

El 19 de marzo de 2004, el juez porteño Rodolfo Canicoba Corral decretó la inconstitucionalidad de los indultos a Juan Bautista Sasiañ, José Montes, Andrés Ferrero, Adolfo Sigwald, Jorge Carlos Olivera Rovere y Carlos Guillermo Suárez Mason, y resolvió retrotraer sus situaciones procesales al momento de dictarse esas normas de impunidad.

///nos Aires, 19 de marzo de 2004.?

AUTOS Y VISTOS

Para resolver en relación a los planteos de inconstitucionalidad y nulidad de los indultos dispuestos mediante los decretos nros. 1002/89 y 2746/90 interpuestos en la causa nro. 14.216/2003 (ex-causa nro. 450 de la Excma. Cámara Federal) caratulada "SUÁREZ MASON, Guillermo y otros s/homicidio agravado, privación ilegal de la libertad agravada.." del registro de la Secretaría n° 6 del tribunal.-

Y CONSIDERANDO

I) Introducción.

Se inicia el presente incidente de inconstitucionalidad de los indultos dispuestos mediante los decretos nros. 1002/89 y 2746/90 con motivo de las presentaciones efectuadas por parte de los Sres. Fiscales Federales, doctores Eduardo Freiler y Federico Delgado, con fecha 3 de marzo próximo pasado, y por parte del doctor Ramón Torres Molina, en ejercicio del patrocinio letrado de la querellante Enriqueta Barnes de Carlotto, con fecha 4 de marzo de 2004.

La Fiscalía sostiene como imperiosa la necesidad de declarar inválidos los actos de Estado que impidiesen o limitasen la persecución de delitos vinculados al terrorismo de Estado y crímenes de lesa humanidad.

Los representantes de la Vindicta Pública han hecho referencia al sustrato fáctico sobre el que giraron los hechos objeto de investigación, desarrollaron la posición institucional asumida por el Ministerio Público, precisaron los caminos seguidos jurisprudencialmente para llegar a la invalidación de los mecanismos de impunidad, explicaron el recurso a las vías transnacionales al cerrarse la posibilidad de acceso a la jurisdicción doméstica, y abordaron también la conceptualización de los delitos de lesa humanidad, para solicitar, finalmente, la declaración de inconstitucionalidad de los decretos nros. 1002/89 y 2746/90 en lo que atañe a estas actuaciones, retro trayendo las situaciones procesales de los involucrados y disponiendo las detenciones pertinentes.

Por su parte, el doctor Ramón Torres Molina desarrolla su postura vinculada a la nulidad de los indultos por su afectación al derecho interno argentino -art. 29 de la Constitución Nacional- y en razón de los establecido por las normas del Derecho penal Internacional y del derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Asociación de Ex Detenidos Desaparecidos, cuanto la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, como los doctores Liliana Mazea, Gustavo Piantino y Alberto Palacio, han presentado sus respectivas adhesiones a los planteos formulados.

La resolución que se adoptará no puede ser comprendida de manera independiente o inconexa del pronunciamiento que dictara este tribunal el pasado 16 de diciembre con motivo de los numerosos planteos formulados por las partes y que sustancialmente abordara la revisión de constitucionalidad de las leyes 23.492, 23.521 y 25.779 cuanto la procedencia de las excepciones de cosa juzgada y prescripción interpuestas.

De todas formas, aun a riesgo de resultar reiterativos, en miras a brindar un decisorio que presente autonomía argumental habremos de repetir algunos conceptos ya vertidos en dicha oportunidad añadiendo todo lo pertinente a la cuestión ahora incorporada que no es otra que el sometimiento a examen de constitucionalidad de los decretos de Indulto nros. 1002/89 y 2746/90.-

II) Sustrato histórico precedente a los indultos.

Breve referencia previa acerca del terrorismo de Estado: la comisión de crímenes mediante la

utilización del aparato de poder.

El terrorismo de Estado representa la forma más grave de terrorismo que pueda conocerse y excede, las siempre repudiables acciones terroristas de particulares o conjunto de particulares, justamente por el hecho de presentarse a nivel de acciones de Estado y por quien tiene el poder represivo.

El terrorismo siempre implica la amenaza o el uso de la violencia con

finés políticos y en general en contra de civiles no-combatientes pero cuando el terror es sembrado por el aparato de poder, por el Estado que por principio debería velar por la seguridad de las personas de la Nación, su mayor gravedad ontológica no encuentra retorno al provenir de parte de quien debe ser ejemplo del cumplimiento del Derecho y de parte de quien tiene la mayor capacidad de provocar daño.

Al terminar la Segunda Guerra Mundial -bien dice Elías Padilla Ballesteros en su trabajo "La memoria y el olvido"- se afianzaba la idea que los horrores y el holocausto cometidos por la máquina del Estado nazi, nunca más volverían a repetirse. Toda la humanidad parecía haber comprendido las lecciones de la última gran guerra, más aún cuando un gran número de naciones de todos los continentes, había firmado la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en el año 1948.

La humanidad había aprendido con sangre su lección y el Estado, que por principio tiene a su cargo el cuidado de las personas que conforman la nación, no volvería a convertirse en una máquina de terror. Sin embargo, la práctica de terror desde el poder se extendió en el siglo XX bajo regímenes militares o militarizados en el seno de democracias formales.

En este sentido, América Latina ha tenido durante el siglo pasado el triste privilegio de sistemáticas violaciones de derechos humanos ocurridas a partir de la instauración de dictaduras militares, que bajo la ideología de la Doctrina de la Seguridad Nacional, fueron aplicando, en la práctica, diversas formas de terror.

Así, se implementaron modelos estatales que transgredieron los marcos de la represión legal, se valieron del uso sistemático de amenazas, represalias, diversos métodos no convencionales para aniquilar a la oposición política hasta llegar a la desaparición forzada de personas como la expresión más perfecta y siniestra del terrorismo de Estado, constituyendo a la vez la violación de derechos humanos más flagrante y global que se conozca.-

La usurpación dictatorial y el terrorismo de Estado en la Argentina.

El 24 de marzo de 1976 y hasta el 10 de diciembre de 1983, se instaló en el país un gobierno de facto a cargo de las Fuerzas Armadas que se atribuyó la suma del poder público, se arrogó facultades extraordinarias y en el ejercicio de estos poderes ilegales e ilegítimos, ensayó un terrorismo de Estado sin antecedentes que se manifestó en una práctica sistemática de graves violaciones a los derechos humanos.

La forma más sumaria de caracterizar lo que fueran los abusos del autodenominado "Proceso de Reorganización Nacional" es recurriendo a la cita de un fragmento de "La Sentencia" dictada por la Excmá Cámara de Apelaciones del Fuero, en la histórica Causa nro. 13 -Fallos 309: 33- reiteradamente citada en diversos pronunciamientos que hube de adoptar:

El Superior explicó que: "Así, se pudo establecer, que co-existieron dos sistemas jurídicos: a) un de orden normativo, amparado por las leyes, ordenes y directivas antes consignados, que reglaban formalmente la actuación de las Fuerzas Armadas en la lucha contra el terrorismo, y b) un orden predominantemente verbal, secreto, y en el que sólo se observaba parcialmente el orden formal ?v.g .jurisdicciones, acción psicológica, informes que se debían suministrar a los mandos, etc.?, en que todo lo referente al tratamiento de personas sospechosas respondían a directivas que sustancialmente consistían en: detener y mantener oculta esa persona, torturar para obtener información y eventualmente matar haciendo desaparecer el cadáver o bien fraguar enfrentamientos armados como modo de justificar dichas muertes".

"Pese a contar las Fuerzas Armadas con facultades legales para el dictado de bandos y la aplicación de la pena de muerte mediante juicio sumario militar en la Argentina en todo el periodo de 1976 a 1983, no se dictó un sólo bando ni se aplicó una sola pena de muerte como consecuencia de una sentencia".

"De este modo los ex comandantes aprobaron un plan criminal por el cual en forma secreta y predominantemente verbal ordenaron a sus subordinados que: a) privaran de su libertad en forma ilegal a las personas que considerasen sospechosas de tener relación con

organizaciones terroristas. b) que las condujeran a lugares de detención clandestinos. c) que ocultaran todos estos hechos a los familiares de las víctimas y negaran haber efectuado la detención a los jueces que tramitaran hábeas corpus. d) que aplicaran torturas a las personas capturadas para extraer la información que consideren necesaria. e) que, de acuerdo a la información obtenida, dispusieran la libertad, la legalización de la detención o la muerte de la víctima (V. Considerando 2°, capítulo XX, punto 2, de la Sentencia)".

"XIII?Que, como consecuencia de esas órdenes en la República Argentina personal subordinado a los ex Comandantes privó de su libertad, torturó y mató a gran cantidad de personas entre los años 1976 a 1979".

"Se desconoce el número exacto de homicidios, aunque se estima que resultaron víctimas de ese delito alrededor de 8000 personas, según estimación oficial de la Comisión Nacional sobre desaparición de Personas".

"Es de hacer notar que la falta de precisión en tal sentido, proviene de la circunstancia de que el método utilizado consistía en hacer desaparecer el cuerpo de la víctima como modo de ocultar el crimen".

En la Sentencia de la causa nro. 13/84 se ha sostenido que "...puede afirmarse que los comandantes establecieron secretamente un modo criminal de lucha contra el terrorismo. Se otorgó a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la 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..." (cfr. Capítulo XX de la sentencia dictada en la Causa n°13/84 por la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal).

El Poder Ejecutivo Nacional, mediante la sanción del decreto nro. 187/83, dispuso la creación de la Comisión Nacional de Desaparición de Personas, cuyo objetivo fue esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas ocurridos en el país. En el informe final presentado por la mentada Comisión se señaló que: "De la enorme documentación recogida por nosotros se infiere que los derechos humanos fueron violados en forma orgánica y estatal por la represión de las Fuerzas Armadas. Y no violados de manera esporádica sino sistemática, de manera siempre la misma, con similares secuestros e idénticos tormentos en toda la extensión del territorio.)Cómo no atribuirlo a una metodología de terror planificada por los altos mandos ?)Cómo podrían haber sido cometidos por perversos que actuaban por su sola cuenta bajo un régimen rigurosamente militar, con todos los poderes y medios de información que esto supone?)Cómo puede hablarse de "excesos individuales"? De nuestra información surge que esta tecnología del infierno fue llevada a cabo por sádicos pero regimentados ejecutores. Si nuestras inferencias no bastaran, ahí están las palabras de despedida pronunciadas en la Junta Inter Americana de Defensa por el Jefe de la Delegación Argentina, Gral. Santiago Omar Riveros, el 24 de enero de 1980: "Hicimos la guerra con la doctrina en la mano, con las ordenes escritas de los Comandos Superiores". Así cuando ante el clamor universal pro los horrores perpetrados, miembros de la Junta Militar deploraron los "excesos de la represión, inevitables en una guerra sucia", revelan una hipócrita tentativa de descargar sobre subalternos independientes los espantos planificados."

"Los operativos de secuestros manifestaban la precisa organización, a veces en los lugares de trabajo de los señalados, otras en plena calle y a luz del día, mediante procedimientos ostensibles de las fuerzas de seguridad que ordenaban "zona libre" a las comisarias correspondientes. Cuando la víctima era buscada de noche en su propia casa, comando armadas rodeaban la manzana y entraban por la fuerza, aterrorizaban a padres y niños, a menudo amordazándolos y obligándolos a presenciar los hechos, se apoderaban de la persona buscada, la golpeaban brutalmente, la encapuchaban y finalmente la arrastraban a los autos o camiones, mientras el resto de los comandos casi siempre destruía y robaba lo que era transportable. De ahí se partía hacia el antro en cuya puerta podía haber inscriptas las mismas palabras que antes leyó en los portales del infierno: "Abandonar toda esperanza, los que entráis".

"De este modo, en nombre de la seguridad nacional, miles y miles de seres humanos,

generalmente jóvenes y hasta adolescentes, pasaron a integrar una categoría tétrica y hasta fantasmal: la de los desaparecidos. Palabra - (triste privilegio argentino! - que hoy se escribe en castellano en toda la prensa del mundo." (cfr. Nunca Más, Informe de la Comisión Nacional de Desaparición de Personas, EUDEBA Buenos Aires 1996).

Esta manera de proceder, llevada a la práctica sistemáticamente con posterioridad al 24 de marzo de 1976 supuso la derogación fáctica y secreta de las normas legales que daban un marco de derecho -aunque de excepción- a la lucha antisubversiva. También, es con el quiebre de las instituciones donde fluye el procedimiento de ocultación de prueba, la omisión de denuncias y la falsedad y reticencia en las informaciones que se brindaran a los jueces. Una demostración más que muestra la implantación de un sistema generalizado de desaparición de personas a partir de marzo de 1976, "...parece indudable si se tiene en cuenta que una decisión de esa naturaleza implicaba, por sus características, el control absoluto de los resortes del gobierno como condición indispensable para garantizar la impunidad... Así lo demuestra palmariamente la circunstancia de que no se registren constancias sobre la existencia de los principales centros de detención con anterioridad a esa fecha..." (Cfr. Sentencia Causa 13).

La situación preexistente al 24 de marzo de 1976 presentaba una República asolada por el fenómeno delictivo de la subversión que, de hecho, generó un marco legal de excepción que intentó hacer frente a los cruentos métodos de los grupos insurgentes pero, en absoluto, justificaban ni autorizaban la ideación del plan sistemático y criminal que tuvo lugar en la República desde la ruptura del orden constitucional el 24 de marzo de 1976.-

El juicio a las Juntas militares.-

Reinstaurado el orden democrático el 10 de diciembre de 1983, la estrategia elegida por el gobierno constitucional del Presidente, doctor Raúl Alfonsín, a los efectos de investigar las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la vigencia de la dictadura militar, fue ponerla en manos de la justicia militar.

Esta política, llamada de "autodepuración", perseguía el objetivo que fueran los propios militares los que investigaran y condenaran a aquellos integrantes de las Fuerzas Armadas responsables de las violaciones a los derechos humanos.

Persiguiendo este objetivo, el Poder Ejecutivo envió al Congreso el proyecto de la que luego sería la Ley 23.049, el cual establecía la jurisdicción militar e intentaba establecer una restricción a la responsabilidad, plasmando la teoría del Presidente Alfonsín de que existían tres niveles distintos de responsabilidad. Dicho proyecto de ley, también establecía la posibilidad de una instancia de apelación ante la justicia civil.

Asimismo, se dictó el decreto 158/83, mediante el cual se sometió a proceso ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a los integrantes de las tres primeras juntas militares.. Ahora bien, el proceso que culmina con el avocamiento por parte de los tribunales civiles al conocimiento de las causas instruidas por los hechos ocurridos durante el gobierno dictatorial, comienza con la resistencia demostrada por los tribunales militares en avanzar en las investigaciones.

Así, por aplicación de lo establecido por el art. 10 de la Ley 23.049 (incorporado a solicitud de los partidos de la oposición) que otorgaba a las Cámaras Federales correspondientes al lugar del hecho la facultad de avocarse al conocimiento de las causas y sustraerla de la jurisdicción militar en el caso que se adviertan demoras injustificadas en la tramitación de los expedientes; la Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires sustrajo del conocimiento del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas las actuaciones seguidas contra los ex-Comandantes.

Este proceder fue seguido posteriormente por otras Cámaras Federales del interior del país. Finalmente, el 9 de diciembre de 1985, la Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires, dictó sentencia en la causa 13/84 (causa originariamente instruida ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas) condenando a cinco de los nueve imputados en las mismas.

El punto 30 de la parte resolutive de la sentencia abrió la puerta para la realización de nuevos juicios contra quienes tuvieron intervención en los hechos represivos ocurridos durante el autodenominado "Proceso de Reorganización Nacional" más allá de la estrategia elegida por el Poder Ejecutivo, en cuanto dispuso poner en conocimiento del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, el contenido de la sentencia, a los efectos del

enjuiciamiento de los oficiales superiores, que ocuparon los Comandos de zona y subzona de defensa, y de todos aquellos que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones.

Gestación de una política de impunidad: las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida.

Al igual que en mi decisorio de fecha 16 de diciembre pasado, debido a la claridad, la capacidad de síntesis y rigor histórico contenido en lo relativo a los >antecedentes de hecho= de las leyes de impunidad desarrollados en el fallo del año 2002 de mi distinguido colega salteño, doctor Miguel Medina, me veo conducido a efectuar una respetuosa cita textual.

La superación de las expectativas políticas en el Juicio a las Juntas Militares.-

" ... En realidad, la historia de estas leyes comenzó a escribirse tiempo atrás de ser aprobadas, más precisamente mientras se estaba desarrollando el juicio a las Juntas Militares en la Cámara Federal Porteña. A estas alturas, no es ningún secreto que el poder político de entonces tenía la aspiración que el problema del enjuiciamiento a los militares por la represión ilegal, culminaría con la sentencia; en especial, se esperaba que ella estableciera cual era el límite de la Obediencia Debida, y que las órdenes impartidas por la cúpula, habían sido interpretadas como insalvables por la mayoría de los subordinados (citando una fuente del Ministerio de Defensa de entonces, así lo afirma Horacio Verbitsky en su libro "Civiles y Militares-Memoria Secreta de la Transición", página 146; Editorial Contrapunto; Buenos Aires, 1987)."

"Sin embargo, ello no fue así. La sentencia de la Cámara Federal, en su punto 30, determinó el enjuiciamiento de los oficiales superiores y de todos aquellos militares que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones de la llamada "lucha contra la subversión".La consecuencia de ello fue la reiniciación o bien la continuidad de juicios contra oficiales de las tres armas, que en su mayor parte estaban en actividad." [Juzgado Federal nro. 2 de la Provincia de Salta en el Expediente n° 311/2002 caratulado "Denuncia formulada por la Fiscalía Federal nro. 2, Barquet, Lucrecia y otros" (rta: 22-5-2002)]

El recurso a la Ley de Punto Final y la neutralización de sus efectos por el Poder Judicial.-

"En una acertada cronología de aquellos días, Marcelo Fabián Sain dice: "... En la medida en que no se pudo impedir que el poder judicial desarrollara una revisión un tanto más amplia de la proyectada por el gobierno, éste decidió poner por otra vía, un punto final a los procesos, acorde con los lineamientos formulados ante los uniformados: la idea era neutralizar, por todos los medios, la generalización hacia debajo de los juicios. Fue en ese contexto que se promulgó la ley 23.492 de Punto Final, la que fue rápidamente neutralizada por labor de la justicia, las Cámaras levantaron las ferias judiciales de enero y se llegaron a enviar más de 400 citaciones dentro del plazo de los 60 días establecidos para tal fin, entre las que se incluían las citaciones de más de 50 Generales, Brigadieres y Almirantes de la elite que había asaltado el Estado el 24 de marzo de 1976 ..." (de su estudio "Los Levantamientos Carapintada B 1987-1991", tomo 1, páginas 80/81; integra la colección "Biblioteca Política Argentina", del Centro Editor de América Latina, n° 462; Buenos Aires, 1994)." [Fallo cit. Expediente n° 311/2002].

El levantamiento militar de Semana Santa y el surgimiento de la Ley de Obediencia Debida.-

"El fracaso de la estrategia del "Punto final", dio pie a la rebelión militar de Semana Santa, que alumbró a otra decisión gubernamental: la "obediencia debida". Saín recuerda esos días: "...El miércoles 15 de abril de 1987 era el día en que la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba había citado a prestar declaración indagatoria al Mayor Ernesto Barreiro, sobre el que pesaban acusaciones de violaciones a los derechos humanos ocurridas en el campo de detención clandestino La Perla, situado en esa provincia. En las últimas horas del martes 14 de abril, éste se había presentado en el Regimiento de Infantería Aerotransportada 14 de Córdoba ante su titular, el Teniente Coronel Luis Polo, con quien había acordado que no se

presentaría a declarar ante la Justicia y que resistiría cualquier orden de detención. Toda la unidad se había solidarizado con el Mayor Barreiro y ese mismo día el Teniente Coronel Polo le comunicaba la situación al General Antonio Fichera, Jefe del III Cuerpo de Ejército y al Subjefe del Estado Mayor General del Ejército, General Mario Sánchez ... Cuando el General Fichera dio la orden a otras unidades de su cuerpo para apresarlos, éstas no la cumplieron. Entonces Fichera comunicó al Ministerio de Defensa que el III Cuerpo de Ejército obedecía a las autoridades nacionales y a la conducción del arma, salvo si se le ordenaba atacar el Regimiento de Infantería 14, donde se hallaba refugiado Barreiro, lo que significaba un apoyo general a la actitud de este último ..." (Ob. cit., pág. 88)."

"Lo demás es más conocido: la toma de la Escuela de Infantería en campo de Mayo, la fuga del Mayor Barreiro, la convocatoria a una Asamblea Legislativa para defender el sistema institucional democrático, el viaje sin final de las columnas leales del General Alais, las reuniones sectoriales, el discurso presidencial y la ley de obediencia debida."- [Fallo cit. Expediente n° 311/2002].

La debilidad del poder constitucional plasmada en el Mensaje con que el Poder Ejecutivo propiciaba la sanción de la Ley de Obediencia Debida.

"El mensaje con que el Poder Ejecutivo Nacional explicaba las razones por las cuales el Parlamento argentino debía aprobar la Ley Obediencia Debida, se dijo con claridad que, una vez logrado el enjuiciamiento de todas las cúpulas castrenses, integrantes de las sucesivas juntas militares que ejercieron el Poder Ejecutivo de facto, el de sus subalternos no podría hacerse sin correr el riesgo de dividir aun más a la sociedad. En forma implícita, desde luego, se admitía que el poder constitucional no era suficiente como para sustentar la prosecución de las investigaciones a los responsables de hechos delictivos cometidos con el alegado propósito de combatir la subversión, cualquiera fuera su jerarquía."

"El mismo Mensaje mencionaba, casi al pasar, las rebeliones con que ciertos sectores de las fuerzas armadas habían expresado su oposición a la continuidad de los procesos penales incoados contra la oficialidad subalterna, que significaron en los hechos, la comisión de varios delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, que pusieron en grave riesgo la autoridad democráticamente elegida. La historia dirá, casi con seguridad, que aquél reconocimiento de la fragilidad del poder constitucional, expresado con ese "Felices Pascuas", marcó un antes y un después de ese gobierno. Nada volvería a ser igual. El viejo combate, casi siempre desigual, que los gobiernos de las débiles democracias latinoamericanas libran contra la impunidad de los poderosos, comenzaba a definirse como casi siempre."

"Las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida fueron el producto de esa fragilidad de la democracia argentina, y de los hombres y mujeres que ejercían el poder constitucional. Si ello fue así, va de suyo que la voluntad que las hizo posible estaba viciada por la amenaza de un mal todavía mayor que la impunidad, representado por una nueva ruptura del orden constitucional o, en un grado inmediato inferior, por un país ingobernable, de grandes y pequeñas rebeliones militares."

"Vista en perspectiva, la Ley de Punto Final es una amnistía implícita, proveniente de la asunción de debilidad política por parte del poder constitucional, que necesariamente llevaba ahora a la decisión -también política- de perdonar ciertos hechos a los que, en realidad, ya no se quería perseguir más. Implícitamente, también, se usaba con ese fin el conocimiento cierto de la deliberada pasividad del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, como órgano instructor de todas las causas por ese entonces, para que el tiempo imposibilitara una base cierta como para indagar a los imputados, dentro del reducido plazo extintivo que la ley contemplaba en su artículo 1°..."- [Fallo cit. Expediente n° 311/2002].-

Los decretos nros. 1002/89 y 2746/90: la consagración de la impunidad plena por la vía del indulto a los procesados residuales.

La respuesta jurisdiccional a las múltiples violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el gobierno de facto de 1976/1983 quedó severamente dañada con los instrumentos de impunidad que brindaran las leyes 23.492 y 23.521, concretamente en lo que atañe al esclarecimiento y adjudicación de responsabilidad penal a los involucrados.

Ahora bien, el sobrante de imputados no alcanzados por los beneficios de dichas leyes - esencialmente los cuadros superiores ubicados debajo de los Comandantes- recibiría un nuevo instrumento de indemnidad: el indulto presidencial.

Mediante el decreto 1002/89 el entonces Presidente de la Nación, doctor Carlos S. Menem, indultó -en aplicación del art. 86 inc. 6° de la Constitución Nacional - a los procesados General de División (R) Juan Bautista SASIAIÑ, General de División (R) José MONTES, General de División (R) Andrés FERRERO, General de Brigada (R) Adolfo SIGWALD y General de Brigada (R) Jorge Carlos OLIVERA ROVERE, en relación a estas actuaciones que se registraban con el nro. 450 caratuladas "SUÁREZ MASON, Carlos Guillermo y otros s/homicidio y privación ilegal de la libertad".

Los fundamentos esgrimidos para sustentar tal potestad fueron la supuesta necesidad de adoptar medidas que generaran las condiciones propicias para alcanzar la concordia, el mutuo perdón, la reconciliación, la pacificación y la unión nacional, superando los pasados hechos luctuosos, los enfrentamientos, los desencuentros y los factores de perturbación social.

En relación a la calidad de "procesados" de los beneficiarios del indulto, el decreto se ocupó de dejar sentada la postura según la cual cuando un poder constitucional era conferido expresamente en términos generales no podía ser restringido, por lo cual no era imprescindible contar con una sentencia ejecutoriada para hacer viable el indulto, bastando la existencia de causa abierta.

Por su parte, por medio del decreto 2746/90 también se hizo uso de la facultad dispuesta constitucionalmente en el art. 86 inc. 6°, indultándose a Carlos Guillermo SUÁREZ MASON respecto de la presente causa.

Cerrar etapas cruentas y dolorosas de la vida argentina, proscribir para siempre la ley del odio y de la violencia absurda contribuyendo con ello a una verdadera reconciliación y pacificación nacional, son enunciados como motivantes del dictado del acto, sin perjuicio de la remisión a los fundamentos expuestos en el decreto 1002/89.

Así pues, el Estado Argentino extinguía los enjuiciamientos pendientes por graves violaciones a derechos humanos, renunciaba a la verdad, a la comprobación de los hechos, identificación de sus autores y frustraba definitivamente el derecho a una investigación judicial imparcial y exhaustiva. En definitiva, el terrorismo de Estado más cruel que se conociera en la historia argentina encontró en la impunidad su mejor aliado.-

III) El indulto como prerrogativa constitucional.

El ex-art. 86 inc. 6 de la C.N. (hoy 99 inc. 5) establece: "El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ... inc. 6) 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: facultad discrecional del Poder Ejecutivo aunque no exenta del control de constitucionalidad por parte de los jueces.

El indulto implica el perdón de una pena impuesta por un delito sujeto a la jurisdicción federal y con exclusión de los casos de juicio político. Es un acto netamente político y no implica el ejercicio de poder jurisdiccional.

Por su propia naturaleza, el indulto extingue la pena aunque no priva de efectos un fallo condenatorio a los fines de la reincidencia, reparaciones y demás indemnizaciones, costas o accesorias como ser una inhabilitación.

El indulto constituye indiscutiblemente una facultad constitucional del Poder Ejecutivo, aunque de excepción, en virtud de implicar una incursión de un órgano político en un ámbito de competencia que, en principio, le está vedado: en sentido amplio, la administración de justicia y, concretamente, los efectos que habrán de tener las resoluciones y sentencias judiciales.

Es también no controvertido que nuestra Constitución ha otorgado al Presidente la prerrogativa de indultar previo informe judicial y no así la de amnistiar que ha sido expresamente reservada al Congreso Nacional.

El acto administrativo que dispone un indulto es de aquellos actos tradicionalmente considerados "políticos no judiciales" pero esto -a mi entender- implica que es un acto

eminentemente discrecional en cuanto a su otorgamiento o denegación, aunque no excluye de manera absoluta el contralor de constitucionalidad.

En efecto, hay circunstancias que rodean la decisión de un indulto que pueden conducir a la invalidación por inconstitucionalidad, por ejemplo: la ausencia del informe del tribunal actuante; que recaiga sobre juicios de carácter civil y no sobre penas por delitos; que no se trate de delitos sujetos a jurisdicción federal; que se intente aplicar a casos de acusación por la Cámara de Diputados; que se intente indultar delitos previstos por expresa decisión y voluntad constituyente (la compraventa de personas, otorgamiento de facultades extraordinarias o la suma del poder público, la traición contra la Nación y las nuevas previsiones del art. 36: actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, la usurpación de funciones constitucionales y la comisión de grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento).

Otra circunstancia que hubo de generar el examen de constitucionalidad de indultos en la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema ha sido el espinoso tema de la procedencia del perdón respecto de procesados o si ello se encontraba limitado a los condenados.

Retomaremos este punto.

Recapitulando entonces, es absolutamente procedente la revisión de constitucionalidad de un indulto siempre que ello no implique avanzar en el análisis de la oportunidad, mérito o conveniencia política de la decisión, sino en la evaluación respecto de su correspondencia con los requisitos de ejercicio de una competencia que, si bien discrecional, no resulta ilimitada sino que debe respetar los márgenes constitucionales y, -como también veremos- deberá honrar los más elementales principios de la humanidad, deberes internacionales asumidos por el Estado e instrumentos de derechos humanos incorporados con antelación a su dictado. Está en juego la supremacía constitucional y la armonía jerárquica de las disposiciones legales, que implica la existencia de un orden de prelación con planos de distinta relevancia entre normas donde las más altas subordinan a las inferiores y todo el conjunto debe subordinarse a la Constitución.

Toda alteración legal con que se afecte el texto constitucional implicaría en los hechos -tal como sostiene German Bidart Campos- una "reforma" a la Constitución llevada a cabo indebidamente y fuera del mecanismo arbitrado para su enmienda por lo que, para salvar incólume a la constitución rígida, los actos que se le oponen deben reputarse privados de validez. (Cfr. Bidart Campos Germán J. - "Manual de la Constitución reformada" - EDIAR-1996).

Ahora bien, se plantea en autos y por sujetos legitimados para ello, nada menos que el sometimiento a examen o control de constitucionalidad de una facultad discrecional del Ejecutivo. Su eventual declaración de inconstitucionalidad configura un evento grave y de excepción que requiere de un contundente apoyo argumental pero debe quedar dicho que nunca representa en exceso del Poder Judicial corregir, Constitución en mano, el exceso de otro poder del Estado.

"La misión más delicada de la Justicia de la Nación es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, toda vez que es el Poder Judicial el llamado a sostener la observancia de la Constitución Nacional (Disidencia del doctor Carlos S. Fayt - Peyrú, Osvaldo Jorge. 2/07/87 - Fallo 310:1401").

Cuando se pone en funcionamiento el mecanismo de control constitucional y se abre la posibilidad que se declare la inconstitucionalidad de una ley o un decreto del Poder Ejecutivo, se pone en juego el equilibrio de los poderes del Estado y sólo justifica ello la existencia de un agravio a la Ley fundamental.

"La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que impone a la Corte la mayor medida al ejercer el elevado control de constitucionalidad de las leyes, mostrándose tan celosa en el uso de sus facultades, cuanto en el respeto que la Ley Fundamental, asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Voto de los doctores José Severo Caballero y Augusto César Belluscio C. 547. XXI. Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional - Camps, Ramón Juan Alberto y otros - . 22/06/87 - Fallos: 310:1162).

En este orden de ideas, es que los actos estatales gozan de una presunción de validez. Ello implica que la inconstitucionalidad sólo se puede declarar ante una absoluta, evidente y palmaria incompatibilidad con la Constitución.-

En definitiva, bajo las pautas que, respecto del control de constitucionalidad, progresivamente fueron establecidas por el derecho judicial de la Corte, estamos en condiciones de afirmar que en este caso: a) existe causa judicial concreta; b) el llamamiento al control de constitucionalidad ha sido ejercido por parte de los representantes de titulares actuales de derechos eventualmente ofendidos con indicación del gravamen y buscando precaver los efectos de un acto al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional; c) las cuestiones sometidas a cuestionamiento presentan aristas claramente judiciales independientes del mérito o conveniencia de la medida adoptada que escapa a las facultades de evaluación de este magistrado.

La jurisprudencia frente a los decretos de indulto

La postura mayoritaria y tradicional en el país fue la tesis restringida negatoria de la posibilidad del ejercicio de la facultad de indulto durante el proceso y antes de la condena. La excepción a esa posición la registraba el antecedente expresamente mencionado en el decreto 1002/89: el caso "IBAÑEZ" del año 1922 (CSJN Fallos 136:258).

La primera causa en que la Corte Suprema tuvo que intervenir con motivo del decreto 1002/89 fue en aquella originada en la Cámara Federal de San Martín que había aplicado el indulto y sobreseído en consecuencia en los autos "RIVEROS, Santiago Omar y otros s/pivación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios..." (CSJN - Fallos 313:1392 - Rta: 11-12-90).

En dicho caso, se conforma la mayoría del tribunal resolviendo la cuestión vinculada a la constitucionalidad de un modo formal, declarando mal concedido el recurso interpuesto contra la decisión del tribunal que hacía aplicación del indulto. Sin embargo, los doctores Santiago Petracchi y Julio Oyhanarte avalan en sus disidencias la tesis amplia que permitiría indultar procesados.

Esa disidencia es hecha propia por la mayoría en los autos "AQUINO, Mercedes s/denuncia - planteo de inconstitucionalidad del decreto 1002/89". En dicha ocasión el doctor Fayt formuló su propio voto y presentaron disidencias los doctores Ricardo Levene (h) y Augusto Belluscio. (CSJN - Fallos 315:2421).

En esta oportunidad no hubo forma de evitar ingresar el fondo del asunto en la medida que el tribunal inferior -Cámara Federal de Bahía Blanca- había declarado la inconstitucionalidad de los indultos a procesados.

En estos autos en concreto, la antigua causa 450, con fecha 13 de noviembre de 1989, los camaristas doctores Juan Carlos Rodríguez Basavilvaso, Juan Fégoli, Jorge Casanovas y Gustavo Mitchel, sostienen la imposibilidad de declaración de la inconstitucionalidad de oficio del decreto 1002/89, mientras que los doctores Mario Gustavo Costa y Horacio Cattani en una pieza de notable factura promueven la declaración de inconstitucionalidad y prosecución del trámite de las actuaciones.

Frente a las impugnaciones de particulares damnificados, la Cámara Federal concedió el remedio del recurso extraordinario que la Corte Suprema declaró mal concedido con fecha 11-12-90 en aplicación de la doctrina del caso "Riveros".

Por último, cabe mencionar que la Cámara Federal posteriormente también hace lugar a la excepción de indulto de Guillermo Suárez Mason a raíz del decreto 2746/90 que lo beneficiara, con similar disidencia de los doctores Costa y Cattani.

Puede apreciarse, entónces, que en autos no se ha ingresado a un estudio de fondo vinculado a la constitucionalidad de los decretos 1002/89 y 2746/90 como al que ahora me veo llamado a realizar por el concreto planteo del Fiscal y las querellas.

Adelanto desde ya, que habré de analizar dos grupos de objeciones: algunas provenientes del derecho interno (que fueran parcialmente materia de discusión en lo atinente a la viabilidad del indulto a procesados a lo que agregaremos el no debatido argumento vinculado al art. 29 de la C.N.) y otros reparos de derecho internacional que aportan nuevos enfoques de análisis.-

IV) Reparos a la constitucionalidad de los indultos de autos fundados en normas superiores de derecho interno.

Las conductas investigadas son insusceptibles de indulto por voluntad constituyente. Así como el Poder Legislativo no goza de facultades para amnistiar válidamente hechos que

impliquen la concesión o atribución de la suma del poder público ni el ejercicio de facultades extraordinarias, tampoco el Poder Ejecutivo podría ejercer con validez su prerrogativa excepcional de indultar en esta materia.

Reza el artículo 29 de la Constitución Nacional: "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."

El modelo de país al que apuntó el constituyente tuvo muy especialmente presente los sucesos acontecidos en la etapa previa a la organización nacional. Sin ingresar a desarrollar una valoración histórica de lo que ha significado para la Nación el desempeño del gobernador Juan Manuel de Rosas, no es posible desconocer que ha sido contra ese antecedente de suma de poder público y facultades extraordinarias con que se le invistiera, que el constituyente quiso quedar a recaudo.

"El 7 de marzo de 1835, la legislatura de Buenos Aires concedió al gobernador Juan Manuel de Rosas >toda la suma del poder público= de la provincia por el tiempo que a juicio de aquel, fuese necesario. El 20 de septiembre de 1851 declaró que >todos los fondos de la provincia, las fortunas, vidas, fama y porvenir de los Representantes de ella y de sus comitentes, quedan ...disposición de S.E...." [Rosas]... La suma del poder público significó la concentración en la persona de Rosas de todas las funciones de gobierno. La Sala de Representantes de Buenos Aires pasó a ser una ficción y la justicia quedó librada a la voluntad del gobernador. Como consecuencia de ello, se aniquiló el sistema republicano y se desconocieron derechos y garantías esenciales..." (Cfr. Helio Juan Zarini "Análisis de la Constitución Nacional - Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes - Editorial Astrea).

Este es el contexto en el cual tiene nacimiento la prevención del constituyente y la fulminante prohibición del art. 29 de la C.N. en su doble carácter de norma penal o delito de rango constitucional y de garantía o norma de derecho constitucional de la libertad. (Cfr. Bidart Campos, Germán J., "Manual de Derecho Constitucional Argentino", Ediar, Buenos Aires) Esto nos conduce ya a una primera y contundente conclusión: una ley del Congreso (de amnistía) y menos aún, un decreto del Ejecutivo (de indulto), ya por su sólo ubicación en la escala normativa, pueden avasallar el poder y voluntad constituyente en una cuestión tan sensible a la historia argentina como la asunción y/o ejercicio de facultades extraordinarias o la suma del poder público.

"Ni el Congreso de la Nación ni el poder que ejerza sus funciones pueden válidamente amnistiar el hecho previsto en el art. 20 (hoy art. 29) de la Constitución Nacional, que, por los términos enfáticos en que está concebido, por los antecedentes históricos que lo determinaron y por la circunstancia de hallarse incorporado a la ley fundamental, está fuera del alcance de la potestad legislativa. Procede, en consecuencia, confirmar la sentencia que rechaza la excepción de amnistía..." ("Juan Carlos García y otros in re: Juan Domingo Perón y otros" - Fallos 234:16.- Rta: 08-02-1956)

En esta misma dirección, ha dicho el Máximo Tribunal que "...Los beneficios de la ley ... de amnistía, no son extensivos al delito de traición a la patria, ya que el art. 29 de la Constitución Nacional representa un límite infranqueable que el Congreso no puede desconocer o sortear mediante el ejercicio de su facultad de conceder amnistías." ... "Dado que la inexistencia del derecho a la amnistía del procesado por traición a la patria, deriva del art. 29 de la Constitución Nacional, no es admisible que, para alterar la conclusión denegatoria del beneficio, se citen otras cláusulas de la misma Constitución (arts. 16, 18 y 31), ya que éstas, en todo caso, deben armonizarse con lo que aquélla prescribe especialmente sobre el punto cuestionado." ("Perón, Juan Domingo y otros" - Fallos 247:387- Rta: 25-07-60)

La teleología del art. 29 de la Constitución Nacional cuando sanciona con una nulidad insanable aquellos actos que constituyan una concentración de funciones y un avasallamiento de las garantías individuales, ha sido siempre evitar que so pretexto de urgencias o necesidades -reales o ficticias-, el Poder Ejecutivo asuma facultades extraordinarias y la

suma del poder público, lo que inevitablemente ha traído consigo repetidamente y casi como consecuencia fatal, la grave violación de los derechos fundamentales del hombre.

Si se pensara viable el "perdón", sea por indulto o amnistía, de conductas de este tenor, entónces deberíamos aceptar que el constituyente consentía como una alternativa válida que quedaran impunes hechos que desconocieron la dignidad humana, cuando muy por el contrario, su voluntad está claramente encaminada en otra dirección: el castigo especialmente grave de tales ilícitos ya que el propósito esencial de nuestra ley fundamental ha sido "terminar para siempre con la arbitrariedad institucionalizada." (Cfr. C.C.C. Fed. Sala I autos "Fernández, Marino" - Rta: 4/10/84).

En definitiva, el delito tipificado por el poder constituyente en el artículo 29 de la Constitución resulta inamnistiable por el Congreso Nacional en ejercicio sus potestades legislativas comunes e inindultable por el Poder Ejecutivo en ejercicio de su facultad excepcional de perdón absoluto de una pena impuesta.

Si se pensara que los legisladores tienen la facultad de invalidar disposiciones constitucionales mediante leyes de amnistía o el Presidente por mero de un simple decreto, imperaría la lógica del absurdo mediante la cual deberíamos concluir que la misma Constitución dentro de las competencias del Congreso o el Ejecutivo, según el caso, entregaría los medios para burlarla, o entender que una de las normas más imperativas y categóricas que contiene la Carta Magna es optativa justamente respecto de quienes intenta marcar un camino por el cual no transitar.

En todo caso, será resorte exclusivo de una Convención Constituyente la posibilidad de 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 conforme el art. 30 de la Carta Magna.

"manera de balance debemos destacar tres conclusiones primordiales:

1°) El real alcance del art. 29 de la C.N. va dirigido no sólo a prohibir a los legisladores la concesión al Poder Ejecutivo de facultades extraordinarias, suma del poder público u otorgar sumisiones o supremacías, sino también lleva ínsita la prohibición de asumir por parte del Ejecutivo de dichas facultades extraordinarias y la veda del ejercicio de esos poderes totalitarios.

2°) La facultad de conceder amnistías que se otorga por medio del art. 75 inc. 20 de la Constitución al Poder Legislativo, cuanto el indulto concedido al Poder Ejecutivo por el art. 99 inc. 5, reconocen límites infranqueables que vienen dados en la imposibilidad de perdonar los delitos tipificados por la misma Constitución. (Vgr. prohibición de la esclavitud, sedición, concesión de la suma del poder público o de facultades extraordinarias y traición a la patria). [En éste sentido, cfr. Bidart Campos, Germán J., "Manual de Derecho Constitucional Argentino", Ediar, Buenos Aires, 1980, p. 582; y, Romano, Otilio Roque, "Inconstitucionalidad de la Proyectoada Ley de Amnistía", Jurisprudencia Argentina, 1983, IV, p. 628 y ss.]

3°) Los legisladores que concedieran al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias o la suma del poder público no podrían ser amnistiados ni tampoco indultados. Igualmente, quienes hayan ejercido las facultades extraordinarias o la suma del poder público prohibidas por el artículo 29 de la Constitución tampoco pueden ser amnistiados por facultades legislativas comunes y menos aun por medio de un indulto del Presidente.

En este punto, no escapará al lector que seguimos la construcción argumental que impecablemente formularan Marcelo Sancinetti y Marcelo Ferrante que fuera ya reiteradamente seguida por magistrados colegas e integrantes del Ministerio Público siguiendo su posición institucional.

Recapitulando, "Cualesquiera que fuesen los límites del art. 29 de la Constitución Nacional ... el Congreso carecería de facultades para amnistiar el ejercicio de la suma del poder público, el ejercicio, en definitiva, del poder tiránico, en la medida en que en este ejercicio fueran cometidos delitos por los que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedarán a merced de los gobiernos o persona alguna. Por ende, cuando los actos ejercidos por el poder omnímodo fuesen delictivos conforme a la ley penal por su propia configuración (homicidios, asesinatos, torturas, privaciones de la libertad, etcétera) sería imposible amnistiarlos... 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 proscripto, por más que este sujeto concreto, destinatario del indulto, fuera persona distinta del presidente indultante.- En pocas palabras: se trata de hechos que no admiten la posibilidad de amnistía ni de indulto." (cfr. Marcelo A. Sancinetti - Marcelo Ferrante; "El derecho penal en la protección de los derechos humanos", pág. 282 y 283 - Hammurabi).

Pues bien, las privaciones ilegales de la libertad en centros clandestinos de detención que sufrieran las numerosas víctimas de autos, los tormentos, torturas, condiciones inhumanas de vida cuanto, en su caso, los homicidios han representado sólo una de las manifestaciones del ejercicio poder tiránico que usurpó el poder entre 1976 y 1983. Justamente, estos hechos aberrantes han sido consecuencia directa del ejercicio de las conductas que el propio constituyente temió como destructivas del orden que fundaba, es decir, aquellas previstas por el artículo 29 de la C.N. y que significan someter la vida, el honor o las fortunas de los argentinos a un gobierno o a una persona, lo que las torna insusceptible de amnistía so riesgo de avasallar al poder constituyente (En este sentido, cfr. Sancinetti, Marcelo - "Observaciones sobre las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución Nacional", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, Nro. 16 y NDP año 2000 B pag. 527 y sig).

Aministiar o indultar delitos de la naturaleza de los que nos ocupan ha significado o bien la concesión retroactiva, o bien la tentativa de validar la suma del poder público, circunstancia terminantemente vedada por la Ley fundamental-

La facultad presidencial de indultar fue ejercida en una oportunidad donde no era constitucionalmente viable.-

Es criterio del suscripto -cuanto de la doctrina mayoritaria- que la facultad presidencial de indultar implica dispensar el cumplimiento de una pena impuesta por sentencia judicial firme de juez competente que declare la existencia del ilícito y la culpabilidad del autor.

Siendo consecuente con esta postura que adopto es inevitable concluir que el indulto a personas aun no condenadas aunque esten procesadas, implica:

- a) Violentar la división de poderes y avanzar sobre la zona de competencias reservadas al Poder Judicial.
- b) Avasallar la división de poderes e ingresar ilegítimamente sobre la zona de competencias reservadas al Poder Legislativo
- c) Arrasar el derecho de acceso a la jurisdicción por parte de las víctimas.
- d) Destrozar la presunción de inocencia del propio beneficiario del indulto y la generación de diversos problemas colaterales.

a) La violación a la división de poderes por el avance sobre las competencias reservadas al Poder Judicial.

Mediante los decretos de indulto a procesados el Poder Judicial ha visto sustraídos a encausados del proceso antes del pronunciamiento de la sentencia que definiera su situación. El indulto anticipado es manifiestamente violatorio de lo dispuesto por el art.95 de la Constitución (actual art. 109 C.N.) que impide al Presidente ejercer funciones judiciales o arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas. Esta norma debe, sin duda, ser vista como la contracara del art. 29 C.N. y, por cierto, ha sido tan vital para el constituyente impedir que el Presidente ejerza funciones jurisdiccionales que entendió necesario vedarle la posibilidad de condenar por sí o aplicar penas, incluso y expresamente, en el supuesto excepcional del estado de sitio (art. 23 C.N.).

El Poder Ejecutivo puede eximir -indultar- o sustituir -conmutar- penas impuestas previamente por el Poder Judicial, penas que han sido fruto del proceso legal que pudo determinar la existencia del delito y la culpabilidad de la persona a quien se le impone el castigo.

Indultar a una persona no condenada implica suponer dos extremos de manera arbitraria: 1) se supone la culpabilidad del indultado sin tener facultades para establecer esa culpabilidad y 2) se supone lo inequitativo para un caso individual de un resultado condenatorio que aun no existe.

"El Poder Ejecutivo tiene el derecho de indultar penas, pero no tiene el de impedir la imposición de ellas, ni el de suprimir la acción de la justicia, desde que no está investido de

la potestad de borrar la infracción, es decir, de quitar a los hechos delictuosos la calificación que les ha dado la ley. En ejercicio de la facultad de indultar su misión comienza cuando hay una pena definitivamente impuesta que pueda ser materia de perdón; esto es, cuando la justicia ha llenado su función de juzgar. Es recién en ese momento que el Poder Ejecutivo se asocia en cierto modo al Poder Judicial para completar su obra en el sentido de la equidad. La intervención del Poder Ejecutivo antes de la sentencia, resulta incompatible con la acción independiente y a la vez armónica de los Poderes del Estado; y es muy difícil admitir que los mismos constituyentes que declaraban que >En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas=, hayan entendido acordarle el medio de suprimir las acciones judiciales y de anular procesos en tramitación por medio de un indulto prematuro que importa sobreseimiento". (Minoría en causa Ibañez, José y Sengiale, Amadeo - 1922 - Fallos 136:244).

En definitiva, el indulto a un procesado arrebató al imputado de la jurisdicción reservada al Poder Judicial y, simultáneamente, clausura un juicio penal de un modo no previsto por quien tiene reservado la facultad de establecer las formas de conclusión del proceso -el Poder Legislativo-.

b) El avasallamiento de la división de poderes por el ingreso ilegítimo sobre las competencias reservadas al Poder Legislativo.

El Poder Legislativo puede dictar leyes que desincriminen conductas, modificar los términos de prescripción o conceder amnistías generales. Este último instrumento es el que le permite al Congreso extinguir la acción y la pena por graves requerimientos de interés público, para el restablecimiento de la calma o la concordia social.

La amnistía, si bien presenta límites, es una facultad mucho más amplia que el indulto e implica el olvido o perdón "general" en virtud de recaer en muchos sujetos respecto de los que extingue la acción y la pena, reputándolos inocentes borrando la criminalidad del hecho. La amnistía no exige la individualización de los sujetos que beneficiará sino los hechos sobre los cuales habrá de recaer el olvido.

El indulto no ha sido concebido como una medida de carácter general sino que es particular, se refiere a determinadas personas y tiende a reducir o moderar, en casos especiales, el excesivo rigorismo de la ley. Implica el ejercicio de un derecho de gracia para impedir la injusta aplicación de una ley al caso concreto. Es la respuesta de equidad ante un desequilibrio generado por la aplicación de una norma general y abstracta que en el caso concreto se traduce en una situación injusta.

El decreto 1002/89 se presenta en discordancia con las características que debe presentar un acto de indulto, presenta fundamentos de absoluta generalidad sin referirse a situaciones inequitativas concretas, tiene un alcance propio de una amnistía -facultad ajena al poder administrador- y se refiere -en todos los casos- exclusivamente a procesados. El decreto en cuestión alcanzaba a 32 causas judiciales donde estaban procesados más de 50 militares de alta graduación.

En este último orden, debe mencionarse que una postura amplia de la facultad de indultar considerando que podría abarcar a procesados, intenta encontrar fundamento sosteniendo que la palabra "pena" prevista en el art. 86 inc. 6° (hoy art. 99 inc. 5°) comprende la pena conminada y no exclusivamente la impuesta por sentencia firme. Sin embargo, ello implicaría otorgar al Poder Ejecutivo la facultad de extinguir acciones penales y consecuentemente ingresar en el campo de facultades concedida a otro Poder, el Legislativo.

"La facultad de abolir procesos y de extinguir acciones penales es de la esencia del poder de conceder amnistías, y este poder ha sido dado al Congreso como consecuencia necesaria del principio de la división de los poderes del gobierno, pues implicando su ejercicio la descalificación de los hechos delictuosos comprendidos en ella, e importando este efecto una derogación parcial de la ley respectiva, no podía confiarse sino al poder público encargado de sancionar o de derogar las leyes. Sin esa descalificación que sólo puede operarse por sanción legislativa no es concebible que exista el poder de detener y anular las causas pendientes o de extinguir las acciones penales.. El Poder Ejecutivo tiene el derecho de indultar penas, pero no tiene el de impedir la imposición de ellas, ni el de suprimir la acción de la justicia, desde que no está investido de la potestad de borrar la infracción, es decir, de quitar a los hechos delictuosos la calificación que les ha dado la ley." (Postura minoritaria causa Ibañez, José y

Sengiale, Amadeo - 1922 - Fallos 136:244).

En definitiva, si frente a procesados nos encontramos, entiendo que el único que podría sustraer al encausado del proceso es el Poder Legislativo por medio de una amnistía que, ciertamente, deberá presentarse con carácter general y no particular.

c) La violación del derecho de acceso a la jurisdicción por parte de las víctimas.

Es absolutamente claro y cierto que los decretos de indulto en análisis han venido a terminar de consagrar el mecanismo de impunidad. Pero lo paradójico es que, siendo el objeto de esta causa una pesquisa donde lo tristemente preponderante han sido las privaciones de la libertad, se complete el esquema de privación arrebatando lo poco que quedaba a las víctimas: se las priva, ya no sólo de la libertad, sino de la posibilidad de conocer qué pasó, cómo pasó y quién es el responsable.

Los decretos de indulto cerraron arbitrariamente la posibilidad jurídica de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados, identificar a sus autores, cómplices y encubridores; e imponerles sanciones penales correspondientes.

Las víctimas directas del terrorismo de Estado, sus familiares, demás damnificados por las violaciones de derechos humanos y la sociedad toda vieron frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclareciera los hechos, desconociendo que la garantía de la defensa en juicio no está establecida sólo en beneficio del encartado sino siendo también garantía para la víctima y la comunidad en su conjunto, que tiene en el funcionamiento regular de la administración de justicia uno de sus pilares. La cita que sigue me exime de explicar cómo repercutió el indulto y las consecuencias que tuviera esta nueva privación de acceso a la justicia que menoscabara los derechos de las víctimas:

"En una causa en la que se aplica el procedimiento del Código de Justicia Militar los particulares damnificados carecen de la potestad de deducir el recurso extraordinario contra la resolución de la cámara que rechazó los planteos de nulidad e inconstitucionalidad del decreto 1002/89, e hizo lugar a la excepción del indulto." (CSJN - Magistrados: Levene, Cavagna Martínez, Belluscio, Barra, Nazareno. S/Voto: Petracchi, Oyhanarte. Abstención: Fayt, Moliné O'Connor. R. 109. XXIII. Riveros, Santiago Omar y otros s/ privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc. 11/12/90 T. 313 , P. 1392)

d) La destrucción de la presunción de inocencia del propio beneficiario del indulto y los problemas colaterales.

"Todo ciudadano sometido a un proceso criminal tiene el derecho inviolable de exigir (en un Estado de Derecho) que recaiga a su respecto una sentencia judicial que le condene o absuelva y ese derecho legítimo lo tiene, en grado excelso y superlativo, la persona que se sabe inocente y a quién se le deniega el derecho de discutir y probar su inocencia ... ya que el indulto no borra el delito y eterniza la sospecha" (Jorge Frías Caballero - Revista Jurídica Argentina La Ley 1992?C? pág. 38)

No habré de extenderme en este punto más allá de lo sostenido en los autos "Yrigoyen, Hipólito" donde se destacó claramente que se coloca en una situación agravante al imputado, si el indulto pudiera expedirse antes de la condena, por cuanto todo hombre lleva la presunción de su inocencia mientras no sea declarado culpable y como para haber perdón, lógicamente se presupone la existencia de un delincuente, quien fuera indultado en tales circunstancias, llevaría consigo las manchas del delito.

En efecto, "no es cierto que siempre quedarían en sus manos los medios para restablecer la verdad o levantar la imputación. La verdad solamente puede surgir de la controversia provocada en el proceso abierto donde el acusador y el acusado discuten libremente, desde sus respectivas posiciones, hasta llegar a la dilucidación completa de la conducta del acusado. En la generalidad de los casos la imputación corresponde al Ministerio Fiscal. Perdonado el procesado no tendría éste a quién demandar para levantar la imputación calumniosa de que hubiese sido víctima, pues jamás hallaría el contendor responsable y autorizado, y quedaría pesando sobre su nombre el proceso que se le formó" (cfr. Fallos 165:199) .

En definitiva, entre otros vicios, el indulto anticipado anticipa como cierta una responsabilidad penal no acreditada de la manera que corresponde para derribar la

presunción de inocencia y en casos como el de autos contribuyó a extender la sospecha sobre toda la institución militar y sus integrantes sin excepción.

Finalmente, entre las secuelas colaterales que trae el indulto a procesados deben destacarse las señaladas por los doctores Mario Costa y Horacio Cattani en su ya mentada disidencia, que aquí no serán profundizadas sino meramente enumeradas: las condiciones en que queda colocado el indultado frente a la reincidencia; la situación de la reparación civil que eventualmente se intentara por el damnificado en el mismo proceso penal; y el destino de los efectos secuestrados como instrumentos del delito.-

V) Reparos a la constitucionalidad de los indultos fundados en el derecho internacional.

Se han desarrollado precedentemente diversas circunstancias jurídicas que habrían afectado la validez de los indultos dispuestos por el Poder Ejecutivo mediante los decretos. nro. 1002/89 y 2746/90. Dichos vicios señalados nacen sustancialmente de la afectación de normas constitucionales de derecho interno (sintéticamente, la prohibición de concesión o ejercicio de facultades extraordinarias o suma del poder público, la división de poderes, el derecho acceder a la jurisdicción, la presunción de inocencia).

Ahora bien, no desconoce el suscripto que muchas de las argumentaciones expuestas no han sido consideradas oportunamente -salvo votos minoritarios en disidencia- en virtud de no abrirse el control de constitucionalidad y el amplio debate que sobre el fondo del asunto merecía la cuestión.

Simultáneamente, conforme expusiera al pronunciarme en favor de la validez de la ley 25.779 que anulara las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final, no puede desconocerse que se ha ido gestando progresivamente una corriente revisionista y cuestionadora de la constitucionalidad de las leyes, decretos y todo instrumento de impunidad que cerrara la jurisdicción, en base a las objeciones a su validez que surgen por la afectación al derecho internacional.

En este sentido, corresponde concluir la tarea de desarticulación del esquema de impunidad que no puede sostenerse con validez en cuanto ha representado un obstáculo al enjuiciamiento y sanción de los responsables de crímenes de lesa humanidad, lo que constituye una violación a normas vigentes universalmente y otras, incluso, expresamente asumidas internacionalmente.

Así pues, a la luz de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de la oportuna incorporación de diversos instrumentos internacionales -muchos anteriores a la ideación del sistema de impunidad- cuanto el otorgamiento de jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos, considero que es necesario un nuevo y ampliado análisis del tema.

El indulto frente a la existencia y consolidación de un derecho penal internacional.

Es prácticamente indiscutida la existencia de un orden normativo supranacional, un orden normativo de la comunidad internacional o derecho penal internacional que tiende a la protección de los derechos más esenciales y básicos de la persona humana, traduciéndose en principios y reglas de derecho asumidos, en su mayoría, como principios imperativos, válidos para todos los hombres y naciones de la comunidad internacional.

La referencia a un derecho penal internacional inmediatamente remite al concepto de "ius cogens", como norma imperativa del derecho internacional general, esto es, aceptada y reconocida por la comunidad internacional y que, por tanto, no admite acuerdos en contrario (art. 53 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ?ley 19.865?).

En este contexto, obtienen el carácter de ius cogens ciertas prohibiciones de determinadas conductas -constitutivas del objeto procesal de autos- consideradas de suma gravedad y a las que se llama crímenes de lesa humanidad, contra el derecho de gentes o crímenes de derecho internacional. Sobre las mismas existe consenso internacional sobre la invalidez de amnistía, indulto o todo valladar que impida su juzgamiento y persecución judicial.

El carácter de "ius cogens" o el de obligaciones "erga omnes" que se les reconoce a las consecuencias jurídicas que se derivan de la realización de alguna de aquellas conductas consideradas crímenes contra el derecho de gentes implica que afectan por igual a toda la humanidad y por lo tanto, su carácter criminal no queda librado a la voluntad de un Estado o más Estados particulares, sino que es definido en un ámbito en el que las voluntades

estatales individuales se integran con otras para afirmar principios y reglas que en ciertos casos regirán para un Estado aun contra su voluntad.

Por lo tanto, la universalidad prima sobre la particularidad de los Estados en beneficio de la humanidad toda que, en su conjunto, afirma su carácter criminal, aún cuando el derecho doméstico del Estado o Estados donde tuvieron lugar los crímenes de lesa humanidad no los considere tipificados penalmente, dicte amnistías, indultos, perdones y no persiga su castigo. Los instrumentos internacionales han recogido esta tendencia a la preservación universal.

Así, entre otros varios: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el IIIer. Convenio de Ginebra de 1949 y el Ier. Protocolo Adicional, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma en 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968.

Otra consecuencia fundamental del reconocimiento de un derecho penal internacional repercute en el tema de la competencia concreta para el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. Esto nos introduce en el tema de la jurisdicción universal que implica, primordialmente, que el derecho de gentes adjudica competencia a todos los Estados para el juzgamiento de los crímenes cometidos en contra de la humanidad. La jurisdicción que se impone es aquella concurrente o complementaria con la jurisdicción de los tribunales nacionales.

El interés por el enjuiciamiento y la aplicación de sanciones penales a los responsables de esos crímenes no puede quedar -exclusivamente? en cabeza del Estado en cuyo territorio ocurrieron los hechos por cuanto toda la humanidad y los Estados tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos responsables.

La jurisdicción universal comienza a imponerse como una jurisdicción subsidiaria que el derecho penal internacional instrumenta para asegurar que no queden impunes hechos aberrantes a la esencia humana.

El objetivo final es asegurar que la sanción sea efectivamente satisfecha aunque primordialmente corresponde reconocer prioridad en el enjuiciamiento y sanción al Estado donde los hechos acontecieron. Ahora, esta prioridad jurisdiccional no implica que el Estado sancionador actúe por un mero interés propio sino que lo hará en miras a la satisfacción de un interés superior al suyo individual, el del todo, el del conjunto de la comunidad internacional. Es de esta forma como un indulto presidencial puede estar repercutiendo más allá de las fronteras y sobre los intereses de juicio y castigo de la comunidad internacional toda.

Ahora bien, la existencia de un orden universal tampoco debe ser vista como un invento de la modernidad sino que responde a un proceso evolutivo de tal tendencia. En todo caso, el verdadero triunfo será instaurar los instrumentos para hacer efectivo el verdadero reconocimiento de aquello que filósofos cosmológicos como Anaximandro de Mileto (600 a.C.) describían ya como la existencia de un universo que se presenta como una polis en grande, como una comunidad sometida a una ley ordenadora. (Cfr. "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado" ? Ed. Revista de Occidente. Madrid).

En definitiva, el *ius gentium* no expresa otra cosa que las exigencias primordiales y comunes a todos los pueblos, como revelación más directa de la razón universal. El derecho de gentes no es otra cosa ?en palabras de Del Vecchio?que "el derecho común a todos los pueblos" y desencadenado en una visión tendiente a la represión y castigo de crímenes de lesa humanidad, podría expresarse en un estatuto jurídico común que como mínimo comprendería estos principios: "...el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad, la exclusión de toda impunidad, comprendida la de los jefes de Estado, la improcedencia del argumento de la 'obediencia debida' (salvo como circunstancia atenuante), la aplicación universal de estas obligaciones en tiempo de paz y en tiempo de guerra, su no derogación bajo los 'estados de excepción' y la jurisdicción universal" (cfr, M. Cherif Bassiouni "Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes", citado en causa n° 8686 Juzgado Federal n° 4 autos "Simón, Julio; Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años" ya citado - NDP año 2000 B pag. 527 y sig).

Los hechos investigados en autos constituyen graves violaciones a los derechos humanos provenientes del terrorismo de Estado y son delitos de lesa humanidad excluidos de la posibilidad de indulto.

Los hechos investigados en las presentes actuaciones constituyen graves violaciones a los derechos humanos cometidas desde el aparato del Estado, revisten el carácter de delitos de lesa humanidad y, por ende, resultan imprescriptibles e inindultables.

El crimen de lesa humanidad, acorde a su contenido y naturaleza es un crimen de derecho internacional, por lo cual las condiciones de su responsabilidad son establecidas por normativas internacionales con independencia de lo que pueda establecerse en el derecho interno de los Estados, los cuales, se encuentran en la obligación de juzgar y castigar a los responsables de tales aberrantes crímenes.

Así, en el ámbito del derecho internacional se considera que, entre otros actos, la tortura, las ejecuciones sumarias, extra judiciales o arbitrarias y las desapariciones forzadas constituyen la categoría de "graves violaciones a los derechos humanos".

La obligación de todo Estado de castigar y juzgar los crímenes de lesa humanidad surge del derecho de gentes o *ius cogens*, el cual se integra por un conjunto de principios y normas que resultan esenciales en la vida organizada de la humanidad.

Uno de los principios que rigen a los crímenes contra el derecho de gentes desde la consolidación del derecho penal internacional, es el que instituye la criminalización de ciertas conductas, que se consideran de gravedad para la humanidad, y no depende de que sean punibles según la ley penal del lugar donde ocurrieron.

El derecho de gentes establece entonces que la responsabilidad penal individual puede surgir de normas imperativas para la comunidad internacional y que establecen obligaciones directas no sólo para los Estados sino también para los individuos, para evitar, así, la impunidad de esos hechos de extrema gravedad, a menudo realizados desde el poder estatal.

La jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos es coincidente en esta materia. En los casos "Bleier Lewhoff y Valiño de Bleier c/ Uruguay", "Pedro Pablo Camargo c/. Colombia" ha reiteradamente calificado, entre otros actos, la tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada como graves violaciones de los derechos humanos. Dicho concepto ha sido, también ratificado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas merced el documento elaborado el 3 de agosto de 1994 en Burundí.

Asimismo, en esta misma línea es importante recurrir -una vez más- al caso "Barrios Altos", donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sentado importantes conclusiones frente a graves violaciones a los derechos humanos cometidas por funcionarios del aparato estatal. Recuérdese que la República del Perú había aprobado una ley de amnistía a favor de los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de esas denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencia en prisión, por violaciones de derechos humanos.

Llegado el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la pertinente sentencia, el tribunal dijo: "... Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ...La Corte, conforme a lo alegado por la Convención y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistías adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un Juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1. de la Convención; y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso..."

En el ámbito doctrinario se emplea indistintamente las nociones de "manifiestas" o "flagrantes" como sinónimos de "graves". En efecto, en las conclusiones del "Seminario de Maastricht sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales" celebrado en 1992, se asevera que: "se entiende que entre las violaciones flagrantes de los derechos

humanos y las libertades fundamentales figuran por lo menos las prácticas siguientes: el genocidio, la esclavitud y prácticas similares, las ejecuciones sumarias o arbitrarias, la tortura, las desapariciones, la detención arbitraria y prolongada y la discriminación sistemática" (Netherland Institute of Human Rights ? Studie?en Informatiecentrum Menserechten, (SIM), Seminar on the Right to Restitution. Compensation and Rehabilitation for victims of Gross)

Luis Jiménez de Asúa en relación a los crímenes de lesa humanidad señala los conceptos expuestos a su vez por Graven y Aroneanu. en cuanto dijo que "... los crímenes contra la Humanidad son tan antiguos como la Humanidad. La concepción jurídica es, sin embargo nueva puesto que supone un Estado de civilización capaz de reconocer leyes de la Humanidad, los derechos del Hombre o del ser Humano como tal, el respeto al individuo y a las colectividades humanas, aunque fuesen enemigos..." Jiménez de Asúa, Parte General del Derecho Penal B Filosofía y Ley Penal" (cuarta edición actualizada, tomo III, páginas 1175 sgtes; Editorial Losada; Buenos Aires, 1977).

A su vez, en orden a las ideas ya expuestas es válido recordar que "Normativamente puede afirmarse que la Carta Orgánica del Tribunal Militar de Nüremberg definía a los crímenes contra la humanidad como: "...el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación o la comisión de otros actos inhumanos contra la población civil, antes o durante la guerra o persecuciones por motivos políticos raciales o religiosos.." (cfr. Zuppi, Alberto Luis, "La prohibición ex post facto y los crímenes contra la humanidad". El Derecho t 131, pag. 765) La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar" (Caso "Blake", sentencia del 24.1.1998, Serie C nro. 36; casos "Velázquez Rodríguez"; "Godínez Cruz"; Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas). En este aspecto, tal como se adelantara, la calificación de los delitos contra la humanidad, no depende de la voluntad de los Estados, sino de los principios del ius cogens del derecho internacional, los cuales forman parte del derecho interno argentino (C.S.J.N. Fallos 43:321, 176:218), motivo por el cual los tribunales nacionales deben aplicarlos junto con la Constitución y las leyes (C.S.J.N. Fallos 7:282).

La aplicación del derecho de gentes viene impuesta desde 1853, merced a la específica referencia que contiene el artículo 118 -ex 102- de la C.N., que se orientó a asegurar el compromiso de los tribunales nacionales en la persecución de los crímenes de lesa humanidad.

Sobre este tópico, el destacado constitucionalista Germán Bidart Campos explicó: "Que en 1853-1860 los delitos contra el derecho de gentes, así denominados en el ex art. 102, fueran pocos y diferentes a veces a los que hoy se incluyen en esa categoría, no tiene importancia alguna, porque aquel art. 102 -ahora 118- no enumeró ni definió ese tipo de delitos, con lo que la interpretación dinámica de la Constitución que tiene señalada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la mejor doctrina, bien permite y hasta obliga a tomar en cuenta las valoraciones progresivas que históricamente han ido dando crecimiento a la tipología delictual aludida. Hemos por ende de rechazar toda esclerosis interpretativa que ignore o desvirtúe el sentido actual del art. 118 en el fragmento que estamos comentando." (Cfr. Bidart Campos, Germán J., "La persecución penal universal de los delitos de lesa humanidad", La Ley Buenos Aires, año LXIV, nro. 161, 23 de agosto de 2.000).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Priebke, Erich", el 2/11/95, estableció que la clasificación de los delitos contra la Humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición, sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional.

A su vez, el Alto Tribunal explicó que los crímenes contra la humanidad se dirigen contra la persona o la condición humana y en donde el individuo como tal no cuenta. Así, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, tienen a la víctima colectiva como característica común y por ello se los reputa delitos contra el derecho de gentes, y son crímenes contra la humanidad el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y todo acto inhumano cometido contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o bien las persecuciones hayan constituido o no una violación del derecho interno del país donde hayan sido perpetrados, sean cometidos al perpetrar un crimen sujeto a la jurisdicción del tribunal o

en relación con él.

En dicho fallo la C.S.J.N. siguió marcando pautas sobre las cuestiones aquí debatidas al señalar que los hechos cometidos según la modalidad descrita en este pronunciamiento, deben ser considerados como delitos sancionados por el derecho internacional general, y en la medida en que la aplicación del derecho de gentes se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico argentino (artículo 118 de la Constitución Nacional).

Por último, el Alto Tribunal, se pronunció en relación al sistema constitucional argentino, el cual al no conceder al Congreso Nacional la facultad de definir y castigar las ofensas contra la Ley de las Naciones, receptó directamente los postulados del derecho internacional sobre el tema en las condiciones de su vigencia y, por tal motivo, resulta obligatoria la aplicación del derecho de gentes en la jurisdicción nacional, que así integra el orden jurídico general, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 48; el carácter de *ius cogens* de los delitos contra la humanidad lleva implícita su inmunidad frente a la actitud individual de los Estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga ese tipo de ilegalidades.-

La imposibilidad de indulto e imprescriptibilidad fundada en la conmoción a los principios más elementales de la humanidad y la ausencia de fundamento jurídico y ético para detener el poder punitivo frente a tales conductas.-

La gravedad de las conductas que integran los llamados crímenes contra el derecho de gentes, la lesión que ellos suponen a toda la humanidad en su conjunto y el interés de la comunidad internacional en la persecución penal de esos crímenes, no son compatibles con la existencia de un perdón soberano, una amnesia legislativa, ni un momento a partir del cual el autor de un crimen semejante pudiera estar a salvo de tener que responder penalmente por un acto que conmueve los principios más elementales de humanidad.

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de la Organización de las Naciones Unidas -sancionada el 26 de noviembre de 1968 (Resolución 2391), ratificada por la República Argentina mediante la ley 24.584 de fecha 1° de noviembre de 1985- estableció que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. (cfr. Art. 1 de dicha Convención).

Esta Convención ha adquirido rango constitucional con la sanción de la ley 25.778 y -si bien volveremos sobre el tema más adelante- no es menor la expresión "cualquiera sea la fecha" ya que si el objeto era regular hacia el futuro -lo habitual- no era necesaria esa aclaración por lo que debe pensarse que se estipula una excepción.

El Preámbulo de la citada Convención asentó "...que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes" y, en consecuencia, se reconoce que es necesario y oportuno sostener el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal.

La Convención además de amparar el principio de la imprescriptibilidad compromete a los Estados a adoptar todos los procedimientos constitucionales, legislativos o de otra índole que fueran necesarios para que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a los crímenes de guerra o de lesa humanidad o sea abolida (cfr. Art. IV).

La existencia de una norma consuetudinaria o de un principio general de derecho en cuya virtud los crímenes contra el derecho de gentes deben considerarse imprescriptibles, más allá de la existencia de una obligación convencional para los Estados que han suscripto tratados al respecto, parece surgir, además de lo ya expuesto, de un conjunto de resoluciones de las Naciones Unidas dictadas luego de la aprobación de la Convención de 1968. (Cfr. resoluciones de la Asamblea General n. 2583 BXXIV? del 15/12/69, n. 2712 BXXV? del 15/12/70 y n. 2840 BXXV? del 18/12/71 relativas a la >Cuestión del Castigo de los Criminales de Guerra y de las Personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad=)

Eugenio Raúl Zaffaroni ilustra sobre la presente cuestión al expresar que: "...No pude sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción por el paso

del tiempo en crímenes de esta naturaleza, en razón de una intolerable irracionalidad en caso contrario. No hay una irracionalidad intolerable en el ejercicio de la acción penal contra un crimen de lesa humanidad por mucho que hayan pasado los años; sólo existe la irracionalidad propia de todo poder punitivo, que es extremadamente selectivo y productor del mismo hecho sobre cuyo autor recae. El derecho penal no está legitimado para exigir la prescripción de las acciones emergentes de estos delitos; por el contrario: si lo hiciese sufriría un grave desmedro ético."

"La imprescriptibilidad que hoy consagran las leyes y costumbres internacionales y que otrora no establecían pero que también deben considerarse imprescriptibles, es fruto de la carencia de legitimidad del derecho penal para contener el poder punitivo en estos casos. No hay argumento jurídico (ni ético) que le permita invocar la prescripción. En los crímenes recientes, esta consagrada en la ley internacional y en los más lejanos en la costumbre internacional; en los crímenes de lesa humanidad remotos tampoco el derecho penal puede invocar la prescripción porque ésta estaría consagrada como una norma fundante de autoimpunidad (legitimaría las consecuencias de un crimen los propios autores, para ellos mismos y para sus descendientes)."

"El derecho penal, privado de su viejo narcisismo omnipotente, es decir, un derecho penal más adulto y maduro puede plantear mejor este problema, como todos los que consideran la decisión judicial federal que invalida los obstáculos a la punición de crímenes contra la humanidad. El propio TPI (Tribunal Penal Internacional) que se promete funcionar de modo más acorde a la realidad del poder y, por ende, más respetuoso de las estructuras del mundo, requisito indispensable para toda eficacia. El narcisismo legitimante no hace más que generar ilusiones que, en ocasiones devienen en alucinaciones, como las contenidas en la llamada ley de obediencia debida. En cualquier caso es menester neutralizar las alteraciones de la sensorpercepción jurídica, porque conducen a graves errores de conducta que producen daños sociales graves y desprestigian al saber penal." (Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad" en Nueva Doctrina Penal, nro. 2000?B Ed. Del Puerto S.R.L. año 2001 pags. 437/446).

El reconocimiento de los crímenes contra la humanidad así como las condiciones para su juzgamiento que impone el derecho de gentes, la recepción que realiza el art. 118 de la Constitución Nacional y la consolidación del derecho penal internacional están en la base del pronunciamiento que en el caso "Priebke" realizó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los que en esta ocasión remitimos sin mayor profundización.

El indulto frente a los deberes estatales de respeto y de garantía: la necesidad de desarticular los obstáculos al juzgamiento.

El deber de respeto implica que los Estados deben asegurar la vigencia de todos los derechos contenidos en los instrumentos de derechos humanos mediante un sistema jurídico, político e institucional adecuado para tales fines.

Por su parte, el deber de garantía implica que los Estados deben asegurar los medios jurídicos específicos de protección que sean adecuados, sea para prevenir las violaciones, sea para restablecer su vigencia y para indemnizar a las víctimas o a sus familiares frente a casos de abuso o desviación del poder.

Estas obligaciones estatales van aparejadas del deber de adoptar disposiciones en el derecho interno que sean necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados, existiendo como corolario de estas obligaciones, el deber de prevenir las violaciones, el deber de investigar las producidas y la obligación de juzgar y sancionar a los autores de graves violaciones a los derechos humanos.

Es por ello, que los poderes estatales deben, cada uno en su propia esfera, adoptar las medidas necesarias para que los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos internacionales puedan hacerse efectivos, previniendo, investigando y sancionando toda posible violación a los mismos.-

Así pues, reitero y retomo la importancia de la ley 25.778 que otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. Ya adelantamos que dispone que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido" pero también avanza en algo aún más fundamental ya que el artículo 4° de la Convención establece que los Estados parte se obligan a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas

legislativas o de otra índole que fueren necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes de lesa humanidad y que, en caso de que exista, sea abolida.

No cabe duda alguna que la subsistencia de los decretos 1002/89 y 2746/90 no son compatibles con la adecuación comprometida y con arreglo a los "procedimientos constitucionales" del país declararé su invalidez.

Me veo avalado en esta grave y excepcional medida institucional cuando se advierte de la misma Convención, que los Estados se obligan a adoptar "medidas" para abolir los obstáculos legales que consagren la impunidad, lo que no excluye a este Poder del Estado que es el Judicial. Ciertamente, debido al carácter de la declaración de inconstitucionalidad que dispondré, la misma no tiene efecto erga omnes sino que -de momento- se limitará a esta causa.-

Por otra parte, encuentro respaldo también al criterio que habré de seguir en base a lo dispuesto en Fallos: 315:1492 donde bien se dijo que "Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata."

Finalmente, este magistrado en tanto integrante de un "...poder del Estado, en su rol de supremo custodio de los derechos individuales, no puede permanecer inmóvil ante la demora del Congreso Nacional en otorgar eficacia a un derecho internacionalmente exigible, contenido en un tratado sobre derechos humanos" (cfr. Fallos 315:1492, disidencia de los doctores Enrique Santiago Petracchi y Eduardo Moliné O'Connor).-

La incompatibilidad de los decretos nros. 1002/89 y 2746/90 con los instrumentos de derechos humanos incorporados con antelación a la fecha de dictado de dichos actos. El valor de la palabra empeñada: "pacta sunt servanda".

En el análisis tendiente a establecer la validez o invalidez de los decretos nros. 1002/89 y 2746/90 se torna imperioso dejar clarificado qué instrumentos internacionales se hallaban ya incorporados a nuestro derecho doméstico a la época de sanción de los mismos.

En esta inteligencia, resulta de vital importancia recordar que los tratados internacionales adquieren validez jurídica en virtud de la ley que los aprueba (cfr. CSJN Ferreyra, Pedro P. c/ Nación. Año 1945 Fallos 202:353) y una norma de derecho interno no hubiese podido contradecir instrumentos internacionales que gozan del principio de prelación sobre el ordenamiento interno.

Pues bien, recordemos:

* El indulto concedido a Jorge Olivera Rovere, Juan Bautista Sasíañ, Adolfo Sigwald, José Montes y Andrés Ferrero mediante decreto del P.E.N. nro. 1002/89 fue dictado el 6 de octubre de 1989.

* El indulto concedido a Guillermo Suarez Mason, mediante decreto del P.E.N. nro. 2746/90 fue dictado el 29 de diciembre de 1990.

De lo cual se desprende que a la fecha de suscripción de dichos indultos el ordenamiento jurídico de la República Argentina estaba regido por varios instrumentos de derecho internacional que tornaban decididamente inconstitucional dichos indultos.

Así, el Congreso anteriormente al dictado de los cuestionados indultos había aprobado los siguientes instrumentos de Derechos Internacional, a saber: a) Convención Americana de Derechos Humanos el 11 de marzo de 1984;

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 17 de abril de 1986;

c) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes el 30 de julio de 1986.

Ahora, profundizando en cada uno de dichos Pactos y Convenciones es menester señalar - conforme también lo efectuara la Fiscal Federal, doctora Graciela Silvia López de Filoñuk en el "incidente de nulidad e inconstitucionalidad" planteado por Horacio Verbitsky y la doctora María Elba Martínez en la causa nro. 31-M-87 caratulada "Menéndez Luciano Benjamín y otros sobre delitos cometidos en la represión a la subversión" del registro de la Excma.

Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Córdoba- que:

a) La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, fue aprobado por nuestro país por Ley 23.054, sancionada el 1° de marzo de 1984, promulgada el 19 de marzo de 1984 y publicada en el Boletín Oficial el 27 de marzo de 1984. El art. 1 de dicho Pacto señala:

"Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los Derechos y Libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción."

De la normativa de la citada Convención, surge para los Estados firmantes, la obligación, no solo de garantizar los derechos reconocidos por la Convención, sino de prevenir investigar y sancionar toda violación a los derechos humanos.

En este orden de ideas y en aplicación rigurosa de las normas emanadas de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Velásquez Rodríguez", apuntó la obligación de los Estados de investigar toda situación en la cual se hayan violentado los derechos humanos protegidos por la Convención.

Sobre este punto la Corte Interamericana profundizó la responsabilidad de los Estados al explicar 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 (...) la de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. 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"

Asimismo, y en esta misma línea la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la persona del doctor Carlos Fayt en ocasión de fallar en el caso "Hagelin, Ragmar" (H 17 XXXVIII 08/09/2003) señaló que: "...el "deber de respeto" asumido en base a esa convención consiste en no violar los derechos y libertades proclamados en los tratados de derechos humanos, mientras que el "deber de garantía" no es más que la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (ambos previstos en el art. 1.1. de la convención). El deber violado consistiría en la obligación de investigar y sancionar las violaciones graves de derechos humanos (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el leading case "Velásquez Rodríguez") que a su vez implicaría 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", párr. 43, sentencia del 14 de marzo de 2001)...".

En dicho Fallo el doctor Antonio Boggiano señaló que: "...la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1.1) impone a los Estados partes el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos al ejercicio de los derechos que la Convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana consideró que "es deber de los Estados parte organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (O/C 11/90, párrafo 23). Asimismo debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata (Fallos: 315:1492). " Así, puede concluirse que los tribunales son los llamados a determinar la constitucionalidad de las leyes y decretos de amnistía, y que no deben basarse en necesidades políticas coyunturales ?aún cuando aparezcan como urgentes?, sino en los derechos inalienables de las víctimas. De esta manera, irá tomando forma un derecho a la justicia, del cual no se puede privar a las víctimas. La vigencia plena de ese derecho a la Justicia tiene repercusiones

no solo para las formas de saldar las pasadas violaciones a los derechos humanos, sino también para construir una estructura sólida y fundar un sistema democrático sin privilegios, con instituciones sometidas al control constitucional.

b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1966 y fue aprobado por el Congreso de la Nación el 17 de abril de 1986 mediante la ley 23.313. Entró en vigor para nuestro país el 8 de noviembre de 1986.

Entre sus cláusulas centrales encontramos a las obligaciones impuestas en el artículo 2 que establece: "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de funciones oficiales". Como se advierte, el contenido de las obligaciones impuestas por este pacto es prácticamente idéntico al contenido de las obligaciones impuestas por la Convención Americana de Derechos Humanos. Se establece, entonces, en este tratado la doble obligación para el Estado de respetar y garantizar los derechos reconocidos.

Como consecuencia de lo expuesto, se obliga también al Estado parte a dictar las disposiciones legislativas, administrativas o judiciales necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos, como así también, consecuentemente, el deber de no dictar disposiciones que frustren o menoscaben esos derechos.

c) La Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 y por el Congreso Nacional mediante la ley 23.338 en fecha 30 de julio de 1986. La importancia de dicha Convención radica en que se obliga a todo Estado parte a tomar las medidas legislativas administrativas, judiciales o de cualquier otro carácter para impedir los actos de tortura dentro de su territorio.

" su vez, impone a los Estados la prohibición de invocar circunstancias excepcionales como justificación de la tortura y la invocación de una orden de un funcionario superior o de una autoridad como eximente para este crimen.

Así, el principal objetivo de la Convención es fortalecer la prohibición existente de las torturas y otros tratos o penas crueles mediante una cantidad de medidas de apoyo, entre ellas principalmente la obligación de los Estados parte de sancionar este tipo de prácticas.

Conforme lo señalara el doctor Gabriel Cavallo en el fallo "Simón Julio y otro sobre sustracción de menores" de fecha 6 de marzo de 2.001 (NDP año 2000 B pag. 527 y sig.): "... Dijo el Comité: (refiriéndose al Comité contra la Tortura) "Con respecto a la prohibición de la tortura, el Comité recuerda los principios del fallo del Tribunal Internacional de Nüremberg y se refiere al artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que constituyen ambas normas de derecho internacional reconocidas por la mayor parte de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, entre ellos la Argentina. Por lo tanto, ya antes de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura existía una norma general de derecho internacional que obligaba a los Estados a tomar medidas eficaces para impedir la tortura y para castigar su práctica..."El Comité observa 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".

"Esta dura observación del Comité recuerda, entonces, algunos de los instrumentos fundantes del derecho penal internacional, en virtud de los cuales la tortura ya estaba reconocida como un crimen de derecho internacional y ya existía, antes de la Convención, una obligación para los Estados de investigar toda acto de tortura oficial y de sancionar penalmente a los responsables." Respecto de la normativa internacional vigente en la materia, no es posible concluir su catalogación sin mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

En los considerandos de su Preámbulo se afirma que "el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad".

La enumeración efectuada nos conduce necesariamente a analizar el valor de la palabra internacionalmente empeñada. Es universal y reconocido el principio de "pacta sunt servanda", que a nivel del derecho internacional implica no sólo el compromiso de los Estados de ejecutar las disposiciones acordadas sino de darles efectivo cumplimiento de buena fe.

Como consecuencia inevitable de este principio, no puede ser alegada la existencia de normas constitucionales, legislativas, reglamentarias, ni decisiones de tribunales nacionales para dejar de ejecutar compromisos internacionales y/o modificar las condiciones o pautas de cumplimiento (en este sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe nro. 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 (Chile) 15-10-1996; Caso Loyaza Tamayo - Perú- Sentencia de Reparaciones 27-11-1998, Informe Anual CIDH).

En la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados aprobada por Argentina por Ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972, la cual entró en vigor el 27 de enero de 1980. el principio encontró oportuna recepción en los arts. 26 y 27, debiendo ser recordado que la Argentina suscribe dicha Convención el 23 de mayo de 1969 siendo objeto de ratificación el 5 de diciembre de 1972 sin objeciones ni reserva alguna a lo dispuesto por los artículos de mención."

Asimismo el art. 53 de la referida Convención establece respecto de los Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General, que "Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma 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 solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter".

Así, al menos desde la fecha de incorporación de aquellos instrumentos de derechos humanos el Estado argentino se encontraba impedido de dictar normas que vedaran la posibilidad de investigar cualquier caso de lesión de bienes protegidos por esos tratados o restringieran la punibilidad de esos delitos, en violación a los deberes de "respeto" y "garantía" que ellos establecen (Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante Marcelo, ob. cit., pág. 418 y sgtes. citado por la CCCFed-Sala 2 - Rta: 9-11-2001 - c. 17.889 "Incidente de apelación Julio Simón...").

La Corte Suprema de Justicia ha resultado sumamente clara cuando ha aludido a que el cumplimiento de los tratados debe ser hecho sin agregar "requisitos no incluidos en el acuerdo internacional, pues de esa manera se afectaría el principio pacta sunt servanda" (CSJN Vera Maldonado, Juan Luis s/ extradición. 14/11/00 Fallos T. 323 , P. 3680) y "en las condiciones de su vigencia", o sea, como efectivamente "rige en el ámbito internacional" (CSJN Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93. 7/04/95 Fallos T. 318 , P. 514).

Por otra parte, particularmente considerando que los impugnantes en muchos casos apuntan a presuntas inconstitucionalidades respecto de normas que no hacen más que hacer efectivas pautas imperativas impuestas por compromisos internacionales anteriormente asumidos, es

útil recordar lo establecido por el Máximo Tribunal en cuanto a que "... Tildar de inconstitucional el acatamiento a lo estipulado en el Tratado... implicaría no sólo una violación del principio pacta sunt servanda que debe regir las relaciones entre Estados, sino que... quedaría en abierta contradicción con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -de superior jerarquía en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional-" (CSJN Gómez Gómez, Alfredo; González, Sebastián Ignacio s/ extradición - 16/10/01 - Fallos T. 324 , P. 3484).

El principio que nos ocupa también tiene acogida a nivel internacional en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, el estatuto de la Organización de los Estados Americanos y el Pacto de San José de Costa Rica.

Concluyendo este tema, resulta sencillo entender que un Estado estaría violando el principio de "pacta sunt servanda" si dictara una ley que viole derechos protegidos por un tratado internacional. Ahora bien, de igual modo, incumpliría sus obligaciones comprometiendo su responsabilidad para el caso en que omitiera dictar las normas a que está obligado por el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Finalmente, de nuevo aquí habré de recurrir a un argumento de lógica en palabras de German J. Bidart Campos para explicar por qué debe darse preminencia efectiva a lo acordado a nivel internacional: "...en el derecho internacional hay un principio básico que es el de su prelación sobre el derecho interno..." de lo que resultaría una incoherencia "...que el Estado que da recepción al derecho internacional en su ordenamiento interno lo coloque por debajo de la Constitución y no por encima -o, al menos, a su mismo nivel- ... es de muy escasa congruencia que no lo haga aceptando aquel principio de su primacía sobre el derecho interno..." (Cfr. Autor cit. "Manual de la Constitución Reformada" - EDIAR).

La imperiosa necesidad de preservar la responsabilidad del Estado se opone al mantenimiento de la validez de los indultos.

La palabra internacionalmente comprometida o empeñada puede, cuando se incumple, generar responsabilidades al Estado frente a la comunidad internacional, razón por la cual provoca el deber irrenunciable en todo funcionario político o judicial de arbitrar cuanto medio esté a su alcance para velar por la actuación legal de la República y poner cese a toda traba a los deberes de juzgamiento y castigo.

El incumplimiento a lo comprometido no es gratuito y genera la responsabilidad del Estado. Es en este sentido, que resulta necesario recurrir a la cita que efectúan en su dictamen los Sres. Fiscales de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tales como "Velásquez Rodríguez", (29?7?88), "Tribunal Constitucional..." (31-1-2001), "Barrios Altos ... " (14?5?2001), y "La Última Tentación de Cristo" (5?2?2001), y que fuerzan la inmediata declaración de invalidez o desaplicación de leyes de impunidad so riesgo de incurrir, ahora de manera inminente en responsabilidad internacional.

"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" -CIDH, Opinión Consultiva 14/94, 9/12/94-).

Es en este sentido, que corresponde desaplicar los decretos de indulto y las resoluciones dictadas en consecuencia, ya que de mantenerse vigentes podría surgir responsabilidad para el Estado argentino, sea por la actividad u omisión de sus poderes soberanos. Así pues, la única vía posible para evitar tal situación la constituye el desconocimiento de la validez de los mismos ya que constituyen uno de los pocos obstáculos residuales para que el Estado argentino retome acabadamente el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.-

La preminencia del derecho internacional sobre el interno. La operatividad, rango constitucional y supremacía de los tratados de derechos humanos.

Hemos ya dejado en claro que en la República Argentina al tiempo de la sanción de las leyes 23.492 -de Punto Final- y 23.521 -de Obediencia Debida- y del dictado de los indultos presidenciales, los poderes del Estado se hallaban impedidos de proceder de tal forma por su palabra empeñada en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes y la mismísima Convención de Viena sobre el Derecho de

los Tratados.

Ahora bien, la tendencia hacia la operatividad de los tratados de derechos humanos y la preeminencia del derecho internacional sobre el interno, lejos de detenerse, ha ido adquiriendo contundentes demostraciones a nivel jurisprudencial y en la relevante manifestación del poder constituyente de 1994.

En efecto, la Constitución Nacional reformada en el año 1994 cerró toda discusión posible al disponer que los Tratados tienen jerarquía constitucional y superior a las leyes (art. 75 inc. 22).

Sin embargo, el reconocimiento de la preeminencia de los tratados sobre las leyes en la jurisprudencia del Máximo Tribunal, se inició al fallar "leading case" "Miguel Ángel Ekmekdjian c/Gerardo Sofovich". (CSJN, rta: 7/07/92 - Fallos: 315:1492) que podríamos sintetizar en cuatro premisas básicas:

1) Un tratado no puede ser derogado por ley del Congreso.

"La derogación de un tratado internacional por una ley del congreso constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86 inc. 14 de la Constitución Nacional)." -fallo citado-

2) El tratado tiene primacía ante un eventual conflicto con normativa interna.

"La necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27." -fallo citado-

3) Un tratado ratificado obliga a los órganos administrativos y jurisdiccionales a aplicar sus términos.

"Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata." -fallo citado-

4) la Corte no puede permanecer inmóvil ante la demora legislativa a dar eficacia a un tratado de derechos humanos.

"La Corte, como poder del Estado, en su rol de supremo custodio de los derechos individuales, no puede permanecer inmóvil ante la demora del Congreso Nacional en otorgar eficacia a un derecho internacionalmente exigible, contenido en un tratado sobre derechos humanos" -fallo citado, disidencia de los doctores Enrique Santiago Petracchi y Eduardo Moliné O'Connor.

Esta posición jurisprudencial se ha visto ratificada en fallos posteriores, in re "Fibrica Constructora SCA c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" (Rta: 7-7-93); "Hagelin c. Poder Ejecutivo Nacional sobre juicio de conocimiento" (Rta: 22-12-93) y "Cafes La Virginia SA sobre apelación (por denegación de repetición)" - Rta: 10-10-94.

De éste último fallo, bien señala la Fiscal, doctora Graciela de Filoñuk, en cuanto "... cabe destacar el tratamiento que el doctor Boggiano da a la cuestión de la supremacía de los tratados, por la que se demuestra que nunca debió ponerse en duda la preeminencia que debe otorgarse a los compromisos internacionales suscriptos contractualmente. Así Boggiano en el Considerando 25 insiste con la importancia que a los efectos de establecer la primacía de los tratados por sobre las leyes tiene la entrada en vigor de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuya aplicación, "...impone a los órganos del Estado argentino dar prioridad a un tratado internacional ante un conflicto con una norma interna contraria que equivalga a su incumplimiento". (Dictamen presentado en autos 31-M-87 Incidente de nulidad e inconstitucionalidad - Justicia Federal de Córdoba, antes citado).

Finalmente, luego de la reforma del >94 por imperio constitucional, conforme lo dispuesto por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina ha quedado establecido que "los tratados ... tienen jerarquía superior a las leyes" y que la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes "tienen jerarquía constitucional". Esto último implica que gozan de una supremacía igual a la de la Constitución, un mismo nivel de constitucionalidad federal. Es imperioso recurrir nuevamente al ilustrado razonamiento de Germán Bidart Campos a efectos de entender acabadamente las consecuencias de conceder la trascendente calidad de "operativo" a los tratados de derechos humanos. Sostiene el notable constitucionalista en referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos:

"...Cada artículo que declara un derecho o una libertad debe reputarse operativo, por lo menos en los siguientes sentidos: a) con el efecto de derogar cualquier norma interna infraconstitucional opuesta a la norma convencional, b) con el efecto de obligar al Poder Judicial a declarar inconstitucional cualquier norma interna infraconstitucional que esté en contradicción con la norma convencional, o a declarar que la norma convencional ha producido la derogación automática; c) con el efecto de investir directamente con la titularidad del derecho o la libertad a todas las personas sujetas a la jurisdicción argentina, quienes pueden hacer exigible el derecho o la libertad ante el correspondiente sujeto pasivo; d) con el efecto de convertir en sujetos pasivos de cada derecho o libertad del hombre al Estado federal, a las provincias, y en su caso, a los demás particulares; e) con el efecto de provocar una interpretación de la Constitución que acoja congruentemente las normas de la convención en armonía o en complementación respecto de los similares derechos y libertades declarados en la Constitución" ("La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales" -CELS-, Ed. Del Puerto, Bs. As., 1997).

La principal razón para considerar como operativas las disposiciones de los tratados de derechos humanos halla su fundamento en circunstancia fundamental que surge de considerar que "...los tratados modernos sobre derechos humanos ... no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (Opinión consultiva nro. 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).-

La constitucionalidad de la ley 25.779 y sus repercusiones sobre el indulto en la necesaria desarticulación del esquema de impunidad.

El suscripto se ha pronunciado en autos en torno a la validez constitucional de la ley 25.779 que declarara insanablemente nulas las Leyes N° 23.492 y N° 23.521.

Los argumentos expuestos entonces son extensibles en lo pertinente a la presente en tanto constituyen un paso más en la desarticulación del esquema de impunidad con que se limitara la actividad jurisdiccional.

El paso fundamental que hoy se habrá de dar es uno más en este proceso revisionista y a efectos de salir definitivamente del laberinto de impunidad.

Al cerrarse la jurisdicción nacional se recurrió -en primer término- a alternativas trasfronterizas. Luego, fue dable impulsar actuaciones por hechos que quedaran excluidos de las leyes de impunidad e indultos. Luego, fueron derogadas las leyes de Punto Final y Obediencia Debida en marzo de 1998. Luego, a partir del 6 de marzo de 2001 -fecha del histórico fallo del doctor Gabriel Cavallo- se sucedieron numerosos fallos que decretaron la inconstitucionalidad de las leyes. Luego, se sanciona la ley 25.779 y se dispone la reapertura de causas militares como la presente. Finalmente, se valida la constitucionalidad de la ley anulatoria, se retrotraen la situaciones procesales de los beneficiarios de las leyes de impunidad, se disponen diversas detenciones y se avanza en el esclarecimiento de los hechos.

Pues bien, hoy se dará un paso fundamental para dejar definitivamente desarticulada la veda a la jurisdicción.

En este contexto, dijimos que la ley 25.779 adecuaba el ordenamiento jurídico doméstico al consolidado derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la permanencia de los indultos y las resoluciones judiciales dictadas en consecuencia conducen a la violación de

tratados internacionales con efectos manifiestamente contrarios a los mismos. La inconstitucionalidad que decretaré intenta abandonar definitivamente la actitud prescindente de los poderes públicos en aras a la completa purga del ordenamiento jurídico local de aquellos actos contrarios al deber de prevenir, investigar y sancionar que tiene asumidos internacionalmente.

La inconstitucionalidad de los indultos no pueden ser examinada como un acto aislado sino como un paso más en el camino hacia la justicia, una evolución lógica, progresiva y encaminada a la legalidad y la real vigencia de los derechos fundamentales. Esta decisión tiende a satisfacer "...el deber ...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". (cfr. caso 'Velásquez Rodríguez', la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Pues bien, con la desaplicación de los decretos de indulto n° 1002/89 y 2746/90 se vislumbra la posibilidad de completar la buena senda abierta definitivamente con la ley 25.779 y la producción de los efectos contrarios a las ciertas, inapelables y legítimas críticas que recayeron oportunamente por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- Con la inconstitucionalidad de los indultos en lugar de extinguirse, se reinician "los enjuiciamientos pendientes contra los responsables por pasadas violaciones de derechos humanos".

- Con la inconstitucionalidad de los indultos, en lugar de cerrarse, se reabre la "posibilidad jurídica de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados; identificar a sus autores, cómplices y encubridores; e imponerles sanciones penales correspondientes...".

- Con la inconstitucionalidad de los indultos, "los peticionarios, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos", en lugar de ver frustrado, ven satisfecho "...su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos"

- Con la inconstitucionalidad de los indultos, en lugar de vulnerarse los artículos 8.1 y 25.1 y violar la Convención, se intenta reparar la obligación de "garantizar libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción... " y la "... obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención... ".

En definitiva, se abre la jurisdicción a todos los posibles responsables sin exclusiones arbitrarias ni beneficios, se asume finalmente el deber de investigar seriamente con los medios al alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

VI) Consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de los indultos: desconocimiento de inmutabilidad a los fallos judiciales dictados en base a normativa inválida. La inexistencia de "cosa juzgada".

En virtud de la declaración de inconstitucionalidad de los decretos nros 1002/89 y 2746/90 que dispondré, se habrán de privar de efectos los pronunciamientos dictados en consecuencia de ellos, en particular la resoluciones de la Excma. Cámara Federal obrantes a fs. 6488/vta., que hizo lugar a la excepción de indulto en favor de Juan Bautista SASIAIÑ, José MONTES, Andrés FERRERO, Adolfo SIGWALD y Jorge Carlos OLIVERA ROVERE y los sobreseyera definitivamente, cuanto la decisión de fs. 6733/vta. que adoptara similar temperamento aunque en relación a Carlos Guillermo SUÁREZ MASON.

Asimismo se privará de efectos a todos los demás actos procesales dictados en consecuencia, retro trayendo las situaciones procesales a las vigentes al tiempo del dictado de dichos actos administrativos.

Habré de reproducir a continuación mis argumentos ya expuestos en autos y en base de los cuales estimo improcedente las alegaciones de "cosa juzgada".

La antinomia aparente entre los conceptos de "justicia" y "seguridad jurídica".-

Frente a la reactivación de las investigaciones sobre graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el último gobierno de facto, es frecuente escuchar, justamente de parte de quienes abolieron la vigencia de la Constitución Nacional y sus garantías, o la consintieron, el argumento de una eventual afectación a la "seguridad jurídica". Sin embargo, la seguridad jurídica debe ceder a la razón de justicia.

Bien se ha dicho que "el valor "seguridad jurídica" debe ser ponderado como un medio entre otros para asegurar la hegemonía de la justicia (cfr. CSJN Voto del doctores Carlos S. Fayt - Pignataro, Luis Angel p/ inf. arts. 1° y 2°, incs. 1° de la ley 14.346 y arts. 25 y 27 de la ley 22.421-15/10/91 - Fallos 314:1257).

Cuando se quiere ingresar al debate sobre el estado de la seguridad jurídica en nuestro país, parecería honesto preguntarse qué afecta más a la misma, si permitir la reapertura de la vía jurisdiccional nunca satisfecha, la descalificación por inconstitucional de leyes e indultos que contravinieron la Carta Magna y el derecho internacional de los derechos humanos o, en cambio, la aplicación automática de normas que implican avasallamiento de funciones judiciales, que intentan amnistiar o indultar conductas inamnistiables o que proporcionan impunidad a delitos de lesa humanidad.

"El único medio válido para fortalecer la "seguridad jurídica" es un mayor grado de juridicidad en la regulación de las conductas de los ciudadanos y no el mantenimiento de normas cuyo origen está a extramuros de la Ley Fundamental (cfr. CSJN Voto del doctor Carlos S. Fayt - autos: Pignataro, Luis antes citado).

En su obra "Revisión de la cosa juzgada", Juan C. Hitters expresa que resulta innegable que el rango de la seguridad es inferior al de otros valores jurídicos, tales como la justicia, que viene a ser el más elevado de toda la escala estimativa (ob. Cit. Ed. Platense).

Ahora, no se trata de un ideal de justicia metafísico, abstracto o indefinible sino que se alude a justicia como función básica y concreta que debe prestar el Estado otorgando un proceso justo, una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos. Siendo ello así, los conceptos de "seguridad jurídica" y "justicia" son compatibles y es falso propiciar antagonismos, no transitan por carriles distintos, sino que existe una suerte de complementación indispensable para la realización del orden jurídico.

Las leyes de impunidad, como también los indultos, viciaron sustancialmente los procesos provocando justamente la sustracción de los hechos al conocimiento jurisdiccional, con resoluciones dictadas fuera de las garantías constitucionales, sin trámite contradictorio en el que hayan respetado las exigencias de la defensa en juicio tanto de los acusados como de las víctimas.

Concluyo este punto recurriendo a la cita de María Fabiana Meglioli, quien al abordar la cuestión de la revisión de la cosa juzgada sostuvo que los conceptos de "seguridad jurídica y justicia no se tratan de dos elementos antológicos y excluyentes, sino complementarios. Es imposible admitir que en un Estado de Derecho exista seguridad jurídica sino está garantizada la justicia, entendiendo a esta última como la real adecuación entre lo establecido en derecho y el caso particular, restableciéndose, con la aplicación del primero, el orden jurídico. Por consiguiente, si se obtiene una sentencia judicial fruto de un proceso viciado sustancialmente, resulta imposible considerar que en tal decisión exista aplicación del derecho, lo que lleva a inferir que el fallo será injusto, transgredirá el fundamento del Estado de Derecho, quebrando el principio de seguridad jurídica, justificar lo contrario implicaría a contravenir el orden jurídico preestablecido y propiciar la "inseguridad jurídica". (Meglioli, María Fabiana - "La revisión de la cosa juzgada" - Suplemento La Ley - Revista del CPACF nro. 11 / diciembre 2001).-

)"Cosa juzgada" o "cosas no juzgadas"?.-

La institución de la "cosa juzgada" debe ser analizada y construída sobre pilares compatibles con los derechos y garantías constitucionales no pudiendo reconocerse como inmutable a aquella sentencia que no ha respetado sino avasallado la defensa en juicio y el acceso a la jurisdicción.

Una resolución judicial adoptada por un tribunal nacional que responda a una mera aplicación de una ley o decreto cuyas constitucionalidad y validez ha sido fundadamente objetada, que viola por acción u omisión, obligaciones internacionales del Estado o vulnere derechos

humanos internacionalmente protegidos, no puede invocarse con el carácter de inmutabilidad que otorga el instituto jurídico de la "res judicata".

La aplicación de los indultos presidenciales han tenido como consecuencia automática que quedaran impunes hechos que desconocieron la dignidad humana. Por otra parte, por tales medios "legales" se excluyó del conocimiento del Poder Judicial el juzgamiento de tales ilícitos, alcanzando de ese modo los extremos que el artículo 29 de la Constitución Nacional rechaza enfáticamente, razón por la cual dichos actos carecen en absoluto de efectos jurídicos y mal pueden alcanzar la inmutabilidad que otorga el principio de "cosa juzgada".

“Por respetable que sea el instituto de la cosa juzgada en atención a la finalidad que ella cumple y a su filiación constitucional, no parece que por el solo hecho de la errática aplicación de una ley de esa naturaleza puedan adquirirse derechos consolidados. Es que de una norma general inválida nacen en el sentido de que se viene de analizar, no se ve cómo puede derivarse una norma jurídica inferior válida, si esa norma inferior es inválida no se entiende por qué la Constitución Nacional habría de concederle privilegio alguno”. (cfr. C.C.C. Fed. Sala I - Fernández, Marino - 4/10/84 - Voto del doctor Arslanián).

En definitiva, si debieramos concluir algo respecto de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en la última dictadura militar y la actuación jurisdiccional, es que lo que no ha sido posible de cumplir es el "juzgamiento" y quizás debieramos concluir con más verdad que lo que hay son "cosas no juzgadas" más que "cosa juzgada".

No hay cosa juzgada sin debido proceso.-

El instituto jurídico de la cosa juzgada constituye una garantía judicial estrechamente enlazada con el principio del "ne bis in idem", pero su análisis no puede ser elemental, formal, superficial y automático sino fruto de examen sustancial y de fondo, debidamente tamizado por el filtro de las pautas internacionales en materia de justicia establecidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, la validez de la cosa juzgada está subordinada y condicionada al cumplimiento de los requisitos y a la observancia de los estándares sobre el debido proceso o proceso justo. De tal suerte, que la intangibilidad de la cosa juzgada está condicionada a que la decisión judicial a la que se quiere atribuir tal cualidad sea el resultado de un proceso ante un tribunal independiente, imparcial y competente y de un procedimiento con la observancia de las garantías judiciales. (Cfr. Amnistía Internacional abril 2003 - AMR 13-04-2003).

Germán Bidart Campos, en éste mismo sentido tiene escrito que de acuerdo al "derecho judicial derivado de la jurisprudencia de la Corte, las formas regulares y básicas del debido proceso son condiciones indispensables para que la sentencia que se dicta en juicio goce de la inmutabilidad y el efecto de la cosa juzgada. Cuando no se ha respetado el debido proceso, o en el proceso se ha incurrido en dolo o estafa procesales, la sentencia queda destituida de la fuerza y la eficacia de la cosa juzgada." (Cfr. "Tratado elemental de derecho constitucional argentino." Tomo 1 El derecho constitucional de la libertad Ediciones EDIAR, Buenos Aires 1992, pág. 468.)

La necesaria e ineludible subordinación que debe darse entre el instituto de la cosa juzgada con el principio del debido proceso, ha sido claramente desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Caso Castillo Petruzzi y otros c/Perú":

"Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. Los actos procesales corresponden al género de los actos jurídicos, y por ello se encuentran sujetos a las reglas que determinan la aparición y los efectos de aquéllos. Por ende, cada acto debe ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzca efectos de este carácter. Si ello no ocurre, el acto carecerá de esa validez y no producirá tales efectos. La validez de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la validez del conjunto, puesto que en éste cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más. La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada... Si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no

subsistirá. Carecerá de su soporte necesario: un proceso realizado conforme a Derecho. Es bien conocida la figura de la reposición del procedimiento, que acarrea la invalidación de diversos actos y la repetición de las actuaciones a partir de aquélla en que se cometió la violación que determina dicha invalidación. Esto implica, en su caso, que se dicte nueva sentencia. La validez del proceso es condición de la validez de la sentencia." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú, párrafos 218 y 219. 95)

No está demás decir que el concepto de debido proceso o proceso justo esta integrado por las garantías básicas prescritas por el derecho internacional, y en particular por la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículos 10 y 11), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII, XXV y XXVI), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 8).-

"Ne bis in idem" y cosa juzgada según criterios modernos de derecho penal internacional.-

También en el ámbito del moderno derecho penal internacional se ha abordado la cuestión vinculada a las garantías del "ne bis in idem" y cosa juzgada cuando se encuentran en juego la investigación de crímenes de lesa humanidad.

Así, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas tiene dicho que si bien el derecho internacional no obliga a los Estados a reconocer las sentencias dictadas en un Estado extranjero, si una persona ha sido debidamente juzgada, declarada culpable y sancionada con un castigo proporcional al crimen no debería ser objeto de una doble sanción, lo que "rebasaría las exigencias de la justicia" por lo que debería reconocerse la vigencia del principio "ne bis in idem".

Ahora bien, desde la concepción expuesta por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, la vigencia del "ne bis in idem" no lo es de una manera absoluta. En efecto, la Comisión consideró que tal principio no puede invocarse en el ámbito del derecho penal internacional, cuando el autor de un crimen contra la humanidad no ha sido debidamente juzgado o castigado por ese mismo crimen, la justicia no ha obrado de manera independiente e imparcial o el proceso tenía como fin exonerar de responsabilidad penal internacional a la persona. (Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones ? 6 de mayo a 26 de Julio de 1996, documento de las Naciones Unidas Suplemento No. 10 (A/51/10), pág. 72.).

En esta misma inteligencia se sentaron las bases del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Estatuto de la Corte Penal Internacional que en el párrafo 3 del artículo 20 establece:

"La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crimen de guerra) a menos que el proceso en el otro tribunal:

- I.- Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad por crímenes de la competencia de la Corte; o
- II.- No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia." (Cfr. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

En este punto, hemos destacado en otro decisorio la claridad conceptual expuesta por la querrela representada por la doctora Carolina Varsky, aquí reiteramos su acertado concepto: "no puede hablarse de doble juzgamiento o ne bis in idem, en tanto no se trata de personas a quienes se los pretende juzgar por hechos que ya han sido juzgados, sino que se trata de reasumir la pretensión punitiva en una misma causa y expediente, respecto de personas que venían siendo juzgadas en la misma causa. Por lo tanto, el planteo que respondemos presenta las siguientes alternativas: los imputados serán juzgados una única vez, o no serán juzgados nunca, pero en ningún caso serán juzgados dos veces (que es lo que prohíbe la garantía de prohibición de doble juzgamiento o ne bis in idem)".-

VII) Conclusiones finales.-

Reproduzco en lo pertinente y a manera de conclusión, algunas reflexiones finales ya expuestas.

El gobierno de facto que arrebató el poder en el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, se atribuyó la suma del poder público, se arrogó facultades extraordinarias y en el ejercicio de estos poderes ilegales e ilegítimos, ensayó un terrorismo de Estado sin antecedentes que se manifestó en una práctica sistemática de graves violaciones a los derechos humanos.

Frente a esa realidad, nuestra historia nos demuestra que, en lugar de haberse brindado una respuesta jurisdiccional a tal usurpación del poder y ejercicio violatorio de principios humanos elementales, el Estado sólo supo, pudo o quiso darle leyes de amnistía e impunidad o indultos clausurando la vía judicial.

Ahora bien, los indultos dispuestos por los decretos nros. 1002/89 y 2746/90 al igual que las Leyes 23.492 -de Punto Final- y la 23.521 -de Obediencia Debida- han constituido -más allá de vulnerar normativa interna- una violación a las obligaciones internacionales del Estado argentino, concretamente a sus obligaciones de investigar las graves violaciones a los derechos humanos, procesar, sancionar a los responsables de tales actos y garantizar el derecho a un recurso efectivo a las víctimas de esos graves crímenes y sus familiares. Asimismo, los indultos han generado decisiones judiciales que consolidaron la consagración de la impunidad en el país y acentuaron como única certeza a estos años oscuros, la falta de sanción y persecución de los responsables de hechos aberrantes.

Al inicio de esta resolución dijimos que el terrorismo de Estado era la forma más grave de terrorismo conocida. Ante el hecho delictivo más grave, debió surgir el castigo más ejemplar. Por el contrario, se consolidó una construcción de impunidad de excepción y la solución judicial que desenmarañe el laberinto de impunidad también será de excepción.

En este panorama, éste magistrado en tanto integrante de uno de los Poderes del Estado, tiene la obligación de realizar con los instrumentos al alcance, habiéndosele habilitado el control de constitucionalidad por planteo de parte y en el marco de su competencia, todo cuanto sea posible a efectos de poner fin a la violación de los deberes internacionales del Estado circunstancia que, en el caso concreto, me conduce a la declaración de inconstitucionalidad de los decretos mencionados en lo atinente a estas actuaciones, desconociéndole efectos jurídicos a resoluciones judiciales dictadas en consecuencia que, por estar fundadas en normas inválidas, no pueden otorgar efectos válidos.-

En definitiva, de conformidad al planteo formulado por los Sres. Fiscales, doctores Eduardo Freiler y Federico Delgado, cuanto por la querrela que representa el doctor Ramón Torres Molina y demás querrelas adherentes,

RESUELVO:

I) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de los decretos de indulto nros. 1002/89 y 2746/90 en todo cuanto fuera objeto de aplicación en la presente causa. (Artículos 16, 18, 29, 31, 75 inc. 22 (ex-67 inc.19), 99 inc. 5 (ex-86 inc. 6), 109 (ex-art. 95), 116 (ex-100) y 118 (ex102) todos ellos de la Constitución Nacional).-

II) PRIVAR DE EFECTOS en estas actuaciones a la totalidad de los actos y resoluciones dictados en consecuencia de los decretos nros. 1002/89 y 2746/90.-

III) RETROTRAER las situaciones procesales de Juan Bautista SASIAIÑ, José MONTES, Andrés FERRERO, Adolfo SIGWALD, Jorge Carlos OLIVERA ROVERE y Carlos Guillermo SUÁREZ MASON a aquellas en que se encontraban al tiempo del dictado de dichos decretos, debiendo ordenarse en los principales las DETENCIONES a que hubiere lugar.-
Tómese razón y notifíquese a quien corresponda.-

Ante mí:

En notifiqué al Sr. Fiscal Federal y firmó, DOY FE.-

En la fecha se cumplio con lo ordenado. CONSTE.-

[ir arriba](#)