2°, CPMP–, cual es la procedencia a primera vista de la condena de ejecución condicional, atendidas las características particulares de los hechos imputados y las condiciones personales del procesado, circunstan-

cias ambas que debe apreciar el juez para poder concluir si, en el supuesto de una eventual condena, el destinatario sería merecedor del beneficio de la suspensión del cumplimiento de la pena. Sostuvo, además, que “la necesidad de conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente se refleja en la forma en que se encuentra legislada la excarcelación en el Código de Procedimientos en lo Criminal, *sea prohibiendo directamente en unos casos su otorgamiento*, sea condicionándolo en otros a la concurrencia de determinadas circunstancias, de cuya consideración no deben prescindir los jueces. Estos no pueden denegar la libertad provisoria a su capricho, *ni concederla en forma que implique apartarse decididamente de las pautas fijadas por la ley*”.⁵

Este criterio fue modificado en 1993 con el fallo “Gotelli”.⁶ Allí, el voto de la minoría⁷ realizó un cuestionamiento a la aplicación automática de los parámetros legales previstos en la ley adjetiva relativos a la escala penal de los delitos imputados para desechar una solicitud de eximición de prisión.

En este sentido, se destacó que el derecho fundamental a permanecer en libertad durante el proceso, amparado por el art. 18, CN, si bien puede ser restringido por el legislador mediante la inclusión entre las reglas sobre excarcelación y exención de prisión de presunciones de fuga afincadas en la gravedad de los hechos imputados, “dicha reglamentación puede perder ese carácter [excepcional] si su aplicación automática –en supuestos de extrema excepción– destruye el delicado equilibrio entre el interés individual y el interés general que la Corte procura mantener en tan trascendente materia. Y ello ocurrirá cuando la detención cautelar no encuentre –en tan excepcionalísimos casos– respaldo en la estricta necesidad de asegurar la consecución de los fines del proceso penal: averiguación de la verdad real y efectiva aplicación de la pena que pudiere corresponder al delincuente”.

De este modo, se pone en el centro de evaluación, a los efectos de otorgar o denegar la libertad del imputado, la concurrencia de peligros procesales concretos (“circunstancias tales como la posibilidad de entorpecimiento de la investigación o la elusión de la acción de la justicia”⁸), relativizando la necesidad de apoyar la decisión en la gravedad de la pena, tomada como parámetro por el legislador procesal: su aplicación automática resultaría

contraria a la garantía constitucional a permanecer en libertad durante el proceso (art. 18, CN) en los “excepcionalísimos casos” en los que no se vislumbren peligros procesales a neutralizar con la prisión preventiva.

Esta doctrina resulta coherente con la adoptada posteriormente por la Corte en “Estévez”⁹ (1997) y “Nápoli”¹⁰ (1998).

En el primero de estos fallos se sostuvo que “la sola referencia a la pena establecida por el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieran presumir, fundadamente, que el mismo intentará burlar la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio solicitado”.¹¹

Por su parte, en “Nápoli”, la Corte indicó que “la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas –por más aberrantes que puedan ser– como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad”.¹²

Así llegamos al caso “Massera”. El 15 de abril de 2004, el máximo tribunal federal de la Nación se pronunció en el marco de un incidente de excarcelación de Emilio Eduardo Massera sobre los criterios que justifican el encarcelamiento preventivo de un imputado de graves violaciones a los derechos humanos, que son consideradas, casi unánimemente, por la doctrina y jurisprudencia como crímenes de lesa humanidad.¹³

En el caso se encontraba en discusión la decisión de la CFCC de prorrogar, luego de 2 años de encierro, la prisión preventiva del imputado cuando, en realidad, dicho órgano sólo se encontraría legalmente facultado a realizar el contralor de la prórroga dispuesta por el juez de instrucción. Además de tratar este problema de competencia, la Corte descalificó la decisión por arbi-

traría, al considerar que la resolución de la Cámara no indicaba con suficiencia los motivos que justificarían la prolongación de la medida.

En dicho marco, a nuestro juicio a modo de *obiter dictum*, la Corte introdujo un criterio en materia de excarcelación que luego sería retomado por otros tribunales federales, indicando que: “la extrema gravedad de los hechos que constituyen el objeto de este proceso, o de otros similares, no puede constituir el fundamento para desvirtuar la naturaleza de las medidas cautelares ni para relajar las exigencias de la ley procesal en materia de motivación de las decisiones judiciales, a riesgo de poner en tela de juicio la seriedad de la administración de justicia, justamente, frente a casos en los que se encuentra comprometida la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico internacional.”

De este modo, la Corte descartó como argumento válido para la denegación de una solicitud de excarcelación la ponderación de la gravedad de la imputación, argumento, hasta entonces, utilizado en forma generalizada por los tribunales, salvo contadas excepciones, por remisión a lo prescrito por los arts. 316 y 317 del Código Procesal de la Nación, según los cuales la circunstancia de que el delito imputado tenga prevista una pena privativa de la libertad de entre 3 y 8 años debe ser considerada como motivo para no hacer lugar al pedido.

De acuerdo al criterio expresado en este pronunciamiento, la entidad gravosa de la pena correspondiente al delito imputado no puede ser considerada condición suficiente para descartar la posibilidad de que el imputado viva su proceso en libertad, ya que ello no desliga al juez de la obligación de verificar, en el caso concreto y de acuerdo a sus particularidades, la existencia de riesgos procesales: peligro de fuga y entorpecimiento de la investigación.

Esta doctrina remite a la vieja discusión sobre la citada interpretación de las disposiciones del Código de forma, en la cual se encuentran enfrentadas dos posiciones: una exégesis de las formulaciones legales que entiende que con ellas el legislador introdujo una presunción *iuris et de iuris* (que no admite prueba en contrario) del peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación, frente a otra posición conforme a la cual la

gravedad de la pena sólo debe ser tomada en cuenta como una presunción legal *iuris tantum* (que admite prueba en contrario).

Como corolario de un descarte del criterio que postula la existencia de una presunción *iuris et de iuris* a partir de la consideración de la gravedad de la pena con la que se conmina el delito imputado, se derivaría el deber de evaluar circunstancias que permitan desvirtuar la presunción legal y, a su vez, indicaría que las resoluciones que sólo basan la decisión sobre el encarcelamiento preventivo del imputado en la gravedad de la pena deben ser consideradas arbitrarias.

III. QUÉ PASÓ LUEGO. LA DOCTRINA DE LA CNCP

A la resolución de la Corte aludida le siguieron una saga de pronunciamientos de la Cámara Nacional de Casación Penal relativos a solicitudes de excarcelación realizadas en causas en las que se investigan crímenes de lesa humanidad imputados a sujetos que participaron del terrorismo de Estado durante la dictadura.

En esta instancia, se reprodujo la misma argumentación que se viene de sintetizar para atribuir arbitrariedad a las decisiones de los jueces de instrucción y de la alzada que legitimaron el rechazo de la excarcelación en consideración a la gravedad de los delitos atribuidos. Para llegar a tal conclusión, los jueces de la CNCP tuvieron en cuenta que el rechazo de la excarcelación omitió considerar lo dispuesto por los arts. 2, 280 y 319, CPPN, el art. 18 de la Constitución Nacional y los instrumentos sobre derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22 de esa Ley Fundamental, descalificando todo criterio denegatorio de la libertad que se funde exclusivamente en la escala penal del delito imputado, sin alusión a la verificación de peligros procesales concretos.

Así, en la causa “Mariani”¹⁴, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo: “el mantenimiento del encierro cautelar dispuesto en el marco de un proceso de naturaleza penal debe encontrar fundamento, para estar justificado normativamente, en la necesidad de neutralizar ries-

gos procesales y, además, que esa medida debía resultar indispensable para cumplir con tal objetivo (...) para que la limitación al poder estatal en análisis resulte efectiva, los aludidos riesgos de fuga o entorpecimiento u obstrucción de la justicia deben responder a comprobadas circunstancias objetivas y subjetivas de la causa, y no al empleo arbitrario de fórmulas dogmáticas con las que se pretenda sostener tal menoscabo de uno de los derechos más fundamentales del hombre”.¹⁵

A partir de dichas consideraciones, los jueces de casación resolvieron anular el pronunciamiento de la Sala I de la CFCC que había confirmado la denegación de la excarcelación al recurrente, Hipólito Rafael Mariani, indicando que “no se brindó ningún argumento vinculado con la concretas circunstancias del caso que permitan restringir la libertad del detenido más allá de los límites necesarios para la consecución de los fines que la justifican (...). No hay una sola referencia particular respecto de MARIANI en orden a los mentados rubros de ‘*las condiciones personales del encartado*’, ‘*las características del delito que se imputa*’ o de ‘*la pena con que se reprime el hecho*’ [art. 319, CPPN] –circunstancia esta última sobre la que se manifestara contradictorio el *a quo*–”.¹⁶

En el mismo sentido, la CNCP se expidió en el fallo “Comes”¹⁷ al sostener que: “Como es sabido, en la aplicación de lo dispuesto en el art. 316 y concordantes del C.P.P.N., debe estarse al análisis armónico de dichos preceptos con las reglas establecidas en los artículos 280 y 319 del C.P.P.N. Consecuentemente, y toda vez que no existían en la causa elementos que, fundadamente, hicieran presumir que el imputado, de ser excarcelado, intentaría eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, la restricción de su libertad resulta arbitraria (...) La prisión preventiva constituye la medida coercitiva más gravosa dentro del proceso, que sirve a tres objetivos: 1. asegurar la presencia del imputado, 2. procurar la más exhaustiva investigación de los hechos, y 3. asegurar la ejecución de la pena (...). Con estos fines, como principio rector, se debe regir la interpretación armónica de las disposiciones que regulan el régimen de la prisión preventiva. Regla que responde al principio de inocencia contenido en el artículo 18 de la C.N., y que fue receptada, claramente,

por el Código Procesal Penal de la Nación (...) en su artículo 280 (...) y en el artículo 319 (...).¹⁸

Aún más recientes son los fallos de la Sala III de la CNCP “Radice”,¹⁹ “Acosta”²⁰ y “Rolón”²¹ en los que se establecieron las mismas pautas generales²², tildando de arbitrarias las decisiones de los magistrados que anteriormente se habían expedido en contra del otorgamiento de la excarcelación de los imputados. Sin embargo, la solución final otorgada a estos casos difiere de la adoptada por la Sala IV en los precedentes citados anteriormente, ya que aquí los jueces de casación dispusieron directamente la libertad de los encausados, en vez de, como en aquellos casos, remitir las actuaciones a las instancias anteriores para que se modifique la argumentación objetada por arbitraria.

Por último, merece mencionarse la opinión del fiscal general ante la CNCP, Raúl Omar Pleé, al dictaminar en favor de la liberación de los imputados en los casos “Radice” y “Acosta” pues, de acuerdo lo expresado por el juez Riggi en su voto concordante, su posición ha sido tenida “particularmente en cuenta” para resolver el asunto. Para fundar su posición el fiscal general sostuvo que “resulta insoslayable valorar las condiciones personales y familiares de Radice, su actitud frente a la investigación, su falta de antecedentes, la nula posibilidad de que pueda comprometer la prueba del delito (...) y, en menor medida, el negativo pronóstico de reiteración delictiva”.²³ Sin embargo, no se especificó en qué consistían dichas condiciones particulares para favorecer un pronóstico nulo de fuga o entorpecimiento de la investigación en el caso concreto.

IV. RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CSN Y LA CNCP EN MATERIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO POR LOS TRIBUNALES DE INSTRUCCIÓN Y DE ALZADA. INCORPORACIÓN DE NUEVOS ARGUMENTOS

Ante las nulidades decretadas por la CNCP, los jueces de instrucción y los integrantes de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional Federal –que actúa como órgano revisor de las decisiones de los jueces de ins-

trucción, por medio del recurso de apelación– debieron revisar los criterios utilizados para justificar el encierro preventivo de los imputados en las causas que son objeto de esta reseña.

Los argumentos que entraron en discusión a partir del quiebre del paradigma de los “delitos inexcarcelables” en razón del monto de pena previsto en abstracto son variados y de distinto peso. Brevemente, serán expuestas las diferentes objeciones a la concesión de la excarcelación a imputados por delitos de lesa humanidad cometidos durante el terrorismo de Estado en Argentina.

En el ámbito de la Unidad de Asistencia para Causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado²⁴, que actúa como fiscalía ante la CFCC en esta clase de causas (excepto en aquellas vinculadas con la apropiación de niños durante la dictadura), se han estudiado la casi totalidad de los planteos sobre excarcelación realizados por los imputados en dichos procesos, así como las decisiones jurisdiccionales relacionadas. Así, la Unidad tuvo que emitir opinión sobre la materia en el marco de alrededor de 70 incidentes de excarcelación.²⁵ Por tal motivo, se utilizará como parámetro del estado actual de la discusión en materia de excarcelación en causas por delitos de lesa humanidad la información archivada en el seno de dicha dependencia.

El relevamiento realizado ha permitido identificar dos grupos de argumentos para ponderar el peligro de fuga y de entorpecimiento de la acción de la justicia en estas causas: unos relacionados con la historia procesal de los imputados y otros vinculados a las características de los delitos imputados, a saber:

A. Objeciones a la excarcelación apoyadas en la historia procesal de los imputados

1)-Las solicitudes de extradición y las investigaciones en virtud del principio de justicia universal

Se ha señalado que resulta indicativo del peligro de fuga el hecho de que muchos de los encausados se hayan evadido anteriormente del accionar

de la justicia ante requerimientos judiciales de Estados extranjeros en los que se encuentran en investigación los crímenes de lesa humanidad cometidos por los integrantes de la última dictadura militar en Argentina durante los años 70.

2)-La participación en los alzamientos militares de Semana Santa

Otro grupo de casos en los que se cuestiona la posibilidad de conceder la excarcelación es aquél compuesto por las personas que participaron o de algún modo apoyaron los alzamientos militares de Pascuas de 1987, antecedente inmediato de la sanción de las leyes de impunidad conocidas como “Ley de Punto Final” y “Ley de Obediencia Debida”. En este sentido, se considera que no puede soslayarse para evaluar la situación actual de los imputados el hecho de que, anteriormente, hayan utilizado las armas del Estado, amenazando la estabilidad democrática, con el fin de evitar comparecer ante la justicia para responder por los mismos hechos por los que hoy, a casi tres décadas de cometidos, se encuentran imputados en las causas en trámite ante la justicia federal.

3)-El ocultamiento de bienes y dinero a la justicia ante la imposición de embargos

También se vincula a la historia procesal de los imputados la objeción relativa al ocultamiento del patrimonio a la hora de declarar sus bienes ante los requerimientos judiciales motivados por los embargos impuestos en el marco de las causas en las que se encuentran procesados. Así, se indica que, en la mayoría de los casos, al intimarlos a dar bienes o dinero a embargo, los imputados manifestaron ser insolventes a los efectos de responder. Sin embargo, de acuerdo a la investigación patrimonial llevada adelante por la Unidad, ello distaba mucho de la verdad. Así, se sostiene que, esta mendacidad demostrada a la hora de responder al embargo impuesto sería un indicio de que los imputados no están dispuestos a someterse a la acción de la justicia sino que, por el contrario, sería indicativa de que, otorgada la libertad, la entorpecerían.

B. Objeciones a la excarcelación apoyadas en las características de los hechos imputados

1)-Los delitos imputados aún continúan en ejecución

Teniendo en cuenta las especiales características del delito de desaparición forzada²⁶, se indica que no resulta prudente otorgar la excarcelación a personas que tienen en su poder la posibilidad de mantener en ejecución el delito. Así, se sostiene que, como la falta de información sobre el destino de las víctimas de los secuestros imputados es un elemento constitutivo del delito, tal como es entendido por el derecho internacional de los derechos humanos, la libertad de los imputados, con conocimiento presunto sobre tales circunstancias y potencialidad tácita de evitar el descubrimiento de la verdad, contribuiría a mantener ese estado de cosas. En esta línea, se señala que las investigaciones en curso tienen por objeto, entre otros puntos, establecer si las personas señaladas como “desaparecidos” han sido asesinadas; hechos que derivarían en un agravamiento de la imputaciones hasta el momento realizadas contra los autores y partícipes de esta clase particular de secuestros.

En esta misma línea argumental, teniendo en cuenta la continuidad de la acción delictiva, se ha destacado que la excarcelación de los imputados de la comisión del delito de desaparición forzada entraría en contradicción con la obligación del juez de hacer cesar los efectos del delito.

2)-Al perpetrarse los crímenes de lesa humanidad imputados se buscó sistemáticamente el ocultamiento de rastros del delito con la finalidad de lograr la impunidad futura

Un argumento apoyado en el art. 319 del CPPN es aquél presentado por el entonces Procurador General de la Nación²⁷ en la causa “Nicolaidis”²⁸ según el cual “no resulta arbitraria la presunción de los tribunales inferiores, de que quien está imputado de estos delitos gravísimos previstos también por el derecho de gentes, en caso de ser puesto en libertad, atentará contra los fines del proceso. Conjetura que encuentra su debido fundamento, tal como lo exige la ley (artículo 319 del Código Procesal Penal) en el indicio de que si se buscó, al cometerse los hechos, una modalidad

que asegurara la impunidad futura, este mismo afán de sustraerse al juzgamiento podría tener una postrer secuela al otorgarse la libertad al procesado”.²⁹

3)-El interés internacional en el descubrimiento de la verdad y la sanción de los crímenes de lesa humanidad

La inclusión de los delitos imputados en la categoría de crímenes de lesa humanidad conllevaría a considerar que el interés en la prevención de la fuga de los imputados o el entorpecimiento de la investigación no resulte de exclusivo dominio del Estado argentino sino de toda la comunidad internacional y, particularmente, de aquellos países que invocando la jurisdicción universal –que los delitos de lesa humanidad habilitan– o el principio de jurisdicción por nacionalidad pasiva, han iniciado investigaciones penales para lograr la sanción de los responsables de estos crímenes. Ello indicaría que pesa sobre el Estado argentino un *especial deber de cuidado* frente a la posibilidad de fuga o entorpecimiento de la investigación en estos hechos, pues se encontraría sujeto a la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional, máxime cuando al asumir su jurisdicción ha impedido la acción de otras jurisdicciones interesadas en el juzgamiento y sanción de estos hechos.

4)-La ponderación de la pena prevista, las reglas del concurso y la previsión de la pena a aplicar ante la hipótesis de condena

Se ha esgrimido que el hecho de que los delitos atribuidos resulten de extrema gravedad, que, generalmente, los imputados deban responder por una multiplicidad de hechos en concurso real (art. 55, CP), la entidad de los bienes jurídicos agredidos por el delito, la entidad del daño causado y la especial modalidad de comisión de estos crímenes, etc. (arts. 40 y 41, CP), dan lugar a considerar la posibilidad de condenas sumamente elevadas que refuerzan, *a fortiori*, la presunción legal de fuga y entorpecimiento de la investigación prevista en los arts. 316 y 319 del CPPN. No se trata ya de apoyar la decisión sobre la excarcelación en las pautas legales indicadas sino de apreciar la racionalidad de la presunción prevista, de su contenido, que adquiriría mayor relevancia cuanto mayor es la pena

esperable. Según este razonamiento, no sería sólo la posibilidad de condena a prisión efectiva lo que habilitaría suponer la existencia de riesgos procesales, sino, además, la entidad de esa condena que, dada su gravedad, por su probable prolongación, se convertiría en una tentación mayor para la fuga y el entorpecimiento de la investigación.

La influencia de los argumentos resumidos todavía no ha podido medirse pues la CNCP no ha llegado a pronunciarse nuevamente sobre la excarcelación de los imputados en el marco de un debate donde estas objeciones hayan entrado en consideración. Lo cierto es que estas objeciones traen a escena la ponderación de los riesgos procesales que legitiman la excepción a la regla de la libertad durante el proceso, por lo que, en principio, no serían cuestionables desde el mismo punto de vista hasta ahora adoptado por la CNCP y la CSN, esto es, la aplicación automática de la presunción prevista en los arts. 316 y 317 del Código de rito como justificación autónoma de la denegación de la exención y la excarcelación de prisión en virtud del monto de la pena del delito imputado. Por lo tanto, habrá que esperar que los planteos expuestos lleguen a ser considerados por dichos órganos para alcanzar una comprensión más cabal del panorama de la discusión en materia de excarcelación en causas relativas a crímenes de lesa humanidad durante la última dictadura militar; por lo pronto, parecería que los argumentos ya no podrían ser los mismos.

V. LOS FUNDAMENTOS DEL ENCARCELAMIENTO CAUTELAR DE IMPUTADOS POR CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMPARADAS

Las reglas que justifican el encarcelamiento cautelar de imputados por crímenes de lesa humanidad han sido analizadas tanto por tribunales penales internacionales como por la justicia doméstica de determinados Estados.

En este sentido, resultan de especial relevancia algunas sentencias del Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los presuntos res-

ponsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en la ex Yugoslavia desde 1991³⁰, dado que los criterios allí esbozados fueron recogidos por el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona y la Corte Penal Internacional.

Por otra parte, los órganos de promoción y protección internacional de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal como regional, también han esgrimido algunos argumentos relacionados con las condiciones de legitimidad del encarcelamiento preventivo que resultan interesantes para completar el estado de discusión actual sobre la materia.

V.1. Lineamientos elaborados por los órganos de promoción y protección internacional de los derechos humanos

V.1.a. Ámbito Universal: En primer lugar, debe mencionarse que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, que establece que “sólo se procederá al arresto o detención (...) cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley. Estará prohibido imponer restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia.”³¹ Dos años más tarde, aprobó mediante la Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, también conocidas como *Reglas de Tokio*. Dicho texto, en la Regla 6.1 establece que “en el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos expresó que “la prisión preventiva debe ser la excepción y la fianza debe ser concedida, salvo en situaciones en que haya posibilidades de que los acusados puedan esconderse o destruir pruebas, influir en los testigos o huir de la jurisdicción del Estado Parte³², a lo que agregó,

respondiendo un informe presentado por la Argentina, que la duración de la prisión preventiva no puede estar determinada por la posible longitud de la sentencia después de la condena sino por la necesidad de enjuiciar al detenido.³³

V.I.b. Ámbito regional. Corte Interamericana de Derechos Humanos: La Corte IDH tiene una extensa jurisprudencia en materia de encarcelamiento preventivo. Por un lado, ha analizado con profundidad la garantía del plazo razonable de la prisión preventiva, cuestión que se encuentra por fuera del alcance del objeto de este trabajo³⁴. Por otra parte, con relación a los fundamentos que legitiman el encarcelamiento cautelar, debe mencionarse el *Caso Suárez Rosero*, en el que condenó al Estado de Ecuador por violar el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece la presunción de inocencia, toda vez que “de lo dispuesto en el artículo se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.”³⁵

En esta misma línea de análisis, en el *Caso Canese* agregó que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.³⁶ Indicó asimismo, que la jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tal medida cautelar en el proceso penal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad.³⁷ En el mencionado caso, con respecto a los elementos que podrían haber inci-

dido en la posibilidad de que el señor Canese se diera a la fuga, la Corte analizó la gravedad del delito, la severidad de la pena y el hecho de que la presunta víctima había ofrecido algún tipo de caución.³⁸

Siguiendo estos criterios, en el *Caso Tibi* consideró que “el Estado dispuso la prisión preventiva sin que existieran indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida.”³⁹

Por otra parte, en el *Caso Palamara Iribarne*, la Corte IDH sostuvo que, teniendo en cuenta la presunción de inocencia, los requisitos para que se pueda emitir un auto de procesamiento son diferentes a los exigidos para ordenar prisión preventiva, dado que esta última exige, además de un grado razonable de imputabilidad de la conducta delictiva al procesado, que la privación de la libertad sea necesaria para evitar un daño al proceso que pueda ser ocasionado por el acusado.⁴⁰ Analizando las normas del Código de Justicia Militar y del Código Procesal Penal chileno, el tribunal concluye que la prisión preventiva procede como regla y no como excepción violando de esta manera la CADH.⁴¹

Por último, resulta de especial trascendencia el reciente fallo del tribunal en el *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Allí, la Corte IDH observó que el Primer Juzgado Especializado Penal en Delito de Terrorismo peruano, en el auto de apertura de instrucción del 10 de marzo de 2003, al momento de fundamentar el peligro procesal en el caso del señor García Asto para dictar la medida cautelar de detención preventiva, señaló que “[por] la gravedad del hecho imputado y las consecuencias jurídicas que acarrearía la probanza de los mismos, [era] de presumir, que el imputado de permanecer en libertad, [trataría] de eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria, en un acto natural de defensa”.⁴² Similar criterio utilizó al analizar un recurso presentado por el señor Ramírez Rojas: “del análisis de lo actuado hasta el momento, no se desprende que se configuren nuevos actos que enerven la situación jurídica del recurrente como para que merítue en variación de la medida coercitiva, y siendo además que al existir verosimilitud en los hechos denunciados, conforme se desprende de la investigación policial plasmada en el atestado policial, y estando a la gravedad de

los hechos, el mandato de detención se encuentra arreglado a Ley, por lo que la medida de coerción personal debe continuar”.⁴³

Por lo tanto, la Corte IDH entendió que el Primer Juzgado Especializado Penal en Delito de Terrorismo no presentó motivación suficiente para mantener la detención de los imputados por lo que el Estado incumplió con la obligación establecida en el artículo 7.3 de la CADH.⁴⁴ La importancia de esta sentencia radica en que los fundamentos en los que se apoya el tribunal peruano para justificar la prisión preventiva son utilizados en numerosas ocasiones –como se ha reseñado en la primera parte de este trabajo– por los tribunales argentinos y, como se verá a continuación, por algunos tribunales penales internacionales y la justicia española y alemana.

V.2. Tribunales Penales Internacionales

V.2.a. Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en la ex Yugoslavia desde 1991: La jurisprudencia del TPIY puede considerarse precursora en materia de encarcelamiento preventivo de imputados por crímenes de lesa humanidad dado que si bien las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, que establecen la estructura necesaria para el funcionamiento de los tres órganos del Tribunal, recogen algunas disposiciones de los reglamentos de procedimiento de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y de Tokio, todos los acusados que comparecieron ante los tribunales creados para juzgar los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, permanecieron en prisión hasta que se dictó la sentencia.⁴⁵ Además, los tribunales mencionados se regían por normas de procedimiento sumamente rudimentarias: el reglamento del Tribunal de Nuremberg contenía en total 11 artículos y todos los problemas de procedimiento eran resueltos por decisiones específicas del tribunal y, en Tokio, sólo había nueve artículos de procedimiento que formaban parte del estatuto del Tribunal. Una vez más, todos los demás asuntos quedaban a consideración del tribunal, con criterio casuístico.

A diferencia de lo que establecen los estándares del derecho interna-

cional de los derechos humanos que, como se ha visto, le confieren a la detención preventiva un carácter excepcional, la Regla 64 de Procedimiento y Prueba del TPIY establece que el acusado permanecerá en prisión y el Presidente puede, a pedido de parte, ordenar la modificación de sus condiciones de detención.⁴⁶ La Regla 65, en su inciso A), agrega que, una vez detenido, el acusado no podrá ser puesto en libertad excepto mediante sentencia de alguna de las Salas. El inciso B) disponía que la libertad sólo se ordenaría luego de que la defensa pruebe que *existen circunstancias excepcionales que justifiquen que el imputado no continúe detenido*⁴⁷, que el Estado que le dé acogida sea oído y sólo si se tiene la certeza de que el acusado comparecerá al juicio y, si es liberado, no pondrá en peligro a las víctimas, testigos u otra persona.

Las Salas del TPIY interpretaron rigurosamente estas condiciones y rechazaron todos los pedidos de excarcelación con la única excepción del caso *Fiscal c. Djukic*, quien fue liberado por estar afectado por una enfermedad incurable en fase terminal.⁴⁸

Al analizar el inciso B) de la Regla 65, en *Fiscal c. Kovacevic* la Sala consideró que aun cuando se cumpliesen todas las condiciones enumeradas en el párrafo anterior, “retiene cierto grado de discrecionalidad a la hora de decidir sobre el otorgamiento de la excarcelación al imputado”.⁴⁹ Por otra parte, el TPIY delimitó los criterios que permiten configurar estas circunstancias excepcionales: la sospecha razonable de que el requirente ha cometido el o los crímenes que se le imputan, su presunto papel en la perpetración de esos crímenes y la duración de la detención.⁵⁰ En *Fiscal c. Delalic*, el TPIY sostuvo que esa sospecha presupone “la existencia de hechos o información que le permitan a un observador objetivo inferir que el imputado pudo haber cometido la conducta prohibida”.⁵¹ Con relación a la importancia del papel desempeñado por el acusado, debe tenerse en cuenta que “son de la incumbencia del Tribunal solamente las violaciones graves del derecho internacional humanitario que comprometan la responsabilidad penal de sus autores, debido a su participación directa en la perpetración o por su posición de autoridad. En uno u otro caso, el presunto papel del acusado es, sin duda, importante”.⁵² Por

último, la Sala, siguiendo los criterios esgrimidos por el TEDH, entendió que el plazo tras cuya expiración la detención deja de ser legal depende de las circunstancias individuales del asunto, es decir, no puede exceder un plazo razonable.

Para finalizar, el TPIY en el caso *Fiscal c. Krajisnik*, rechazó un pedido de excarcelación toda vez que entendió que el hecho de que el imputado pueda ser condenado a una pena elevada puede constituir un incentivo considerable para que no se presente a juicio, agregando que la prisión preventiva debe ser la regla general y la excarcelación la excepción.⁵³ Similar criterio utilizó en el caso *Fiscal c. Blaskic* al afirmar que la gravedad de los crímenes por los que se lo acusaba y el monto de la pena que podría recibir justifica el temor de que el imputado no se presente ante el Tribunal.⁵⁴

Sin embargo, luego de la Reforma de la Regla (65.B) se eliminó el requisito de las circunstancias excepcionales, por lo que el TPIY sostuvo en *Fiscal c. Brdamin* que a partir de esa reforma la libertad durante el proceso es la regla.⁵⁵

V.2.b. Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los presuntos responsables de Genocidio y otras violaciones graves del derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de estados vecinos entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994⁵⁶: Si bien el TPIR ha utilizado en numerosas ocasiones los criterios establecidos por el TPIY, en materia de encarcelamiento cautelar, existen diferencias en cuanto al plazo que puede durar la prisión preventiva. Esto se debe a que ante las dificultades que implicaba la aplicación de la Regla 40 de Procedimiento y Prueba del TPIR en el transcurso de las investigaciones, el Fiscal propuso al Tribunal una modificación de las Reglas a fin de poder dictar la prisión preventiva de los sospechosos y su traslado al pabellón penitenciario del Tribunal, en Arusha.⁵⁷ En consecuencia, los magistrados aprobaron el artículo 40 bis el 15 de mayo de 1996 que en su inciso B) establece que un magistrado puede ordenar la prisión preventiva y el traslado al pabellón penitenciario de un sospechoso en la medida en que el sospechoso esté arrestado y bajo custodia

y que el juez considere que hay indicios graves y concurrentes que permiten suponer que el sospechoso ha cometido una infracción que cae bajo la jurisdicción del Tribunal y la prisión preventiva es necesaria para impedir la evasión del sospechoso, la intimidación a las víctimas o a los testigos, la destrucción de pruebas o, de algún modo, el buen desarrollo de la instrucción.

No obstante ello, el inciso C) dispone que la prisión preventiva puede ser ordenada por un período que no exceda los 30 días desde que se traslada al imputado a la unidad de detención del Tribunal. Por otra parte, el inciso F) agrega que el Juez para garantizar las necesidades de la investigación, puede extender la prisión preventiva por otro período que no exceda los 30 días, luego de escuchar a las partes y siempre que el Fiscal haya justificado las razones de su pedido. El inciso G) permite una última prórroga que tampoco podrá superar los 30 días en caso de existir circunstancias especiales.

Lo anterior demuestra que a diferencia de lo que ocurría en el TPIY, en el proceso ante el TPIR, la libertad del imputado es la norma general y la prisión preventiva, conforme a los estándares internacionales, vuelve a ser la excepción, controlando el tribunal a lo largo de su práctica jurisprudencial que se hayan respetado en todo momento los plazos indicados en las Reglas 40 y 40 bis.

V.2.c. Corte Penal Internacional: Toda vez que no existen hasta la fecha pronunciamientos de la CPI sobre la materia⁵⁸, a los fines de este trabajo resulta relevante analizar las disposiciones de su Estatuto –en vigor desde el 1º de julio de 2002– que establecen los requisitos que deben reunirse para el dictado de la prisión preventiva.

De esta manera, el artículo 58 en su inciso 1º dispone que “en cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentadas por el Fiscal, estuviere convencida de que: a) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y b) La detención parece necesaria para: 1) Asegurar que la persona comparezca en juicio; 2) Asegurar que la persona no obs-

truya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o 3) En su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias”. Esta norma se ve complementada por el inciso 4° del artículo 60 que establece que “la Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará de que la detención en espera de juicio no se prolongue excesivamente a causa de una demora inexcusable del Fiscal”.

De la letra de los mencionados artículos se desprende que el Estatuto de la CPI no se aparta de los criterios establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a los requisitos para ordenar el encarcelamiento preventivo y el control de su plazo razonable.

V.2.d. Tribunal Especial para Sierra Leona: Mención aparte merece el Tribunal Especial para Sierra Leona⁵⁹, que si bien no es un tribunal penal internacional, conforme el artículo 14 del Estatuto del Tribunal aplica *mutatis mutandis* las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR y está juzgando crímenes de lesa humanidad.

Del análisis de su jurisprudencia se puede concluir que el Tribunal Especial ha rechazado los pedidos de excarcelación que se le presentaron siguiendo los criterios establecidos por el TPIY.

Así, en el caso *Fiscal c Norman, Fofana y Kondewa*, sostuvo que “el imputado en razón de los delitos por los que se lo acusaba, podría afrontar un largo tiempo en prisión, lo que podría motivarlo a ausentarse”.⁶⁰ El Tribunal agregó que si bien la gravedad del delito imputado o el monto de la posible pena no pueden ser usados para negar una excarcelación por sí mismos, ya que esto violaría el principio de inocencia, constituyen elementos trascendentales que deben ser tomados en cuenta al momento de evaluar el peligro de fuga del imputado ante una solicitud de excarcelación.⁶¹

Por último, aplicando lo manifestado por el TEDH en el *Caso Letellier v. Francia*, concluyó que “si la naturaleza de los delitos imputados y la posibilidad de una reacción pública es de tal entidad que la excarcelación del imputado pudiera generar desorden público, la detención preventiva por un plazo reducido puede estar justificada”.⁶²

V.3. Algunos criterios esbozados por el Derecho Comparado

V.3.a. España: En materia de encarcelamiento preventivo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española dispone en su artículo 503 inciso 1 que la prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, aparezcan motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión y mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga, evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto, evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima o evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos. Para valorar la existencia del peligro de fuga, la norma establece que se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral.

Por otra parte, el artículo 502 inciso 3 establece que “el juez o tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta”.

Estos criterios fueron tenidos en cuenta por el magistrado Baltasar Garzón Real al dictar la prisión preventiva de Adolfo Scilingo y Ricardo Miguel Cavallo, ambos perseguidos en España en virtud del principio de jurisdicción penal universal.

En el caso del primero, el magistrado decretó su prisión preventiva incondicional debido a que toda vez que se lo acusaba de los delitos de Genocidio, Terrorismo y Torturas, de acuerdo con el principio de proporcionalidad no existía ninguna otra posibilidad para garantizar efectivamente

te la sujeción al procedimiento del imputado que el dictado de la prisión.⁶³

En el caso de Cavallo, el juez afirmó que “la actividad delictiva imputada en forma provisional al procesado es de tal gravedad que no deja opción diferente a la de la medida de prisión, por cuanto no debe olvidarse que lo que se le imputan son los crímenes internacionales de Genocidio y Terrorismo”, a lo que añadió que “el riesgo de sustracción a la Justicia es *evidente*, si se tiene en cuenta que si estuviera en libertad eludiría la acción judicial con tan sólo huir a la Argentina, su país de origen, en el que de momento, no podría ser perseguido por estos hechos por aplicación de las Leyes de Obediencia Debida y de Punto Final”.⁶⁴

Por otra parte, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el marco del auto de prisión preventiva contra Augusto Pinochet Ugarte, manifestó que “la norma general debe ser la libertad provisional del imputado, a no ser que concurran especiales circunstancias que aconsejen la prisión provisional; en concreto: antecedentes del imputado, circunstancias del hecho, alarma social que la comisión del delito haya producido o frecuencia con la que se cometan hechos análogos. A su vez, a partir de la entrada en vigor del nuevo Código Penal la regla general será acordar el ingreso en prisión cuando el delito tenga señalada pena que exceda de 3 años, a no ser que el inculcado carezca de antecedentes penales, y se pueda creer fundadamente que no tratará de substraerse a la acción de la justicia y, además, que el delito no haya producido alarma, ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde este Tribunal ejerce su jurisdicción, cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional (art. 62 L.O.P.J.)”.⁶⁵ En este caso, el tribunal consideró que el riesgo de que el levantamiento de la medida cautelar pudiera dar por terminado con las investigaciones era evidente, por lo que mantuvo la orden de prisión preventiva.

V.3.b. Alemania: Dentro del ordenamiento jurídico alemán cobra singular relevancia, a los fines de este trabajo, el § 112 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana⁶⁶, que en su párrafo tercero establece que “contra el inculcado que sea sospechoso de forma fundada de un delito según § 6 párrafo 1 n° 1 del Código penal internacional o § 129°, 63 párrafo 1° o

párrafo 2°, o según los §§ 211, 212, 226, 306 b o 306 c del Código Penal o, en tanto que mediante el acto se haya puesto en peligro la vida o la integridad física de otro, que sea sospechoso de forma fundada según § 308, apartados I a III, del Código Penal, también se puede ordenar la detención preventiva, *aunque no exista un motivo de detención*⁶⁸ según el párrafo 2°. Los motivos enumerados en dicho párrafo son: rebeldía verificada, peligro de fuga o peligro de entorpecimiento de la investigación.

Como señalaba Maier al analizar la Ordenanza Procesal Penal Alemana vigente al año 1965 “se trata de casos extremos que bien pueden aceptarse como presunciones legales de que el imputado vehementemente sospechoso intentará eludir la acción de la justicia no sometándose al proceso o entorpeciendo las averiguaciones sobre su objeto”.⁶⁹

La mayoría de los delitos mencionados en la disposición transcrita está amenazada con pena privativa de la libertad de por vida o, cuando no es así, con la máxima duración de esa pena (15 años): constitución de asociaciones terroristas (§ 129a.), pena privativa de libertad de uno a diez años; asesinato u homicidio calificado (§ 211), pena privativa de libertad de por vida; homicidio (§ 212), pena privativa de libertad nunca menor a cinco años que puede llegar a pena privativa de libertad de por vida en casos de especial gravedad; genocidio (§ § 6 párrafo 1 n° 1 del Código penal internacional), pena privativa de libertad de por vida; daño físico especialmente grave (§ 226), pena privativa de libertad de uno a diez años para el caso calificado de comisión del delito negligentemente y pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años en casos de menor gravedad (también para el tipo culposo) o pena privativa de la libertad de dos a diez años para el caso calificado de comisión del delito “intencionadamente” y pena privativa de libertad de uno a cinco años para el mismo supuesto en casos de menor gravedad; incendio provocado especialmente grave (§ 306), pena de privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a diez años, cuando se verifique alguno de los tres supuestos contemplados por el tipo; provocación de la voladura de un explosivo (§ 308), que establece penas privativa de libertad que van desde los seis meses hasta la prisión de por vida, según la gravedad del hecho previsto.

El Tribunal Constitucional Federal ha intentado interpretar la norma citada, conforme a la Constitución, en los siguientes términos: en caso de sospecha vehemente de la comisión de los hechos punibles graves del párrafo 3°, la prisión preventiva sólo puede ser impuesta si existen los motivos de detención de peligro de fuga o peligro de entorpecimiento; no obstante, en la verificación de la existencia de estos motivos no se debe ser tan exigente como en el párrafo 2°, sino que ya es suficiente *una intensidad menor* de peligro de fuga o de entorpecimiento. Si bien Roxin se pronuncia críticamente sobre la redacción de este artículo⁷⁰, también entiende que el tribunal no ha dado una interpretación del § 112 III, sino que le ha dado otro sentido a la ley, lo que la ha vuelto cuestionable por completo.⁷¹

Del análisis de la normativa procesal alemana con posterioridad a la sanción de la Ley de Introducción del Código penal internacional, que adecua el ordenamiento interno alemán al catálogo de delitos tipificados en el Estatuto de la CPI, se desprende que, a diferencia de lo que ocurre con los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, únicamente con relación al delito de genocidio se contempla la posibilidad de ordenar la detención preventiva sin que exista un motivo de detención en casos de crímenes internacionales. Resulta difícil encontrar coherencia en estas disposiciones toda vez que, en primer lugar, no existe, hasta el momento, una distinción jerárquica entre esta clase de crímenes y, por otra parte, sí se exige de fundar el encarcelamiento preventivo sobre la base de riesgos procesales frente a la imputación de delitos comunes que podrían llegar a considerarse de gravedad inferior, como por ejemplo, el incendio provocado (§ 112 a).

VI. A MODO DE CIERRE

En el ámbito del sistema internacional de protección de los derechos humanos, hasta el momento, no se ha presentado ningún caso donde se analicen los fundamentos del encarcelamiento cautelar de imputados de crímenes de lesa humanidad, por lo que los criterios allí elaborados resul-

tan de aplicación a *todos* los casos en los que un individuo es sometido por el Estado a un proceso penal, sin importar la clase de delito atribuido.

Distinta es la situación en los Tribunales Penales Internacionales que, si bien han sostenido que la libertad es el principio y la prisión preventiva, la excepción, han rechazado la casi totalidad de los pedidos de excarcelación interpuestos, extrayendo de la gravedad del delito y del monto que podría alcanzar la pena en caso de condena, el peligro de fuga de los imputados.

Por su parte, los tribunales locales aún se encuentran discutiendo si estos argumentos sirven de fundamento para el dictado de la prisión preventiva; lo que no parece ser materia de cuestionamiento en la jurisprudencia española y alemana.

De un análisis comparativo de los diferentes criterios expuestos en este trabajo, se desprende que existe un “consenso” sobre la plausibilidad de considerar un fuerte vínculo entre el monto de la posible pena y el peligro de fuga. Por ende, todavía queda pendiente un debate centrado en la presencia de características particulares propias de los delitos de lesa humanidad que justifiquen –más allá del elevado monto de las penas que corresponden a esa clase de delitos– el establecimiento de otros criterios (como los enumerados en el apartado IV) para fundar la existencia de riesgos procesales que legitimen el encarcelamiento preventivo.

NOTAS

1. Fallos: 327:954.
2. Las decisiones del Tribunal sobre esta materia, adquieren singular importancia dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, toda vez que la propia Corte ha señalado que “la obligación de cumplir con lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*).” (*Inter alia*, Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 61; *Caso Bulacio*.

- Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 117; *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 128; *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención [arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos]*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35). Además, vale la pena mencionar que tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas ocasiones, “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” (C.S.J.N., “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. –causa N° 17.768–”, 14 de junio de 2005, considerando 17; Fallos: 318:514, 326:2805, entre otros).
3. Cfr. art. 376, inc. 2, del Código de Procedimientos en Materia Penal, según el cual podrá ordenarse la libertad provisional del procesado no reincidente “cuando su prisión preventiva se hubiese decretado con relación a uno o más hechos independientes, aunque a éstos correspondiera pena privativa de libertad cuyo máximo fuese superior a ocho años, si, por las características particulares de los mismos y las condiciones personales del procesado, pudiera corresponder, a primera vista, condena de ejecución condicional”. Nótese la similitud con el sistema previsto por los arts. 316 y 317 del CPPN vigente.
 4. Fallos: 280:297 (1971). Ver comentario crítico de la doctrina del fallo en Maier, Julio B. J., *La privación de la libertad en el proceso penal y el recurso de inconstitucionalidad*, publicado en *Sobre la libertad del imputado*, Ed. L.E.A., Buenos Aires, 1981, p. 66.
 5. Destacado agregado.
 6. Fallos: 316:1934.
 7. Integrada por los jueces Antonio Boggiano y Julio S. Nazareno.
 8. Cfr. considerando 7°.
 9. Fallos: 320: 2105.
 10. Fallos: 321: 3630.
 11. Corresponde aclarar que en el caso se encontraba en discusión la decisión de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional relativa a la aplicación de los plazos previstos por el art. 1 de la Ley 24.390, cuando el imputado llevaba encarcelado más de cinco años.
 12. El aspecto central tratado por la Corte en este precedente se relaciona con un cuestionamiento a la constitucionalidad de la Ley 24.410, por la cual el legislador nacional excluyó de los estándares generales en materia de excarcelación a aquellos supuestos en los que se imputen los delitos previstos en los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal.

13. Así fue puesto de manifiesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Arancibia Clavel”, indicando, además, que, frente a la comisión de esta clase de hechos, el Estado estaba obligado a garantizar el ejercicio de los derechos humanos mediante la investigación y sanción de quienes afecten tales derechos (considerando 35 y 36 del voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco; considerando 23 del voto del juez Petracchi; considerando 67 del voto del juez Maqueda). En relación con la doctrina, por todos, Bassiouni, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer Law International, *La Haya*, 1999, Capítulo 6; “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, en *Law and Contemporary Problems*, Fall 1996, p. 73.
14. CNCP, Sala IV, “Mariani, Hipólito Rafael s/recurso de casación”, causa N° 5115, rta. el 26/04/05, reg. 6528.4. El fallo se integró con los votos coincidentes de los jueces Gustavo M. Hornos, Ana María Capolupo de Durañona y Vedia y Amelia Lydia Berraz de Vidal.
15. Del voto de las juezas Ana María Capolupo de Durañona y Vedia y Amelia Lydia Berraz de Vidal. Las consideraciones citadas corresponden a la transcripción hecha por las magistradas de los fundamentos del fallo de la Sala IV de esa Cámara “Pietro Cajamarca, Guido s/ recurso de casación”, causa N° 5199, del 20/04/05, reg. 6522.
16. Con cursivas en el original.
17. CNCP, Sala IV, “Comes, César Miguel s/recurso de casación”, causa N° 5117, rta. el 26/4/05, reg. 6529.4. El fallo se integró con los votos coincidentes de los jueces Gustavo M. Hornos, Ana María Capolupo de Durañona y Vedia y Amelia Lydia Berraz de Vidal.
18. Idem, voto del juez Gustavo M. Hornos.
19. CNCP, Sala III, “Radice, Jorge Carlos s/ recurso de casación”, causa N° 5754, rta. el 1/9/05, reg. 671/05. La sala se integró por Ángela Ester Ledesma, Ana María Capolupo de Durañona y Eduardo Rafael Riggi.
20. CNCP, Sala III, “Acosta, Jorge Eduardo s/ recurso de casación”, causa N° 5752, rta. el 1/09/05, reg. 670/05. La sala se integró por Ángela Ester Ledesma, Ana María Capolupo de Durañona y Eduardo Rafael Riggi.
21. CNCP, Sala III, “Rolón, Juan Carlos s/ recurso de casación”, causa N° 5750, rta. el 22/06/05, reg. 505/05. La sala se integró por Ángela Ester Ledesma, Guillermo José Tragant y Eduardo Rafael Riggi.
22. Hay que destacar que en estos casos se encontraba en crisis la superación del plazo de duración de la prisión preventiva previsto por el art. 1 de la Ley 24.390. Por ello, estrictamente, los argumentos requeridos para decidir la continuación del encarcelamiento cautelar difieren de aquellos válidos para considerar los supuestos de excarcelación y exención de prisión, ya que aquí sólo corresponde hablar sobre *cesación* de la prisión preventiva.
23. Cfr. CNCP, Sala III, “Acosta, Jorge Eduardo s/ recurso de casación”, cit., voto del juez Riggi, pár. 2°.
24. Creada por Res. PGN163/04, dependiente de la Fiscalía General de Política Criminal Derechos Humanos y Servicios Comunitarios de la Procuración General de la Nación.

25. Cfr. Informe Anual 2004-2005 de la Procuración General de la Nación, en prensa.
26. "Por desaparición forzada de personas se entiende en el derecho penal internacional la privación de la libertad de 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. Tal es la formulación adoptada por el art. 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –incorporada a la Constitución por ley 24.556–, que no hizo más que receptor en esa medida la noción que era ya de comprensión general en el derecho internacional de los derechos humanos." (Cfr. Dictamen del Procurador General de la Nación en "Videla, Jorge Rafael s/incidente de apelación y nulidad de prisión preventiva" [S. C. V. 2, L. XXXVII]).
27. Dictamen del Procurador General de la Nación, Luis Santiago González Warcalde, del 23 de septiembre de 2002 en el marco de la causa N. 473. XXXVIII - "N. C. s/ incidente de excarcelación" –CSJN–.
28. Fallos: 327:496.
29. Esta objeción fue indicada por la CFCC en los pronunciamientos que fueran luego anulados por la Sala IV de la CNCP en los fallos "Mariani" y "Comes" citados. Sin embargo, el rechazo del argumento por parte de la Cámara de Casación no respondió a una análisis pormenorizado que permita considerar que haya sido refutado.
30. Creado por el Consejo de Seguridad mediante Resolución 827 (1993), 3217a sesión, 25 de mayo de 1993. En adelante, TPIY.
31. Resolución AG 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principio 36.2.
32. Comité de Derechos Humanos, *Caso Hill & Hill c. España*, Comunicación N° 526/93, 23 de junio de 1997 (CCPR/C/59/D/526/1993), párr. 12(3).
33. Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos al Informe presentado por la Argentina de conformidad con el artículo 40 del Pacto, 3 de noviembre de 2000 (CCPR/CO/70/ARG), párr. 10.
34. Al respecto, en el *Caso del Instituto de Reeducación del Menor* señaló que "la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla" (Corte I.D.H., *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 229). Para un panorama más completo de la cuestión, ver: *Inter alia* Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35; *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52; *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69; *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

35. Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero*, cit., párr. 77; *Caso Tibi*, cit., párr. 180; *Caso Acosta Calderón*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111.
36. Cfr. Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese*, cit., párr. 129; *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*, cit., párr. 228; *Caso Tibi*, cit., párr. 106; *Caso Acosta Calderón*, cit., párr. 74; *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 197; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106.
37. Cfr. Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese*, cit., párr. 129; *Caso Acosta Calderón*, cit., párr. 111; *Caso Tibi*, cit., párr. 180; *Caso Palamara Iribarne*, cit., párr. 198. Similar criterio sostiene la Corte Europea de Derechos Humanos. Ver, TEDH, *Caso Neumeister v. Austria*, Sentencia de 27 de junio de 1968, Serie A, N° 8, párrs. 4-15; *Caso W. v. Suiza*, Sentencia de 26 de enero de 1993, Serie A, N° 254, párr. 30.
38. Cfr. Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese*, cit., párr. 131.
39. Corte I.D.H., *Caso Tibi*, cit., párr. 107.
40. Cfr. Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne*, cit., párr. 206.
41. *Idem*, párrs. 212-213.
42. Corte I.D.H., *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, cit., párr. 127.
43. *Idem*, párr. 141.
44. *Idem*, párrs. 128-129.
45. *Idem*, párrs. 128-129.
46. El Tribunal ha sido renuente a modificar las condiciones de detención de los imputados, no obstante lo cual merece observarse la posición del juez Cassese en *Fiscal c. Blaskic*. Allí, el magistrado analizó los requisitos negativos y positivos que se deben reunir para conceder el arresto domiciliario a un imputado. Entre los primeros se encuentran: el riesgo de que el detenido escape, pueda destruir pruebas o poner en peligro a posibles testigos, continúe su conducta delictiva o ponga en peligro el orden público y la paz social. Entre los segundos, se encuentran los casos de enfermedades mentales o físicas graves, avanzada edad, supuestos en que las condiciones de detención en prisión podrían probablemente poner en riesgo su vida o salud mental o en que se premie al imputado por su conducta procesal (p. ej. por ofrecer pruebas que han sido solicitadas por el Fiscal o los jueces). Además, consideró relevante al momento de analizar la petición, que el imputado iba a pagar todos los gastos que implicasen la modificación de las condiciones de su detención y que se presentó voluntariamente ante el Tribunal (TPIY, *Fiscal contra Blaskic*, asunto n° IT-95-14-T, Decisión relativa a la presentación de la defensa en virtud de la Regla 64 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, 3 de abril de 1996, párrs. 19-23).
47. Este requisito fue eliminado al reformarse la Regla 65 el 17 de noviembre de 1999.
48. Cfr. TPIY, *Fiscal contra Djukic*, asunto n° IT-96-20-T. Decisión relativa al mantenimiento del acta de acusación y a la puesta en libertad provisional por razones de salud, 24 de abril de 1996.

49. TPIY, *Fiscal contra Drljaca y Kovacevic*, asunto n° IT-97-24-T, Decisión relativa a la puesta en libertad provisional, 20 de enero de 1998, párr. 7.
50. En *Fiscal c. Milosevic*, el Tribunal entendió que el derecho del acusado de tener el tiempo y las facilidades adecuadas para la preparación de su defensa no constituye una circunstancia excepcional, toda vez que puede ser garantizado por medios distintos a la excarcelación. TPIY, *Fiscal contra Milosevic*, asunto n° IT-02-54-T, Decisión relativa a la puesta en libertad provisional, 6 de marzo de 2002.
51. TPIY, *Fiscal contra Drljaca y Kovacevic*, cit., párr. 19.
52. Cfr. La Rosa, Anne-Marie, ob. cit., p. 679.
53. TPIY, *Fiscal contra Krajisnik*, asunto n° IT-00-39/40-T, Decisión relativa a la puesta en libertad provisional, 8 de octubre de 2001.
54. TPIY, *Fiscal contra Blaskic*, cit.
55. TPIY, *Fiscal contra Brđanin*, asunto n° IT-99-36-T, Decisión relativa a la puesta en libertad provisional, 25 de julio de 2000.
56. Creado por el Consejo de Seguridad mediante Resolución 955 (1994), 8 de noviembre de 1994. En adelante, TPIR.
57. Informe del Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de estados vecinos entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, A/51/399, S/1996/778, 24 de septiembre de 1996, p. 35.
58. En la actualidad, la Fiscalía se encuentra realizando investigaciones relacionadas con posibles crímenes de la competencia de la CPI llevados a cabo en Darfur (Sudán), República Democrática de Congo, Uganda y República Centro Africana.
59. Creado el 16 de enero de 2002 por un acuerdo entre el Estado de Sierra Leona y la Organización de las Naciones Unidas.
60. TESL, *Fiscal c Norman, Fofana y Kondewa*, asunto n° SCSL-04-14-T, Decisión relativa a la libertad bajo fianza según lo establecido en la Regla 65, 5 de agosto de 2004, párr. 71.
61. Idem, párr. 73.
62. Idem, párr. 84.
63. Cfr. Audiencia Nacional, Sumario 19/1997, Juzgado Central de Instrucción N° 5, en los autos caratulados: “Scilingo Manzorro, Adolfo Francisco”, auto del 31 de julio de 2001, considerando segundo.
64. Cfr. Cfr. Audiencia Nacional, Sumario 19/1997, Juzgado Central de Instrucción N° 5, en los autos caratulados: “Cavalo, Ricardo Miguel”, auto del 29 de junio de 2003, considerando tercero. Destacado agregado.
65. Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, Juzgado Central de Instrucción n° 5, Sumario n° 19/97, Apelación n° 80/99, considerando 7. Destacado agregado.

66. Texto vigente según ley de Introducción del Código penal internacional del 26 de junio de 2002.
67. Agregado en 1976.
68. Destacado agregado.
69. Maier, Julio B.J., *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 79.
70. El autor señala que la prisión preventiva podría ser ordenada sin que fuera necesaria para asegurar el proceso de conocimiento o el procedimiento de ejecución, por lo que un motivo (no mencionado) de detención sería nuevamente, como en el Tercer Reich, “la repercusión en la población” (Cfr. Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25ª ed. alemana de Pastor, Daniel y Córdoba, Gabriela, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 261).
71. *Ibidem*.

El derecho a al identidad

El derecho a la identidad en breves comentarios a los votos disidentes del Caso de las Hermanas Serrano Cruz

Verónica Asurey* y Natalia A. L. Ferrari **

Repasar los votos disidentes de los Jueces Trindade y Ventura Robles en el caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador¹, nos permite transitar argumentos de impecable lógica jurídica y cuestiones que, una vez más, nos hacen pensar al derecho como medio de protección efectiva de la persona humana, en su integridad física y psíquica, frente a cualquier acto u omisión de los estados.

Existe una generación de contemporáneos que sufre los efectos de un delito que no ha cesado de cometerse, como es la apropiación de personas que han sido privadas de su identidad. Y decimos que sus efectos trascienden a nuestros días, porque hay cientos de familias en toda América que, a pesar del tiempo y la distancia que los separa, mantienen intactas sus esperanzas de encontrar a sus seres queridos y restablecer sus vínculos familiares. Esos vínculos no han sido rotos ni atenuados por el paso del tiempo. Por el contrario, persiguen justicia.

* Abogada. Miembro del equipo jurídico de Abuelas de plaza de Mayo.

** Abogada.

EL CASO DE LAS HERMANAS SERRANO CRUZ

De acuerdo con los hechos expuestos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a partir del día 2 de junio de 1982, se produjo la captura, secuestro y desaparición forzada de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, quienes en ese momento tenían 7 y 3 años respectivamente.

Las niñas habrían sido capturadas por militares integrantes del Batallón Atlacatl del Ejército salvadoreño, durante un operativo militar conocido como “Operación Limpieza” o “la guinda de mayo”. Dicho operativo, en el que habrían participado unos catorce mil militares, se llevó a cabo en el Municipio de San Antonio de La Cruz, departamento de Chalatenango, El Salvador, desde el 27 de mayo y hasta el 9 de junio de 1982.

Durante el operativo, la familia Serrano Cruz se desplazó para salvar su vida. Pero sólo la señora María Victoria Cruz Franco, madre de Ernestina y Erlinda, y uno de sus hijos, lograron cruzar el cerco militar. El señor Dionisio Serrano, padre de las niñas, y sus hijos Enrique, Suyapa (quien llevaba a su bebé de seis meses), Ernestina y Erlinda se dirigieron con un grupo de pobladores a las montañas.

Suyapa decidió apartarse del grupo para no ponerlos en riesgo. Debido a que su bebé lloraba, se escondió en un lugar cercano. El señor Dionisio Serrano y su hijo Enrique fueron a buscar agua a una quebrada cercana y las niñas quedaron solas. Comenzaron a llorar y fueron descubiertas por una patrulla de militares. Suyapa tuvo la certeza de que los militares se habían llevado a sus hermanas. Ello, porque escuchó cuando un soldado le preguntó a otros si debían llevarse a las niñas o matarlas, recibiendo por respuesta que se las llevara. En cuanto dejó de escuchar ruidos, Suyapa comenzó a buscar a sus dos hermanas. Cuando volvió su padre, también él las buscó en los alrededores.

La Comisión señaló también que Ernestina y Erlinda fueron vistas por última vez en el momento en que un helicóptero de las Fuerzas Armadas salvadoreñas las transportaba del lugar de los hechos a la ciudad de Chalatenango.

La situación salvadoreña fue bien descrita por el testigo Juan María Raimundo Cortina Garaígorta, sacerdote y director de la Asociación Pro-Búsqueda: *“de acuerdo con la experiencia de Pro-Búsqueda, durante el conflicto armado en El Salvador existió un patrón sistemático de desaparición de niños y niñas durante los operativos militares. El caso de Ernestina y Erlinda cabe perfectamente en el patrón general de desaparición de niños y niñas durante el conflicto... En el extranjero han encontrado 126 niños ‘en once países, tanto de América como de Europa’. Todos ellos se han nacionalizado como ciudadanos del país en el que residen y casi todos no hablan su idioma materno. Pro-Búsqueda le indica al joven reencontrado su identidad real, su parentesco y su verdadero nombre, para que decida lo que quiere hacer”*.

EL VOTO MAYORITARIO DE LA CORTE

La mayoría de los miembros de la Corte Interamericana, al tratar las excepciones preliminares planteadas por el Estado demandado, hizo lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción *ratione temporis*, inhibiéndose de conocer sobre posibles violaciones originadas en hechos o actos sucedidos antes del 6 de junio de 1995, fecha en que el Estado demandado aceptó la competencia contenciosa de ese tribunal. Del mismo modo, se inhibió de tratar las violaciones producto de hechos o actos cuyo principio de ejecución fue anterior a esa fecha, pero que sus efectos se prolongan hasta la actualidad.

En esa sentencia cuyos fundamentos se proyectaron luego en el tratamiento del fondo, se reconoció la validez de la restricción impuesta por el Estado salvadoreño al aceptar la competencia de la Corte, de excluir de su conocimiento cualquier violación a los derechos humanos que hubiese tenido su origen en el conflicto armado interno que flageló al país y a su población entre los años 1980 y 1991.

En efecto, la Corte se inhibió de conocer sobre las desapariciones de las hermanas Serrano, las circunstancias en las que éstas se produjeron, cuáles fueron sus destinos y cuál su actual paradero. Eliminó así, como señala el juez disidente Trindade, la oportunidad de superar la concep-

ción del mero voluntarismo estatal y aplicar una metodología de interpretación de los tratados de derechos humanos en consonancia con los valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional.

De este modo, y así nos permitimos expresarlo, la Corte tornó meramente declarativo el compromiso asumido por el Estado salvadoreño al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el año 1978, de respetar el derecho a la vida, al nombre, a la protección de la familia y a los derechos del niño, que fueron invocados y desarrollados por los jueces disidentes para construir el concepto de derecho a la identidad.

En resumen, la Corte autolimitó su competencia para sólo conocer sobre violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial (artículos 8.1 y 25 de la Convención) y a la integridad personal (art. 5) de los *familiares* de las hermanas Serrano.

Una vez más la Corte ratificó el *derecho a la verdad*, en cuanto obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para investigar y recabar pruebas sobre el posible paradero de los jóvenes desaparecidos y facilitar el reencontro con sus familiares. También dejó muy en claro que las demoras en el proceso penal llevado a cabo por el Estado salvadoreño se debieron a una inacción inexplicable del órgano judicial, a la falta de una investigación eficiente y apropiada, y a que la escasa investigación penal realizada se dirigió más a ayudar a la defensa del Estado en el proceso ante la Corte Interamericana, que a investigar lo ocurrido con las hermanas Serrano. Sin embargo, nos permitimos decir, la Corte se quedó a mitad de camino.

Ello, por cuanto a partir de una interpretación regresiva del mecanismo de adhesión convencional a la competencia contenciosa de la Corte, se recortó el tratamiento de las alegadas violaciones a los derechos garantizados por la Convención.

EL VOTO DISIDENTE DEL JUEZ TRINDADE

El Juez Trindade no se vio obligado a realizar forzadas interpretaciones para rebatir el voto mayoritario en la sentencia sobre excepciones preli-

minares. Para motivar su fallo disidente se basó en razonamientos claros y autosuficientes:

El Estado demandado, al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, expresó su voluntad de someterse al orden público internacional, y, en consecuencia, a hacer efectiva la protección de todos los derechos que garantiza ese instrumento internacional. Producto de ello se reconoció susceptible de responsabilidad internacional² frente a cualquier violación de los derechos humanos.

Según el juez disidente, *“Sería, en efecto, inadmisibles subordinar la operación del mecanismo convencional de protección a condiciones no expresamente autorizadas por el artículo 62 de la Convención Americana, pues esto no sólo afectaría de inmediato la eficacia de la operación de dicho mecanismo, sino además, fatalmente impediría sus posibilidades de desarrollo futuro”*.

Parafraseando su voto disidente en la sentencia sobre excepciones preliminares³, sostuvo que *“al proceder como lo hizo aceptando los términos de dicha excepción preliminar la mayoría de la Corte se atuvo al voluntarismo estatal, dejando desprotegido a las personas que se consideran víctimas de violaciones continuadas de derechos humanos de particular gravedad, ocurrientes en el conflicto armado salvadoreño”*.

Por ello compartimos el criterio del Juez Trindade, en el sentido de que el reconocimiento de la competencia de la Corte por el Estado del Salvador con posterioridad al inicio de ejecución de hechos aberrantes y continuados, como es, la desaparición forzada de personas, no puede enervar el tratamiento del caso por el órgano internacional.

LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LOS VOTOS DISIDENTES

El Juez Trindade también efectuó sus aportes a la construcción jurisprudencial del concepto de *derecho a la identidad*, íntimamente vinculado con los delitos de desaparición forzada de personas y apropiación.

En relación al mismo afirmó: *“El derecho a la identidad presupone el libre conocimiento de datos personales y familiares, y acceso a éstos, para satis-*

facer a una necesidad existencial y salvaguardar los derechos individuales. Dicho derecho tiene además un notorio contenido cultural (además de social, familiar, psicológico, espiritual), mostrándose esencial para la relación de cada persona con las demás e incluso su comprensión del mundo exterior, y su ubicación en el mismo.”

Sin la identidad propia uno no es persona. La persona humana, a su vez, se configura como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí mismo, y que lo realiza a lo largo del camino de su vida, bajo su propia responsabilidad. La salvaguardia de su derecho a la identidad tórnase esencial para ese fin. La personalidad jurídica, a su vez, se manifiesta como categoría jurídica en el mundo del Derecho, como la expresión unitaria de la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y las relaciones humanas reglamentadas”.

El derecho a la identidad, en sus palabras, es el que protege a cada individuo de la desfiguración o vulneración de su “verdadera persona”, de las características que le son distintivas, y que también se reflejan en el mundo exterior.

Trindade se pronunció también con relación a los componentes del derecho a la identidad. Señaló que, si bien no se encuentra específicamente previsto en la Convención Americana, surge del contenido de los artículos 18 (derecho al nombre) y 17 (derecho a la protección de la familia). Y que instrumentos internacionales posteriores lo reconocen efectivamente como tal.⁴

Y citó en su apoyo a la Corte Europea, que en referencia al nombre tuvo oportunidad de señalar: “*al constituir un medio de identificación personal y una conexión a la familia, el nombre de un individuo concierne a su vida privada y familiar*”. En relación con esto, dijo Trindade: “*No se trata del nombre per se, sino más bien del nombre como “bien de la identidad personal”, designando la persona humana que con él se identifica, y mediante el cual ejerce y defiende sus derechos individuales. El derecho a la identidad, conformado por el contenido material de los derechos al nombre y a la protección de la familia, no sólo amplía el elenco de los derechos individuales, sino además contribuye, a mi juicio, a fortalecer la tutela de los derechos humanos*”.

Sin embargo, señaló el juez que en diferentes supuestos fácticos, el derecho a la identidad podría surgir de otros derechos previstos específicamente en la Convención Americana, como por ejemplo del derecho a la libertad de conciencia y religión, a la nacionalidad, o a la libertad de pensamiento y expresión.

EL VOTO DISIDENTE EL JUEZ VENTURA ROBLES

También el Juez Ventura Robles señaló que la Corte debió haber declarado, por parte del Estado salvadoreño, la violación de los artículos 17, 18 y 19 de la Convención.

Al respecto indicó que: *“Debido a los hechos particulares de este caso, la consecuencia lógica y necesaria de esa violación es la de vulnerar el derecho a la identidad de Ernestina y Erlinda y de sus familiares, porque sin familia y sin nombre no hay identidad. Es claro que el derecho a la identidad como tal no está recogido expresamente por la Convención Americana. Sin embargo, es importante señalar que, en mi opinión, este derecho sí se encuentra protegido en dicho tratado a partir de una interpretación evolutiva del contenido de otros derechos consagrados en el mismo, y en este caso en particular, a través del análisis de los artículos 17, 18 y 19 de la Convención. Al respecto, me parece importante destacar que no se trataría de la primera vez que la Corte se hubiera pronunciado sobre un derecho que no se encuentra explícitamente establecido en dicho instrumento, sino que tanto en sentencias anteriores, como en la presente Sentencia en el párrafo 62, este Tribunal hizo referencia al derecho a la verdad, el cual no se encuentra expresamente consagrado en la Convención Americana, y en otros casos ha hecho referencia a la violación al derecho a la vida digna, el cual tampoco se encuentra contemplado expresamente en dicha Convención e incluso abarca la protección de otros derechos protegidos expresamente en otros tratados”*.

En cuanto al alcance de la protección del derecho al nombre, el juez, en su voto disidente, remarcó que *“va más allá de la obligación del Estado de garantizar las condiciones para que una persona sea registrada debidamente*

desde su nacimiento, sino que además, éste debe adoptar todas las medidas necesarias con el objetivo de preservar el nombre y apellido con el que una persona ha sido inscrita y, en el caso de que pudiera haber mediado algún tipo de alteración o modificación éste tiene el deber de reestablecer el nombre y apellido con el que originalmente fue inscrita, en caso de que correspondiere”.

De allí la necesidad en los casos de apropiaciones de niños, en los que se falsifican sus partidas de nacimiento a fin de inscribirlos bajo una identidad falsa, de declarar su nulidad y ordenar la inscripción con el nombre, apellido y datos filiatorios verdaderos.

Por último, queremos destacar el modo en que el Juez Ventura Robles sintetiza el juego armónico de derechos para construir el concepto de identidad. Al respecto expresó: *“La convivencia y relaciones familiares, así como el nombre y apellido de una persona, son esenciales para la formación y preservación de la identidad de un ser humano. Estos elementos del derecho a la identidad son indispensables tanto para los niños como para los adultos miembros de una familia, dado que la identidad de cada uno de dichos miembros afecta e influye en la de los otros, así como en su relación con la sociedad y con el Estado”.*

A MODO DE CONCLUSIÓN

Tan intrincado es algunas veces el camino de la interpretación jurídica de las conductas, que abogados y jueces se ven en la necesidad de formular aclaraciones previas, como modo de prevenir de antemano réplicas que, a todas luces, se considerarían razonables y transformarían en letra muerta toda la construcción que sustentan sus alegatos o resoluciones.

Muchas veces esas aclaraciones o consideraciones previas como se las suele denominar, permiten traslucir un sentido común de las cosas, que se acerca mucho más a un sentido de justicia.

Para ir al caso concreto que nos ocupa, diremos que la Corte se vio en la obligación de aclarar que “si bien no se pronunciará sobre la supuesta violación a la Convención por El Salvador relacionada con la supuesta

desaparición forzada de las niñas, tomará en consideración los hechos descriptos en la medida en que sea necesario para contextualizar las alegadas violaciones que tuvieron lugar con posterioridad al 6 de junio de 1995, fecha en la cual el Estado reconoció la competencia de la Corte”.

Esto significó, ni más ni menos, desmembrar y clasificar un hecho histórico único y con consecuencias hasta el presente –una “situación continuada” en palabras del Juez Trindade–, en diversas etapas de análisis para posibilitar un juzgamiento y sanción también desmembrada y parcial. Consideramos ello producto de la ausencia de una interpretación armónica e integral de preceptos jurídicos, que nos deja una sensación de vacío.

Ha dicho la Corte, palabras más palabras menos, no me ocuparé de analizar quién es responsable de la desaparición de las hermanas Serrano, ni qué responsabilidad le cabe al Estado salvadoreño por violación de los derechos a la vida, a la protección de la familia, al nombre, a los derechos del niño, y, en consecuencia, al derecho a la identidad.

Por ello decimos que la opinión mayoritaria se quedó a mitad de camino. Porque prefirió, a partir de una interpretación regresiva del mecanismo de adhesión convencional a la competencia contenciosa de la Corte, recortar el tratamiento de las alegadas violaciones a los derechos garantizados por la Convención.

Sólo los votos disidentes buscaron satisfacer las expectativas de justicia, a través de una interpretación evolutiva de las obligaciones estatales frente a la comunidad internacional y a un nuevo reconocimiento del derecho a la identidad.

NOTAS

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005.
2. Recordemos que el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados establece que el estado no puede prevalerse de una norma de su derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación convencional. Asimismo, el art. 144 de la Constitución de El Salvador establece que la ley no podrá modificar o derogar

lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, sentencia sobre excepciones preliminares del 23 de noviembre de 2004.
4. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) y la Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de todos los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990).