

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

Suprema Corte:

–I–

Las presentes actuaciones se iniciaron a partir de una presentación conjunta efectuada por un grupo de querellantes constituido por Sara de Castiñeiras, Iris Pereyra de Avellaneda, Floreal Avellaneda, Juan Manuel Castiñeiras, Ana María Astudillo y Alicia Palmero –esta última en representación de la Liga Argentina por los Derechos Humanos–. Los comparecientes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/89, mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros por los hechos a él imputados en la ex causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín.

–II–

El Juez Federal de San Martín resolvió declarar la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, (mediante el cual se había dispuesto el indulto de Santiago Omar Riveros) y la privación de efectos, en las actuaciones principales y en casos conexos, de la totalidad de actos y resoluciones dictados en consecuencia del indulto.

Sin perjuicio de reconocer que la cuestión atinente a la posibilidad de conceder el indulto a personas procesadas ya había sido tratado por la Cámara Federal de San Martín –con una composición parcialmente distinta–, opinó el magistrado que tal atribución “... implica lisa y llanamente una intromisión del Poder Ejecutivo dentro de la órbita de funciones específicas que la Constitución Nacional otorga al Poder Judicial de la Nación; lo que se encuentra expresamente vedado por el artículo 109 de la Carta Magna.”. Agregó que tal alternativa “...violaría además de la presunción de inocencia, el derecho a la jurisdicción y el derecho de conocer la verdad a las víctimas del delito y sus familiares...”.

Al expedirse sobre la necesidad de individualizar y determinar con precisión los hechos alcanzados por el decreto de indulto, constató que las conductas objeto de la causa principal “...se podrían subsumir en homicidios, privaciones ilegales de la libertad, torturas, apremios, lesiones, violaciones de domicilio, ocurridos en distintas épocas y con la responsabilidad en la participación de los hechos de varias personas que formaban parte de las fuerzas armadas y de seguridad del Estado”. Por ello, expuso que la precisión requerida no se advertía en el decreto 1002/89 “...pues el único dato que se referencia de la causa seguida a Santiago Omar Riveros es, simplemente, la denominación de los autos y el tribunal ante el que se encontraba en trámite, sin ninguna especificación en cuanto a la

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

individualización de los hechos por los cuales se estaba concediendo el indulto al arriba nombrado.” Concluyó que “...en otras palabras, se dispuso su perdón por hechos absolutamente indeterminados”.

En otro orden de ideas, el juez de grado consintió en rotular a los delitos aquí imputados como de lesa humanidad, y discurrió sobre su ya consolidada imprescriptibilidad. Añadió a su turno que dicha condición ya formaba parte del derecho internacional imperativo *–ius cogens–* al momento en que los hechos fueron cometidos.

Así, subrayó que “...el Estado Argentino se ha comprometido mediante la adhesión a distintos tratados internacionales y la receptación en el ordenamiento interno de lo que se ha denominado ‘*ius cogens*’ (art. de la 118 de la Constitución Nacional) a perseguir y sancionar delitos como el genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.” En consecuencia, aseveró que la facultad atribuida al Poder Ejecutivo Nacional para dictar el indulto 1002/89, resultaba inconciliable con este compromiso.

Finalmente, destacó que la decisión adoptada infringía los arts. 29 y 118 de la Constitución Nacional, en la inteligencia que el Poder Ejecutivo no puede indultar a una persona sindicada como responsable de los hechos denunciados en esta causa “...pues, conforme se desprende palmariamente del análisis ya efectuado, por su propia naturaleza resultan inindultables”.

–III–

La Cámara Federal de San Martín, por su parte, resolvió acoger el recurso interpuesto por la defensa y, en consecuencia, revocar el auto apelado.

Para así decidir, el Tribunal de segunda instancia reiteró los fundamentos expresados en la resolución de fs. 1533/1575 del principal, en la cual se había hecho lugar a la excepción de indulto deducida y sobreseído al procesado Riveros. En tal oportunidad, había destacado que:

a) el indulto era un acto privativo del Presidente de la República, de naturaleza política e individual, que se refería a la persona o personas que hubieran violado la ley y que se trataba de una eximición de lo dispuesto en ella.

b) el indulto contenido en el decreto N° 1002/89, había sido dictado con todas las características propias del instituto, en uso de las facultades jurídico políticas que al Presidente le acordaba el art. 86, inc. 6, de la Constitución Nacional (actual art. 99, inc. 5).

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

c) la potestad de indultar es discrecional dentro de los límites de la norma invocada y el juicio presidencial sobre su oportunidad, conveniencia y alcance, configura un objeto ajeno a la revisión judicial (Fallos: 220:730), y al haberse cumplido con el trámite esencial previsto en las disposiciones constitucionales vigentes, resultaba formalmente válido.

d) el indulto podía ser acordado tanto a condenados por sentencia firme, como a procesados.

Seguidamente, la Cámara consideró que no correspondía revisar lo entonces decidido y sostuvo entre otras cosas que “...Sin dejar de advertir que el contenido de la norma impugnada hoy en día podría resultar contrario a nuestro ordenamiento jurídico frente a las circunstancias político-normativas que lo modificaron con posterioridad al dictado del indulto, se debe convenir en que las condiciones existentes en ese momento, no podrían invocarse en la actualidad para cuestionar los efectos ya operados de dicho instituto, atento la presunción de validez de los actos del Presidente”.

Por otro lado, entendió que los efectos producidos por el decreto 1002/89 tampoco fueron conmovidos por la evolución apreciable en el derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que aquél “...generó derechos en cabeza de sus beneficiarios, cuya situación quedó entonces consolidada y resulta en la actualidad jurídicamente irrevisable”.

Después de reseñar los pronunciamientos en que la Corte Suprema de Justicia se expidió sobre la constitucionalidad del cuestionado decreto, concluyó el Tribunal que “...a partir del dictado del indulto mediante el mecanismo constitucional pertinente, recepción y aplicación en causa judicial respecto de persona determinada, y pleno reconocimiento de su constitucionalidad por el máximo órgano judicial del país, aquél se consolidó, de manera que no puede ahora desconocerse el derecho que generó para el beneficiario”.

–IV–

Contra dicha decisión, tres grupos de querellantes interpusieron sendos recursos de casación e inconstitucionalidad, que dieron lugar a la formación de tres cuerpos separados y que fueron sucesivamente concedidos por el tribunal a quo.

El 15 de septiembre de 2006, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió hacer lugar al recurso y, consecuentemente rechazó las nulidades aducidas

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

por la defensa y declaró la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 que había indultado a Santiago Omar Riveros.

En lo atinente a la pretensión nulidicente, los planteos del letrado de Riveros merecieron un tratamiento separado. En él, la Cámara Nacional de Casación, contrariamente a lo sostenido por la defensa, entendió que no existió en el presente caso una afectación del principio del juez natural. Desechó la tesis según la cual resultaría competente la Justicia Militar, invocando lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción”, del 21 de agosto de 2003.

De igual manera, abrevó en el texto del art. 9 de la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas, que prescribe a los estados el juzgamiento de tales delitos por parte de la jurisdicción de derecho común, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.

En lo que concierne a la supuesta falta de acción de los querellantes, el rechazo se edificó a partir de lo decidido por V.E. en la causa “Hagelin, Ragnar Erland” del 8 de septiembre de 2003 y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Velásquez Rodríguez”, del 21 de julio de 1989.

A su vez, la cuestión de fondo, esto es la declaración de inconstitucionalidad del decreto impugnado, fue decidida a partir de los siguientes fundamentos. A través de un examen de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (en particular el caso “Kolk and Kislyiy v. Estonia” del 17 de enero de 2006), la Cámara Nacional de Casación estimó que si los actos objeto del indulto incluyen delitos de lesa humanidad, no hay limitaciones a su juzgamiento en tiempo y espacio ni tampoco pueden administrarse indultos o leyes de prescripción que impidan su juzgamiento y condena.

Al analizar el derecho interno, recordó que nuestro país, desde la Constitución misma de 1853 y los códigos penales vigentes siempre incorporó en su legislación los principios fundamentales de derecho internacional y normas penales específicas bajo las cuales se sancionan los delitos de lesa humanidad.

En sintonía con lo anterior, ilustró que el decreto en cuestión fue dictado con posterioridad a la aprobación de nuestro país de varios pactos internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054), la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (ley 23.338) y la Convención

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio (decreto-ley 6286/56, ratificado por ley 14.467).

Con cita del voto del Juez Zaffaroni en el fallo dictado por la Corte Suprema *in re* Simón el 14 de junio de 2005, puntualizó la Cámara que “el principio de legalidad penal es amplio, pero no ampara la eventual posibilidad de que el agente de un delito sea amnistiado o beneficiado con cualquier otra cancelación de tipicidad o impedimento de procedibilidad en alguna ley sancionada en el futuro”. Destacó a través del mismo decisorio que “lo cierto es que la Convención Americana fue ratificada en 1984 y en el mismo año se reconoció la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, que la sanción de esas leyes es claramente posterior a la ratificación de la Convención y, por ende, cualquiera sea el juicio que éstas merezcan, de conformidad con el criterio jurisprudencial mencionado, son actos prohibidos por la Convención.” En idéntico sentido mencionó el Informe 28/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitido el 2 de octubre de 1992.

Concluyó en este punto que, al dictar el decreto cuestionado, se deberían haber tenido en cuenta las previsiones de los tratados sobre derechos humanos que habían sido firmados y aprobados por las autoridades del país.

El tribunal *a quo* sostuvo que “nuestra Constitución contiene un sustrato axiológico que incluye una vocación, especialmente dirigida a los órganos de poder, orientada a la defensa irrestricta del ser humano, y por tanto de su vida, libertad, dignidad e igualdad.” Añadió que “los hechos que se pretenden investigar en estas actuaciones constituyen una afrenta a esos valores”.

Descalificó también lo resuelto por la Cámara Federal de San Martín, en la inteligencia de que no se trataba –como ésta afirmara– de “circunstancias extrajurídicas notorias” las que “hacen preferibles una solución diferente”. Tampoco adhirió a lo señalado por el tribunal inferior, en punto a que la solución por él escogida encontraba sustento en los “valores del constitucionalismo y del derecho penal liberal”.

Enfatizó que “desde esta perspectiva temporal, los pactos y convenciones que reconocen y fortalecen la tutela de los derechos que en el caso se encuentran involucrados, ya al tiempo del dictado del mencionado decreto coexistían en el plano constitucional con la atribución presidencial de indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal”.

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

Más adelante, sostuvo el Tribunal a quo que “las conductas que se investigan en autos, abstractamente consideradas, constituyen una frustración de valores fundamentales del ser humano tales como la libertad, la integridad física y la vida.” Y remarcó que “así como, ontológicamente consideradas, la libertad, la integridad física y la vida son intrínsecas a la persona, desde la perspectiva jurídica –libertad, integridad física y vida– son derechos, cuya afectación exige una respuesta del Estado orientada al servicio del hombre de la manera más acabada posible”.

Al transcribir los considerandos pertinentes del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”, expresó el a quo que el “impedimento instrumentado a través del decreto 1002/89, para la efectiva investigación y dilucidación de responsabilidades por los hechos que dieron origen a la causa n° 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, caratulada ‘Riveros, Santiago Omar s/privación ilegal de la libertad, etc.’, colisiona de manera manifiesta y frontal con los derechos expresados en los artículos 1, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Consecuentemente, concluyó que “resulta evidente que el decreto 1002/89 no constituye un ejercicio razonable de la atribución constitucional en la que pretendió sustentarse jurídicamente”.

Refutando nuevamente la solución escogida por el fallo traído en recurso, advirtió que “todos los razonamientos esgrimidos por la defensa y la cámara a quo tienen sólo una fundamentación aparente ya que el problema planteado en relación a la cosa juzgada aparece inescindible, en cuanto a sus consecuencias, a los ya apuntados respecto de la validez constitucional del decreto 1002/89.” Consideró también que la “cámara a quo ha examinado la cuestión exclusivamente desde la perspectiva de aquél que se beneficia por el impedimento de la investigación de los hechos, omitiendo considerar también los efectos sobre aquéllos a quienes impacta el impedimento, pero de manera negativa”.

En este orden de ideas, agregó la cámara de casación que “el conflicto suscitado en autos involucra claramente por un lado el interés de la defensa en evitar, a través de la excepción de cosa juzgada, la investigación de los hechos y la dilucidación de la responsabilidad que le cupo a su asistido en ellos”, pero paralelamente reconoció que “por otro lado, tenemos la expectativa de las víctimas, familiares y de la sociedad, a saber la verdad respecto de las aberrantes conductas que originaron la causa n° 85 y obtener la atribución de responsabilidad penal para sus responsables”.

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

Como corolario, sentenció el tribunal que “la solución que mejor realiza el valor justicia, resulta de acordar a las víctimas, familiares y sociedad, el acceso a la jurisdicción a los efectos de que se investiguen los graves hechos –calificados de lesa humanidad– que motivaron las actuaciones, garantizando a las partes sometidas a esa jurisdicción, como en todo proceso, el pleno respeto de sus derechos constitucionales...”.

Reproduciendo un precedente de la misma Sala, ponderó que “...el sistema democrático reclama la intervención penal mínima del Estado, que lleva a la tipificación racional de conductas ilícitas, pero también requiere que determinadas conductas de suma gravedad sean invariablemente previstas en las normas punitivas, eficazmente investigadas y puntualmente sancionadas”.

Finalmente, al pronunciarse en particular sobre la cosa juzgada, entendió que en este caso “constituye para Santiago Omar Riveros un beneficio que no es otro que la misma detracción de derechos fundamentales de otros sujetos, es decir que se puedan investigar las violaciones a atributos elementales de los seres humanos, determinar quiénes fueron responsables y aplicar las sanciones que correspondan”.

–V–

Notificado de lo resuelto por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, la defensa técnica de Santiago Omar Riveros dedujo Recurso Extraordinario Federal en los términos del art. 14 de la ley 48. Efectuado el control de admisibilidad por la Cámara de Casación, el recurso fue concedido a fs. 323.

Al justificar la admisibilidad del recurso, señaló que la resolución impugnada es definitiva, toda vez que la Corte Suprema ha dicho que la apelación del art. 14 de la ley 48 procede no sólo contra las sentencias definitivas en el sentido estricto, sino también contra las que sin serlo formalmente ocasionan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior. Añadió que su cliente –conforme al fallo recurrido– volvería a ser privado de su libertad.

La resolución impugnada por la vía extraordinaria, en definitiva, resultó cuestionada a tenor de los siguientes agravios:

1. En primer lugar, estimó el recurrente que la intervención de la justicia federal constituyó una exclusión del juez natural, dado que, –según su análisis– por haber ocurrido en tiempo de guerra, los hechos de la causa son competencia de la jurisdicción militar.

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

Del mismo modo, puntualizó que el fallo atacado, a fin de rechazar el planteo de nulidad efectuado en este sentido, invocó el antecedente de la Corte publicado en Fallos: 323:2035 “Cristino Nicolaidis y otros”, cuando en realidad ese pronunciamiento resolvió un planteo diferente. Agregó que el *a quo* no advirtió que ese caso se fundó en la interpretación de los alcances del art. 10 de la ley 23.049, modificatoria del Código de Justicia Militar, mas no en el art. 108 de dicho cuerpo normativo.

Solicitó, pues, que se resolviera en forma expresa la nulidad reclamada en base a los argumentos obrantes en el escrito, cuya copia fue agregada a estos autos a fs.178.

2. Asimismo, discrepó con el procedimiento aplicado para atacar la cosa juzgada, en la inteligencia que éste no se ajusta a derecho.

Indicó que el control de constitucionalidad efectuado por la casación respecto del decreto 1002/89, ya había sido ejercido en la causa por la Cámara Federal de San Martín cuando consideró la legitimidad de dicho decreto para resolver la excepción opuesta y sobreseer al imputado el 10 de noviembre de 1989 (fs. 1533).

Adujo que la Cámara a quo incurrió en un doble juzgamiento de la cuestión y revocó lo resuelto a fs. 1533, que estaba pasado en autoridad de cosa juzgada. Afirmó que la cosa juzgada conforme nuestro ordenamiento procesal solamente puede ser atacada mediante un recurso de revisión, pero jamás puede declararse inconstitucional.

Denunció, en suma, que la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/89, cuya constitucionalidad había sido reconocida en la misma causa con el carácter de cosa juzgada, es absolutamente nula por no estar autorizada por ninguna de las normas que integran nuestro sistema procesal penal y violar la garantía constitucional del “non bis in idem”.

3. En otro orden, reprobó el decisorio por arbitrario, toda vez que a su juicio no fue individualizada la norma o cláusula constitucional violada, circunstancia que, sostuvo, pone en evidencia que lo decidido carece de fundamento al no haberse expuesto la disposición legal aplicada.

4. En cuarto lugar, se agravió del fallo impugnado, habida cuenta de que, según su parecer, ni la Constitución Nacional ni los tratados incorporados a ella a partir de la reforma del año 1994 prohíben el indulto por delitos de lesa humanidad. Apuntó igualmente, criticando uno de los considerandos del fallo, que la facultad de dictar indultos no está condicionada por la imprescriptibilidad de los delitos imputados.

Paralelamente, enumeró distintos precedentes internacionales en los que se procedió a indultar a sujetos condenados por crímenes análogos a los que se imputan en esta causa.

5. A su vez, discrepó con el fallo de la instancia casatoria, en tanto éste caracterizó a los delitos objeto de la imputación como crímenes de lesa humanidad. Acudiendo al texto del art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, esgrimió que el delito de lesa humanidad es el que se comete contra una población civil, circunstancia ésta que no se dio en el caso argentino, toda vez que el objetivo fijado por el estado habría sido el aniquilamiento del terrorismo mediante una orden expresa impartida por el gobierno constitucional en el año 1975. Reiteró, así, que en el caso bajo examen se trata de delitos comunes que deben someterse al régimen procesal ordinario.

En este orden de ideas, expuso a modo de ejemplo que el conocido caso del agente de inteligencia chileno Arancibia Clavel –declarado imprescriptible por la Corte– sin duda constituía un delito de lesa humanidad, dado que el Gral. Carlos Prats y su esposa fueron víctimas en la Argentina, el 30 de septiembre de 1974, de una persecución a opositores políticos al régimen de Pinochet. Aseveró así, que en Chile no hubo una guerra contra el terrorismo sino una persecución político-ideológica mediante la comisión de delitos que, por sus fines, fueron correctamente calificados de lesa humanidad.

Idénticas características evidenciaron, a su entender, los delitos cometidos en nuestro país por la “Triple A” mediante las amenazas de muerte vertidas en el año 1975, en pleno gobierno constitucional, contra diversas personalidades de la cultura que allí enumera.

Alegó que distinto ha sido lo ocurrido en nuestro país en la que él considera una guerra contra el terrorismo, declarada inicialmente por el gobierno constitucional y proseguida por el de facto a partir del 24 de marzo de 1976, en la cual el objetivo fijado y ordenado a las Fuerzas Armadas fue su aniquilamiento.

Después de reproducir, a fin de respaldar su criterio, la Directiva 1/75 del Consejo de Defensa, insistió en que no hubo ningún ataque generalizado o sistemático contra la población civil, por lo cual estimó que, en los casos de delitos individualmente cometidos durante las operaciones de guerra, no cabe el calificativo de lesa humanidad sino el de delitos comunes.

6. En su último agravio, discordó con lo sentenciado por la Cámara Nacional de Casación Penal, toda vez que, desde su punto de vista, las acciones penales nacidas de los hechos investigados en la causa han prescripto conforme a lo previsto en el art. 339 del

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

Código Procesal Penal. Recordó también la jurisprudencia de la Corte Suprema, según la cual la prescripción es un instituto de orden público, por lo cual debe ser declarada de oficio y resuelta previamente a toda cuestión.

En este sentido, apuntó que los hechos de la presente causa son idénticos a los de la causa N° 13 –juicio a los comandantes militares–, los cuales fueron declarados prescriptibles por la Cámara Federal. Advirtió que la adopción de una postura antagónica respecto de los subordinados significaría una violación al principio constitucional de igualdad ante la ley.

–VI–

En lo concerniente a la alegada violación de la garantía del juez natural, cabe recordar que, según la jurisprudencia de V.E., las decisiones sobre competencia no constituyen sentencias definitivas, ni pueden ser equiparadas a ellas, en los términos del art. 14 de la ley 48, en tanto no medie denegación del fuero federal o una efectiva privación de justicia (Fallos: 326:2805 y sus citas), y que la ausencia de este requisito no puede ser suplida por la invocación de garantías constitucionales supuestamente violadas, ni por la pretendida arbitrariedad de lo decidido (Fallos: 321:2310, entre muchos otros).

La aplicación de estos criterios determina entonces la improcedencia formal de este agravio, toda vez que no se advierte en el caso la concurrencia de los extremos excepcionales mencionados, ni motivos suficientes que ameriten un cambio jurisprudencial en el sentido propiciado por el recurrente.

No obstante ello, para el caso de que V.E. decidiera, de todos modos, pronunciarse al respecto, cabe recordar que la cuestión ya ha sido resuelta por V.E. en el precedente “Videla” (Fallos: 326:2805), en el que decidió, en virtud de argumentaciones relativas a la garantía del juez natural y a las obligaciones emergentes de los pactos internacionales, que los delitos de lesa humanidad, como el de desaparición forzada de personas, son competencia de los tribunales civiles.

Igualmente pertinente resulta recordar la argumentación vertida en los dictámenes de esta Procuración correspondientes a los precedentes publicados en Fallos: 323:2035 y 326:2805, en los que se sostuvo la competencia de los tribunales civiles en los casos de desaparición forzada, de conformidad con lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por ley 24.556, y con jerarquía constitucional otorgada por la ley 24.820.

Opino, por consiguiente, que corresponde rechazar este agravio

–VII–

En cambio, en lo concerniente a la invocada violación de la cosa juzgada, y a los demás agravios que de ella dependen desde el punto de vista lógico, la ausencia de sentencia definitiva no habrá de constituir óbice a la apertura del recurso, puesto que, tal como lo ha sostenido reiteradamente el Tribunal, ese derecho federal sólo es susceptible de tutela inmediata porque la garantía contra la doble persecución penal no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho (Fallos: 314:377 y sus citas).

En cuanto al fondo del asunto, cabe aclarar que los agravios indicados en el apartado V con los números 2, 3 y 4 quedarán definitivamente contestados al desarrollarse la argumentación central de este dictamen, por lo que se habrá de diferir allí su tratamiento.

Por su parte, con respecto a los restantes agravios, corresponde efectuar las consideraciones que siguen inmediatamente.

La caracterización que el recurrente reclama para los delitos investigados no puede encontrar favorable acogida, habida cuenta que sus apreciaciones constituyen meras disquisiciones de índole histórica y política. En efecto, ellas no suponen ninguna argumentación que fundamente una distinción jurídica entre los crímenes que se denuncian en el presente caso, y los que dieron lugar a las sentencias emitidas por V.E. *in re* “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312) y “Simón” (Fallos: 328:2056). Consecuentemente, las apreciaciones allí formuladas para atribuir a tales hechos la naturaleza de crímenes de lesa humanidad, deben trasladarse de manera indefectible a la especie.

Conforme a los criterios analizados en mi dictamen en la causa D. 1682; L. XL.- (“Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal –causa n° 24.079–”), de fecha 1 de septiembre de 2006, lo distintivo de los delitos de lesa humanidad consiste no sólo en la lesión a los derechos básicos de la víctima, sino en que esta lesión trasciende de tal manera el ámbito de sus derechos para convertirse en una lesión a la humanidad en su conjunto.

La trascendencia está dada por el hecho de que estos crímenes son llevados a cabo por la conducción de aquellas instituciones que el hombre ha creado necesariamente para que sea posible la vida social. Es la cúpula de la organización política, que debe

procurar la coexistencia pacífica y regular la vida en comunidad, la que atenta contra los ciudadanos pervirtiendo entonces el fin con el que fue instituida de potestad estatal. Es esta perversión de los fines lo que hace trascender el ataque a personas determinadas como un daño general al género humano, en tanto se trata de una desviación del propósito, inherente a todo el género, de lograr un orden común. Este fenómeno, sin dudas, ha caracterizado a las violaciones de los derechos humanos cometidos desde el poder estatal en el período comprendido entre los años 1976 y 1983. Por lo demás y aunque aquí no me detendré en ello, bastando una mera remisión al dictamen mencionado, los elementos comunes de los crímenes de lesa humanidad, como la generalidad y sistematicidad del ataque y que éste haya sido llevado a cabo de conformidad con la política del estado (o una organización, en los términos en los que este término fue interpretado en la comunidad internacional) han estado sin dudas presentes en la fenomenología general de los hechos de homicidios, privaciones de la libertad, aplicación de tormentos y desaparición forzada de personas (entre otros) cometidos en el período mencionado. Las características centrales y la metodología utilizada para consumar las violaciones masivas de los derechos humanos han sido claramente expuestas por V.E. en la sentencia de Fallos: 309:1689 y en el informe de la C.O.N.A.D.E.P., del 20 de septiembre de 1984, que reproduce en oportunidad de dictaminar en el caso “Simón”.

En relación al agravio relativo a que los hechos estarían prescriptos, cabe destacar que sobre esa cuestión ya me he pronunciado en el dictamen emitido en el citado precedente de Fallos: 328:2056, a cuyos fundamentos me remito y cabe dar por reproducidos en beneficio de la brevedad, toda vez que resulta evidente que no existe motivo jurídico alguno para revisar la doctrina allí sentada.

Puntualmente, en el acápite XI –página 2167 y ss–, expliqué que la imprescriptibilidad de los hechos que allí se denunciaban se desprendía de principios del derecho internacional imperativo y del derecho internacional consuetudinario que el propio estado argentino había contribuido a edificar. Concluí, pues, que la prohibición de extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo de los crímenes de lesa humanidad, existía como tal con anterioridad a la década de 1970 y no implicaba trasgresión alguna del principio de legalidad material. Asimismo, cabe recordar que V.E. recogió esta doctrina en la misma causa, siguiendo los lineamientos fijados en el ya mencionado caso “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312).

–VIII–

El centro de la discusión en el presente expediente está constituido por dos cuestiones que están profundamente entremezcladas, debido a las características que han marcado todos los procesos relativos a los delitos de lesa humanidad cometidos durante el último gobierno militar.

En principio, se trata aquí de responder si el indulto dictado por el decreto 1002/89 es constitucional; sin embargo, esta pregunta no puede comenzar a abordarse sin explicar por qué debe volver a discutirse su constitucionalidad, cuando, en el marco de este mismo proceso V.E. ha dejado firme la cuestión al rechazar el recurso extraordinario en el precedente “Riveros”, publicado en Fallos: 313:1392. Se trata, claro está, de explicar por qué en este especialísimo caso existe un deber de revisar la cosa juzgada.

Lo primero, entonces, consiste en explicar brevemente cuáles son, racionalmente considerados, los motivos que permiten abrir una discusión acerca de una cuestión sobre la que pesa, en apariencia, el estatus de la cosa juzgada.

En principio pareciera ser que la racionalidad del instituto de la cosa juzgada (especialmente en su conexión con la garantía de *ne bis in idem*) consiste en el otorgamiento de una garantía al ciudadano de no ser sometido otra vez a proceso y no sufrir, entre otras cosas, nuevamente la llamada “pena procesal”. La regla pareciera entonces basar su única racionalidad en su carácter absoluto: no puede volver a discutirse lo que ya ha quedado firme. Se infiere, en consecuencia, que este principio jurídico tiene una naturaleza diferente a todos los demás. En efecto, en tanto que muchos de los derechos y garantías constitucionales del derecho penal tienen un carácter relativo y compiten con valores opuestos mediante ponderaciones, el valor de la cosa juzgada radicaría en su carácter absoluto. Toda discusión estaría vedada porque, justamente, el único valor que se reconocería en este ámbito sería el de la seguridad jurídica de no reiterar discusiones sobre una cuestión ya decidida.

Sin embargo, esta percepción acerca del carácter absoluto del instituto es incorrecta. En primer lugar, la idea de que la excepción de cosa juzgada debe impedir de manera absoluta y *ab initio* toda discusión es falsa. Ello es así por una circunstancia obvia que, además, justamente en este caso, podría tener una importancia decisiva. Se trata de que en principio, la excepción de cosa juzgada no puede vedar, lógicamente, la discusión relativa a sobre qué objeto, sobre qué persona y en qué causa recayó una decisión definitiva. Como se verá más adelante, esto es relevante porque en el caso del indulto dispuesto por el

decreto 1002/89, en conexión con el expediente, resulta que, por cuestiones de indeterminación, es muy posible que una importante cantidad de hechos no hayan sido alcanzados por el perdón y por lo tanto, tampoco por el sobreseimiento que se dictó en base a éste. Sobre ello se volverá luego.

Pero fundamentalmente, la percepción del carácter absoluto del instituto de la cosa juzgada como impedimento de toda revisión de la misma materia no es universal, y ello no sólo respecto a la discusión relativa a si está en juego el mismo objeto del juicio. Como se verá, tradicionalmente en otras legislaciones la posibilidad de discutir la corrección del procedimiento por el cual se llegó a una sentencia firme es indudable. A la cosa juzgada se le oponen otros valores que, en ciertos casos son finalmente considerados superiores y que la hacen ceder, aun cuando fueran contrarios al valor de la estabilidad de las decisiones. En lo que sigue, se verá con un ejemplo, cómo funciona esta contraposición de valores en el proceso penal alemán, y cómo está regulado específicamente en la Ordenanza Procesal alemana. El acento de la explicación está dado en lo siguiente. Si bien un instituto como el que se explicará brevemente es ajeno al ordenamiento procesal local, normas internacionales (contractuales e imperativas) que forman parte del orden jurídico nacional (arts. 31 y 118 de la Constitución nacional) han producido una situación normativa, mucho más amplia que lo previsto en el Código Procesal Penal, que ha cambiado el cuadro de situación de la cosa juzgada en el ámbito de los delitos de lesa humanidad.

El cambio en este esquema puede ser explicado a través de la contraposición entre concepciones diferentes acerca de cómo deben componerse el valor de la estabilidad de las decisiones en materia penal (especialmente con relación a la consecuencia más importante en este ámbito, el principio *ne bis in idem*) y el valor de la averiguación de una verdad material. En el derecho comparado, resultan ilustrativas las reflexiones de Hörnle, quien se ha ocupado de estas diferencias en un artículo del año 2005 (Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe, en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 117 –2005– p. 801 y ss.). Hörnle demuestra cómo las diferencias entre distintos países europeos respecto de la posibilidad de revisar un proceso terminado en la absolución del imputado responde a distintas reglas de cultura jurídica. Así, mientras que en países como Inglaterra, Holanda, Francia, Italia y España está en general vedada la posibilidad de reabrir procesos penales en contra del imputado, en Austria, Polonia, Finlandia y Alemania es posible retomar un juicio penal concluido aun cuando ello sea en contra del imputado.

La diferencia cultural que determina estas discrepancias en la legislación está dada por las distintas concepciones acerca del significado de la sentencia. Mientras que en el primer grupo de países prepondera la concepción de la sentencia como la resolución de una contienda, en el segundo grupo predomina la idea de la sentencia como la averiguación de la verdad material (cf. Hörnle, *op. cit.*, p. 823). Según la concepción dominante en Inglaterra, por ejemplo, el estado tiene un rol reactivo y el juicio un carácter de disputa; esta característica de “competición” se concilia con la idea de que sólo se tiene una oportunidad para decidir la cuestión; predomina la noción de que también el estado, llegado el caso de una derrota en su pretensión, se comporte como un “buen perdedor” (cf. sobre esta idea en extenso Paul Roberts, *Double Jeopardy Law Reform: A criminal Justice Commentary*, en: *The Modern Law Review*, 2002, p. 393 y ss., p. 410 y ss.).

Por el contrario, cuando predomina el valor de la verdad material, se hace entonces evidente que es posible revisar si los presupuestos con los que se llegó a esa averiguación, en especiales casos, han sido tan inválidos, que el valor de la sentencia como verdad material ya no puede ser sostenido. En efecto, por ello existe en la Ordenanza Procesal alemana la posibilidad de volver a iniciar el proceso en un amplio número de circunstancias, regladas en el § 362 de la Ordenanza Procesal. Resumidamente, según esa norma, es posible reabrir en contra del acusado un proceso cerrado en virtud de cosa juzgada cuando, como pasos previos a la sentencia de absolución, se han presentado documentos falsos favorables al imputado, cuando ha existido la violación dolosa del deber de veracidad de peritos y testigos, cuando un juez o miembro del jurado ha incumplido sus deberes de tal manera que haya contribuido a la solución favorable al imputado e incluso cuando la persona absuelta confiese el hecho de manera creíble, luego del proceso, ante el tribunal o fuera de éste.

Está claro que una regla de este tipo ha estado siempre ausente de nuestros sistemas procesales penales. En ese sentido, al principio de la verdad real que pretendidamente dominaba en materia del juicio en materia penal, se oponía el carácter inmutable de la finalización del conflicto a favor del procesado (cosa juzgada).

Ésta es, sin embargo, la regla que ha mutado. Con mucha menos extensión y gravedad que la regla comentada del sistema penal alemán –que da prioridad a la verdad material en tal grado que posibilita la revisión de los presupuestos de la prueba de un juicio– en virtud de normas internacionales –vigentes en el derecho interno al menos desde 1984– que han limitado el alcance de la cosa juzgada en el ámbito de los delitos de lesa humanidad.

Es necesario hacer una última observación. Independientemente de las razones esgrimidas relativas a la objeción de la cosa juzgada, es muy posible que, dada la característica de este expediente, la cuestión relativa a si existe cosa juzgada deba responderse negativamente por razones ordinarias. En efecto, debido a la compleja instrucción que han tenido estos sumarios, no debe descartarse –y debe además formar parte de la verificación que haga el tribunal cuando continúe el proceso– que haya objetos procesales –casos, acontecimientos históricos– sobre los que no existe cosa juzgada simplemente porque, al haber comenzado su investigación con posterioridad al dictado del indulto y del sobreseimiento que lo siguió, no formaron parte de lo que pretendió resolverse en forma definitiva. Es claro: tanto el decreto de indulto como el auto de sobreseimiento jamás podrían haber comprendido aquellos hechos denunciados con posterioridad a sus respectivos dictados. Algo similar cabría aplicar a casos que, si bien fueron meramente anoticiados con anterioridad a estos actos, no estaban lo suficientemente determinados en el expediente, ni en el decreto de indulto ni el sobreseimiento como para poder afirmar que hubo un pronunciamiento que los identifique con precisión. En este último supuesto, se trata de casos en los que no ha existido siquiera una imputación concreta que pudiera ser resuelta mediante un auto de mérito.

–IX–

Ante todo, no es posible olvidar que ya al momento del dictado de los indultos estos eran inconstitucionales –y por lo tanto nulos *ab initio*– en virtud de normas inveteradas del derecho interno. En efecto, tal como expliqué en el dictamen en la causa “Julio Héctor Simón y otros”, Fallos: 328:2056, el art. 29 de la Constitución Nacional impide todo acto de amnistía, perdón y exención de responsabilidad de los delitos que suponen la concesión o arrogación de la suma del poder público.

Los argumentos que respaldan este criterio fueron desarrollados por mí en el acápite VII del dictamen mencionado, a cuyo texto corresponde remitirse *in totum*. Es decir, en el momento en que fue dictado, el Poder Ejecutivo no tenía competencia para perdonar delitos por los que “la vida, el honor, las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna” (art. 29 de la Constitución Nacional). Y es por ello que, ya en el momento en que fue dictado, el indulto por el que fueron perdonados actos de esa índole era nulo por contradecir la ley superior contenida en la Constitución.

En efecto –tal como se precisó en aquella oportunidad–, el anatema del art. 29 de la Constitución Nacional contenía de suyo la prohibición de amnistiar los delitos cometidos en el ejercicio de las facultades extraordinarias o de la suma del poder público, restricción que es aplicable también a la atribución que la Carta Magna confiere al Poder Ejecutivo en el art. 99, inciso 5, (antiguo art. 86, inciso 6). Es decir, ha de interpretarse que la facultad de indultar consagrada por la Constitución Nacional, está también integrada armónicamente por la restricción material contenida en el art. 29 de la Constitución Nacional.

El razonamiento concerniente a que no resultaban tampoco amnistiables los delitos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público, que completaba la idea en el precedente mencionado, ha sido criticado por el Juez Fayt en su disidencia en el fallo de V.E. en el mencionado precedente Simón. En su opinión, el argumento sería sofisticado porque incurría en un *argumentum a maiore ad minus* equivocado. En efecto, según el Juez Fayt, no existe ninguna relación que impida que los delitos de concesión y ejercicio de la suma del poder público no sean amnistiables y sí lo sean los delitos cometidos en el marco de ese ejercicio. No se trataría de una relación de una cosa mayor (o un más) respecto de una menor (o un menos), sino que las prohibiciones de concesión del poder público y los delitos en su ejercicio protegen bienes jurídicos diferentes.

En lo que atañe a las críticas a la lógica formal del argumento, no puede ofrecerse ningún reparo a las manifestaciones del Juez Fayt. Sin embargo, el centro de mi argumento en aquel dictamen no consistió nunca en un silogismo lógico, sino en poner de manifiesto cómo habría de interpretarse armónicamente (“un desarrollo consecuente”) un sistema de valores. Por ello se puso de manifiesto que el centro de gravedad del anatema del art. 29 no es sólo la concesión del poder absoluto, sino también el avasallamiento de los derechos fundamentales. Ello se desprende, en parte, de que lo que se pretende evitar no es sólo la suma del poder público, sino principalmente algo que trasciende a esa mera concesión, y ello es la lesión de las vidas, el honor y las fortunas de los argentinos. Estas últimas son las consecuencias que, según la experiencia histórica, acarrea la suma del poder público y que justifican su prohibición.

Se trata entonces de llevar a cabo una interpretación –de textos constitucionales– que tienda a conformar un sistema de valores coherente. Es claro que un sistema normativo, si lo dispusiera taxativamente, podría disponer sin contradicción alguna de las reglas de la lógica formal que una clase de actos son amnistiables e indultables y la

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

otra no. Pero desde el punto de vista de la coherencia axiológica, esa distinción dejaría bastante que desear. Es por eso que, estando el texto constitucional sometido necesariamente a interpretación, resulta más coherente colegir que si no es posible perdonar actos de concesión del poder absoluto por los que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a mercede de gobiernos y persona alguna, tampoco puedan ser perdonados los actos por los que la vida, el honor o las fortunas resultan específicamente destruidos.

A la argumentación, como también fue aclarado en el dictamen mencionado, no le agrega nada que el art. 29 contenga un tipo penal constitucional. Es claro que no puede extenderse analógicamente la prohibición penal que contiene. Pero sólo se afirmó que valorativamente carece de sentido que no pueda amnistiarse la concesión del poder para disponer de la vida de los argentinos y sí pueda amnistiarse un acto ilícito de disposición de la vida de los argentinos. Nuevamente, sea señalado que esta conclusión es de tipo valorativa, en el sentido que propende a tener un esquema de valores que no resulte absurdo, no ya desde el punto de vista de la lógica formal, sino desde el punto de vista axiológico. Pero en tanto no se trate de extender analógicamente prohibiciones penales, sino límites a las potestades estatales (de amnistiar o indultar), no hay ninguna razón para que la interpretación de las normas no esté guiada por el sentido teleológico y axiológico de su contenido.

–X–

Con posterioridad a la expedición de la gracia presidencial (6 de octubre de 1989), se produjo una evolución en punto a la conciencia jurídica universal, cuyas consecuencias constriñen al Estado argentino –concretamente al Poder Judicial–, a revisar –y eventualmente modificar– anteriores decisiones en la materia, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), fue ratificada por nuestro país el 14 de agosto de 1984, luego de ser aprobada por el Congreso de la Nación mediante ley 23.054. La ratificación de ese tratado significó la incorporación al orden jurídico interno de un conjunto de normas por entonces de carácter supralegal (Fallos: 315:1492), cuyo contenido y alcance se halla definido por la interpretación que ha hecho de ellas la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto órgano internacional encargado de su aplicación al cual la República Argentina le ha

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

reconocido expresamente competencia a tal efecto (Fallos: 315:1492; 318:514; 319:3148; 321:3555).

Ya en un principio, la Comisión y la Corte interamericanas reprobaron el dictado del decreto presidencial 1002/89, en la inteligencia de que su texto resultaba inconciliable con las obligaciones asumidas por la República Argentina en su carácter de Estado parte de la Convención.

Mediante su informe n° 28/92, del 2 de octubre de 1992, la Comisión se pronunció conjuntamente sobre la compatibilidad de las leyes 23.492 y 23.521 y del indulto 1002/89 con la Convención, y concluyó que tales disposiciones “...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.”. A su vez, recomendó al Estado argentino “...la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar”.

La Corte Interamericana, por su parte, si bien no tuvo oportunidad de expedirse puntualmente sobre el caso argentino, ha consolidado una doctrina prohibitiva de cualquier medida adoptada por los Estados parte encaminada a impedir –ya sea de manera transitoria, o definitiva– la persecución penal de crímenes de lesa humanidad cometidos por agentes estatales en ejercicio de sus funciones.

Así, en el caso “Barrios Altos” (Chumbipuma Aguirre y otros *vs.* Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001), en el que se cuestionaba una ley de amnistía dictada por el Congreso peruano dirigida a obtener el archivo definitivo de las investigaciones judiciales y evitar la persecución penal de los responsables de una matanza ocurrida en Lima el 3 de noviembre de 1991, la Corte consideró que eran “...inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” (párrafo 41 de la sentencia).

En esta línea, la Corte Interamericana señaló también que la norma interna censurada implicó, respecto de los familiares de las víctimas y de las víctimas sobrevivientes, una violación de los derechos reconocidos en los arts. 8.1. y 25 de la Convención. Agregó

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

que la decisión adoptada por el Perú significó un incumplimiento de las obligaciones prescriptas en los arts. 1.1. y 2.

Este antecedente ha sido recientemente refrendado por la Corte Interamericana al expedirse en el caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile” (Sentencia del 26 de septiembre de 2006), cuando debió analizar la compatibilidad con la CADH de una ley de autoamnistía adoptada por el Estado chileno en 1978. La aplicación de esta norma, en el caso concreto, había obstruido de modo definitivo la investigación y sanción de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, toda vez que el imputado había sido desvinculado de la causa por decisión de la jurisdicción militar, sin que dicha resolución fuera revertida por los tribunales civiles.

Al analizar esta situación, la Corte Interamericana sostuvo que “...La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana.” (párrafo 110). Principalmente elocuente respecto de la situación en nuestro expediente resulta la afirmación de la Corte relativa a que “...Si el aparato del estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.” (párrafo 110).

Más allá del reproche que mereció la sanción de la norma y de su imposibilidad de coexistir con el art. 1.1 de la CADH, la Corte destacó que su subsistencia en el ordenamiento jurídico interno, sin que sea anulada por el Estado parte, constituye una violación del art. 2 de la CADH. Explicó, pues, que el “...artículo 2 impone una obligación legislativa de *suprimir toda norma violatoria a la Convención...*” (párrafo 121, el resaltado me pertenece). Además, dirigiéndose a los tribunales internos de los Estados contratantes, entendió la Corte Interamericana que “...el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” Añadió que para ello, el juez “... debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” (párrafo 124).

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

Finalmente –en lo que aquí interesa–, reparó especialmente en la inoperatividad de la garantía del *ne bis in idem* respecto de este tipo de conductas. En efecto, subrayó al respecto que aun cuando la prohibición de múltiple persecución se encuentra reconocida en el art. 8.4., ella “...no resulta aplicable cuando: *i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.*” Como resulta evidente, la Corte Interamericana razonó aquí de la mano del texto del art. 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.-

En virtud de lo aquí expuesto, se desprende de manera diáfana que la persecución y –en su caso– sanción de los crímenes de lesa humanidad se ha erigido en una obligación internacional para los Estados contratantes, en tanto miembros activos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En consecuencia, resulta vinculante para el Estado argentino la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los términos en que ésta es interpretada por la comunidad internacional. Ello implica que los arts. 1.1, 2, 8.1 y 25 deben entenderse conforme a las prescripciones impartidas en las decisiones reseñadas precedentemente, toda vez que, como ya lo señalara V.E. en el precedente Ekmekdjian, la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos (Fallos: 315:1492, consid. 21°).

De tal manera, declamar la plena operatividad de las normas convencionales, por un lado, y desdeñar simultáneamente la evolución que han experimentado en su interpretación, por el otro implica una actitud a todas luces incoherente y difícilmente conciliable con el *pacta sunt servanda*, principio rector del derecho de los tratados (Convención de Viena, art. 26).

Es pertinente enfatizar aquí, aunque ya lo haya expresado en mi dictamen en el precedente Simón (Fallos: 328:2056, apartado V de mi escrito) y también aquí *supra*, que se trata de casos en los que la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pone de manifiesto una concepción aclaradora y novedosa sobre el contenido que ya estaba vigente desde la ratificación de la Convención. No puede sostenerse, entonces, que al momento del dictado del indulto en el año 1989 no regía la prohibición convencional, sino sólo que esa vigencia no había

resultado lo suficientemente aclarada por la evolución histórica de la interpretación de los derechos humanos. Se trata de dos fenómenos diferentes, como sucede en cualquier caso de evolución de la jurisprudencia. En efecto, cuando la interpretación de una norma –cuyo texto permanece inmutable– provoca que queden comprendidos dentro de ella supuestos que no eran considerados abarcados hasta esa nueva interpretación, ello sólo significa la reinterpretación del contenido de una norma ya vigente. Esta evolución es especialmente relevante en textos convencionales o constitucionales, que gozan de una gran estabilidad y un alto grado de abstracción. En síntesis, un cambio de interpretación del contenido de una norma cuyo texto permanece invariado no implica la creación ni la ampliación de ésta, sino tan sólo el descubrimiento novedoso, evolutivo y dinámico de su contenido original.

En suma, la incontrovertible vigencia de la doctrina emergente de los casos “Barrios Altos” y “Almonacid”, obliga al Estado argentino a invalidar y a privar de cualquier efecto al decreto 1002/89, que indultara al imputado Santiago Riveros. Ello así toda vez que su permanencia en nuestro derecho positivo implica una inaceptable trasgresión del mandato previsto en el art. 2 de la CADH, que obliga a los Estados miembro a adecuar sus ordenamientos internos a fin de garantizar los derechos que reconoce dicho instrumento.

Ahora bien, la doctrina que compele a realizar el juicio en los casos de esta naturaleza no implica el abandono de todos los presupuestos del debido proceso. La doctrina, que se resume en la frase “inderogabilidad del juicio” no implica la introducción de un tipo de juicio más laxo en relación a las garantías constitucionales de las que goza el imputado.

La indefectible persecución de los crímenes de este tipo, entonces, no exonera al estado del cumplimiento irrestricto de las garantías procesales del imputado, reconocidas por la Constitución Nacional y por las propias normas convencionales invocadas precedentemente. El imperativo que se deriva de la jurisprudencia regional y del *ius cogens* para este tipo de procedimientos, para nombrar sólo un ejemplo, jamás podría requerir el sacrificio de incoercibilidad de la declaración del imputado (*nemo tenetur se ipsum accusare*, art. 18 Constitución Nacional, art. 8.2., “g”, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 14.3, “g”, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Por ello, la doctrina *ut supra* reseñada, supone la realización ineludible de la investigación y el juicio, más no habilita al titular del *ius persecuendi* –bajo pena de nulidad– a desconocer prerrogativas del imputado que resultan inherentes al estado constitucional de derecho. No es ocioso señalar que la misma responsabilidad internacional que cabría al

estado por la permanencia del decreto 1002/89 en su ordenamiento jurídico, podría imponérsele por violentar los derechos de quien soporta la pretensión punitiva.

De igual manera, y desde una perspectiva axiológica, la jerarquización de la verdad en este contexto no trae aparejada una concepción “fundamentalista” del derecho penal, en virtud de la cual deba obtenerse una condena de manera inescrupulosa. El robustecimiento de los derechos humanos que aquí se propugna, no habrá de alcanzarse recurriendo a los mismos excesos que se pretenden combatir y erradicar. Se trata, en definitiva, de que cuando el derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana ordenan que indefectiblemente se realice un juicio, debe entenderse entonces que éste debe ser realizado en adecuación a todos los parámetros propios del estado de derecho que lo rigen.

En síntesis, lo único vedado a los estados es el dictado de leyes o de cualquier otra disposición (lo cual incluye los indultos) con la finalidad de impedir la investigación y la eventual sanción de las graves violaciones de los derechos humanos (crímenes de lesa humanidad) y la invocación de la cosa juzgada con fundamento en ello.

Pero más allá de eso, si el juicio debe resultar en una absolución, por ej., a consecuencia de defectos formales que lleven a la anulación de actos y la consecuente exclusión de prueba, debe procederse así, es decir, en consonancia con los principios generales que rigen al juicio como proceso estrictamente reglado. En definitiva, la inderogabilidad del juicio no implica el deber del estado de impulsar su realización cuando, por las circunstancias que sean, falten las pruebas suficientes que justifiquen racionalmente su necesidad. Ni la realización de juicios sin un presupuesto mínimo probatorio, ni la manipulación de las pruebas para que éstos puedan ser realizados están comprendidas en el mandato bien entendido de la necesidad de terminar estos conflictos mediante un proceso de conocimiento.

–XI–

Paralelamente a las consideraciones anteriormente formuladas, que resultan vinculantes para el Estado argentino en virtud del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la imposibilidad de declinar el juzgamiento de crímenes de esta naturaleza, se ha transformado además en una norma del denominado derecho internacional imperativo o *ius cogens*. La evolución del derecho internacional en el sentido de la imprescriptibilidad y realización indisponible de juicios en

casos de crímenes de lesa humanidad, que comenzó a partir de la segunda mitad del siglo pasado, ha sido analizada por mí en el dictamen publicado en Fallos: 328:2056, a cuyo texto me remito por motivos de brevedad.

Uno de los principales propulsores de esta categoría, el profesor austriaco Alfred Verdross, apuntaba ya en un artículo publicado en 1937, que la quintaesencia de las normas de ese carácter es “...que ellas prescriben un comportamiento cierto, positivo o negativo, de manera incondicional...” Añadía que, “...normas de este carácter, por lo tanto, no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes contratantes.” Caracterizándolas como una especie dentro del género de las normas compulsivas, afirmaba el autor que las pertenecientes al *ius cogens* derivaban del principio general que prohíbe a los estados concluir tratados *contra bono mores*. En un pasaje de gran relevancia para nuestro caso, señalaba que en orden a determinar cuáles tratados resultaban inmorales conforme al derecho internacional, es menester “...tratar de encontrar el mínimo ético reconocido por todos los estados de la comunidad internacional.” (Verdross, *Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on “The Law of Treaties”*, en: *The American Journal of International Law*, Vol. 31, No. 4 [Oct., 1937], pp. 571 y ss., p. 571 y 572).

Décadas más tarde, contemporáneamente con su intensa labor en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Verdross resaltó que el criterio distintivo de estas normas “...consiste en el hecho de que ellas no existen para satisfacer las necesidades de los estados individuales, sino el interés más elevado de la comunidad internacional toda.” A su vez, reivindicaba en dicho trabajo el carácter de *ius cogens* que presentaban aquellas normas de derecho internacional creadas con un propósito humanitario, toda vez que su irrupción perseguía la defensa de la humanidad en su conjunto. Concluía, así, que “...todos los tratados concluidos en violación a las convenciones referentes a la esclavitud, tráfico de mujeres y niños, o a los derechos de los prisioneros de guerra, son nulos”. *Subrayaba también que la nulidad de tales acuerdos se imponía aun cuando los Estados contratantes no hubieran ratificado las convenciones correspondientes.* Verdross, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, en: *The American Journal of International Law*, Vol. 60, N° 1 [enero de 1966], p.55 y ss.).

Este criterio, desarrollado y mayoritariamente reconocido en el derecho consuetudinario, resultó luego codificado con la suscripción de la Convención sobre Derecho de los Tratados (Convención de Viena del 23 de mayo de 1969, en vigor desde 1980). Después de arduos debates producidos en el seno de la Comisión de Derecho

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

Internacional de las Naciones Unidas, se adoptó una fórmula de consenso, que constituiría la base del art. 53 del texto definitivo. Esta norma prescribe:

“Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

A su vez, el canon precedentemente citado debe concordarse con el art. 64, que introduce el denominado *ius cogens superveniens*, o derecho imperativo sobreviviente. Su texto establece que “*Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.*”

Finalmente, los Estados parte, teniendo en mira la necesaria uniformidad que debe imperar en torno a cuáles normas ostentan la categoría de *ius cogens*, impusieron la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, en casos concernientes a la aplicación e interpretación de los arts. 53 y 64 de la Convención.

Ahora bien, ciertamente, en nuestro caso, no se trata de que el Estado argentino celebre un tratado con otra nación en violación de una norma del *ius cogens*, sino más bien de que en el ámbito interno, adopta una decisión que es contraria al contenido de una norma ya consolidada del *ius cogens*. Pero a pesar de esta diferencia, resulta para mí más que evidente que si los estados no pueden, en sus convenciones bilaterales o plurilaterales, postergar las normas de *ius cogens* so pena de nulidad, menos aun podrán infringirlas o desconocerlas mediante disposiciones unilaterales –de cualquier índole– propias de su derecho interno. De tal forma, sea que la prohibición de indultar crímenes como los que se investigan en el *sub examine* haya sido concomitante con el dictado del decreto 1002/89, sea que aquella haya surgido con posterioridad, la nulidad se impone como consecuencia fatal e ineluctable.

Caso contrario, se produciría el absurdo de que, conforme al art. 53 de la Convención de Viena (que es la positivización de la idea del *ius cogens*) sería nulo un tratado firmado por dos estados soberanos en virtud del cual se reimplantara el comercio de esclavos, mientras que una ley de cualquiera de esos estados que reivindicara la tortura

fronteras adentro, sería inexpugnable para el derecho internacional, y sólo podría ser invalidada si una norma superior de su ordenamiento interno resultara comprometida (control de constitucionalidad clásico). La adopción de esta última tesis, significaría un evidente retroceso en el proceso de universalización de los derechos humanos iniciado a partir de la segunda mitad del siglo pasado, y que aun dista mucho de haber concluido. La posible objeción de que no se puede extender lo previsto por la Convención de Viena a asuntos que no tienen que ver con la relación entre dos o más estados, sino a la relación de un estado con sus propios habitantes, carecería de sustento toda vez que las personas han irrumpido como sujetos del derecho internacional y éstos pueden reclamar el cumplimiento por parte de los estados de las obligaciones internacionales (cf. Julio Barboza, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, 2001, p. 589 y s.).

De este modo, desde la óptica del *ius cogens* o derecho indisponible para todos quienes integran el concierto de las naciones, corresponde afirmar sin ambages que el decreto 1002/89 que concediera el beneficio del indulto al imputado Riveros, se encuentra viciado de nulidad. Esta consecuencia habría de imponerse para la República Argentina, aun cuando no hubiese ratificado la CADH y reconocido la correlativa competencia contenciosa de la Corte Interamericana, *habida cuenta que su mera pertenencia a la comunidad internacional la intima a investigar y perseguir a los responsables de crímenes que atentan contra el derecho de gentes* (argumento conforme al art. 118 de la Constitución Nacional).

Es que la protección universal de los derechos humanos reposa en la doctrina que reivindica la existencia de un cúmulo de valores comunes, que operan como fundamento último del derecho internacional, el cual ya no ha de buscarse en el consenso obtenido por los estados en sus relaciones recíprocas. En efecto, el internacionalista Matthias Herdegen ha destacado con acierto que “...El ordenamiento fundamental de la comunidad de estados aparece como una red (también material) de principios guía, que se deben pensar como presupuestos previos de cada estado y de su existencia. Un estado que quiere ser miembro de la comunidad internacional debe reconocer determinados valores fundamentales protegidos, y doblegarse ante ciertas formas de producción legislativa”, para concluir que “la idea de que estos principios fundamentales, *aceptados por la totalidad de la comunidad de Estados y que ya no dependen de la aprobación de cada Estado en forma individual*, colabora decididamente a estabilizar las relaciones interestatales.” (Matthias Herdegen, Derecho Internacional Público, México, 2005, traducción de Marcela Anzola ps. 51 y 52. El resaltado me pertenece).

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”.

S.C. M. 2333; L. XLII.-

–XII–

Por lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia impugnada en todo cuanto pudo ser materia de recurso extraordinario.

Buenos Aires, 4 de mayo de 2007.

ES COPIA

ESTEBAN RIGHI