

Cámara Nacional de Casación Penal
Causas Nro. 5920 -Sala II-"Mazzeo, Julio L. y otros s/ rec. de casación e
inconstitucionalidad"
REGISTRO Nro.: 9008

[...]

CONSIDERANDO:

1°) Que la Sala I de Cámara Federal de Apelaciones de San Martín revocó el auto de fs. 40/53 del "incidente de inconstitucionalidad del decreto n° 1002/89" por el cual el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 2 de San Martín resolvió "declarar la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, que indultó a Santiago Omar Riveros y en todo en cuanto fuere objeto de aplicación en la presente causa" y "privar de efectos en las actuaciones principales y casos conexos a la totalidad de actos y resoluciones dictados en consecuencia del decreto 1002/89".

Contra dicha decisión la querella interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad a fs. 1/21, que fue concedido por el a quo a fs. 32 y vta..

2°) a) El incidente de inconstitucionalidad citado se origina con la presentación de los querellantes de fs. 1/5 vta., donde se planteó la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 por el que se indultó a Santiago Omar Riveros.

[...]

b) El 10 de octubre de 1989 fue publicado el decreto 1002/89 cuyo artículo 1° dispone indultar "a las personas comprendidas en el anexo que forma parte integrante del presente, con referencia a las causas que en cada caso se indica". Allí se menciona la causa n° 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, "Riveros, Santiago Omar s/privación ilegal de la libertad, etc." en relación al "Grl. Div. (R.) Santiago Omar Riveros, M.I. 3.083.907" (cfr. anexo del citado decreto).

El mencionado decreto fundamenta en sus considerandos la necesidad de reconciliación entre los argentinos y que el dictado de la norma se encuentra fundamentado "en uso de las atribuciones conferidas por el art. 86, inc. 6 de la Constitución Nacional" -actual artículo 99, inc. 5°-.

c) La reforma constitucional de 1994 introdujo de manera expresa el criterio ya anticipado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los leading cases de Fallos: 315:1492 y 317:1282, respecto a que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes" (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

En el marco de esta reforma se acordó jerarquía constitucional a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; los cuales "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (art. 75, inc. 22 de la C.N.).

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7), proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes estableció que a los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia (art. 1°). Asimismo, reconoció la obligación de todo Estado Parte de tomar "medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción" (art. 2.1), agregando que "en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura" (art. 2.2) y que "no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura" (art. 2.3). Por otro lado, la mencionada Convención establece que "todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad" (art. 4.2) y que "dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos" de tortura a los que se refiere el art. 4 de la Convención "en los siguientes casos: a) cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado". El artículo 7.1 obliga al "Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición", "a someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento", añadiendo que "dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado" (art. 7.2).

Por ley 25.778 se acordó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad - incorporada con anterioridad a nuestro derecho interno a través de la ley 24.584-.

La ley 25.390 promulgada el 8 de enero de 2001 incorporó a nuestro derecho interno el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, en cuyo preámbulo se afirma que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional

para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia"; asimismo, se expresa la decisión de "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes".

El art. 7 del mencionado Estatuto precisa aquellas conductas comprendidas dentro del concepto delitos de "lesa humanidad", incluyendo a los siguientes: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Por otra parte, el artículo 20 del Estatuto de Roma ordena que: "1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. 2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto. 3. 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 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) 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.

d.1) Analizadas las normas en cuestión desde la perspectiva temporal en que la defensa apoya su agravio, el decreto 1002 por el que se indultó a Santiago Omar Riveros con fundamento en el art. 86, inc. 6° de la Constitución Nacional -actual art. 99 inc. 5°- fue emitido en el año 1989, es decir con anterioridad al reconocimiento de la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

d.2) En lo que respecta a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, recientemente la Corte Europea de Derechos Humanos con fecha 17 de enero de 2006 en el caso "Kolk and Kislyiy v. Estonia" ha resuelto que: "No viola el principio de irretroactividad de la ley, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad cometidos en 1949 aunque ellos, al momento de ser perpetrados, no estaban legislados por las leyes del estado bajo el cual fueron cometidos".

En el caso se trataba de delitos de deportación forzada cuando Estonia estaba bajo la soberanía soviética y había perdido su independencia por el tratado de no agresión entre Alemania y la U.R.S.S..

En dicha causa la defensa de los acusados planteó que al tiempo de la comisión de los actos, la ley aplicable era el Código Penal de 1946 de la Unión Soviética que no sancionaba los crímenes de lesa humanidad y que recién esos delitos fueron objeto de pena en las reformas al Código Penal de Estonia de 1992.

La Corte Europea señaló específicamente que los delitos de lesa humanidad ya fueron objeto de la resolución 2.391 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 26 de noviembre de 1968, que adoptó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Naciones Unidas, Tratados 754), vigente desde el 11 de noviembre de 1970. También dijo la Corte que los delitos de desaparición forzada de personas ya habían sido reconocidos como delitos de lesa humanidad en la Carta del Tribunal de Nüremberg de 1945, artículo 6° (c).

Estos principios fueron confirmados *inter alia* por la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1946 y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional.

El Tribunal Europeo añadió que "como expresamente lo establece el artículo I (b) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad no hay prescripción admisible independientemente de la fecha de comisión ya sea que se hubiesen cometido en tiempo de guerra o de paz".

La Corte Europea reiteró que el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales expresamente establece que no se obstaculizará el juicio y la condena de una persona, por cualquier acto u omisión que al tiempo de su comisión constituía delito de acuerdo a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Además reconoció que si bien la interpretación y aplicación de las leyes domésticas caen en principio en jurisdicción de las cortes nacionales, la función de la Corte Europea de Derechos Humanos se reduce a determinar si los efectos de tales interpretaciones son compatibles con la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Este fallo muestra acabadamente que si los actos objeto del indulto incluyen delitos de lesa humanidad no hay limitaciones a su juzgamiento en tiempo y espacio ni tampoco pueden administrarse indultos o leyes de prescripción que impidan su juzgamiento y condena.

En este sentido, también ha marcado la relevancia en la vigencia cronológica de estos principios internacionales, de la Carta del Tribunal Internacional de Nüremberg anexo a los acuerdos de Londres del 8 de agosto de 1945; la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1946; los principios 4° y 6° de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y finalmente la Convención ya mencionada sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad adoptada por el Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución n° 2.391 del 26 de noviembre de 1968.

Ese marco jurídico es de aplicación directa al caso de autos. Como se verá (en especial infra "d.4" y "g" de este considerando), nuestro país desde la Constitución misma de 1853 y los códigos penales vigentes siempre incorporó en su legislación los principios fundamentales de derecho internacional y normas penales específicas bajo los cuales se sancionan los delitos de lesa humanidad. Además, mientras Estonia ratificó la Convención el día 21 de octubre de 1991, la República Argentina lo hizo el 29 de noviembre de 1995 mediante la publicación en el Boletín Oficial de la Ley 24.584 - como se señalara ut supra-. El decreto 579/03 -fechado el 8 de agosto de 2003- estableció en su Artículo 1º: "Dispónese adherir a la 'Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad', aprobada por la ley 24.584"; y la ley 25.778 -B.O. del 3 de septiembre de 2003- le otorgó jerarquía constitucional.

d.3) Cabe resaltar que el decreto en cuestión fue dictado con posterioridad a la aprobación de nuestro país de algunos de los pactos internacionales más arriba citados. Ellos son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054, B.O. del 27/03/1984), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes (ley 23.338, B.O. del 26/02/1987) y la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (decreto-ley 6286/56, B.O. del 25/04/1956; ratificado por ley 14.467).

Sobre el punto, basta recordar lo sostenido por el Alto Tribunal en autos "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros" (Fallos: 315:1492), en el sentido de que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980 confiere primacía al derecho convencional internacional sobre el derecho interno, al tiempo que manifestó que la necesaria aplicación del art. 27 de la referida Convención impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria. En esa oportunidad también se afirmó que el Pacto de San José de Costa Rica, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país, es ley suprema de la Nación conforme al art. 31 de la Constitución Nacional.

En este sentido la Corte Suprema ha dicho in re: "Simón, Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa n° 17.768-", resuelta el 14 de junio de 2005, que "imperara en la jurisprudencia de esta Corte el llamado criterio del 'derecho único'. Tesis correcta, desde que su contraria, o sea, la llamada del 'doble derecho', según la cual la norma internacional obliga al Estado pero no constituye derecho interno, es hoy casi unánimemente rechazada por los internacionalistas, políticamente ha sido empleada para impedir la vigencia de Derechos Humanos en poblaciones coloniales, y lógicamente resulta aberrante, desde que siempre que hubiera contradicción entre el derecho interno y el internacional, obliga a los jueces a incurrir en un injusto (de derecho interno si aplica el internacional o de este último si aplica el interno). Dicho en otras palabras, los jueces, ante un supuesto de contradicción, conforme a la tesis contraria a la sostenida por esta Corte, deben optar entre el prevaricato o la complicidad en un injusto internacional del Estado (cfr. considerando 13 del voto del doctor Zaffaroni).

Asimismo afirmó -si bien en referencia a las leyes 23.492 y 23.591 pero con un razonamiento perfectamente aplicable a la problemática planteada con relación al

decreto 1002/89- que "no vale para el caso argumentar sobre la base de que la Convención Americana no estaba vigente al momento de los crímenes a cuyo juzgamiento obstan las leyes 23.492 y 23.521. Cualquiera sea el nomen juris y la verdadera naturaleza jurídica de estas leyes, lo cierto es que el principio de legalidad penal es amplio, pero no ampara la eventual posibilidad de que el agente de un delito sea amnistiado o beneficiado con cualquier otra cancelación de tipicidad o impedimento de procedibilidad en alguna ley sancionada en el futuro. Lo cierto es que la Convención Americana fue ratificada en 1984 y en el mismo año se reconoció la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, que la sanción de esas leyes es claramente posterior a la ratificación de la Convención y, por ende, cualquiera sea el juicio que éstas merezcan, de conformidad con el criterio jurisprudencial mencionado, son actos prohibidos por la Convención. El ilícito internacional -del que sólo puede ser responsable el Estado argentino- lo constituyen las leyes sancionadas con posterioridad a esa ratificación" (cfr. considerando 26 del voto del doctor Zaffaroni en la causa "Simón", ya citada).

En la misma inteligencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe 28/92 (casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 -Argentina-, 2 de octubre de 1992), concluyó que "las Leyes Nº 23.492 y Nº 23.521 y el Decreto Nº 1002/89 son incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", al tiempo que recomendó "al Gobierno de Argentina la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar".

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

[...]

g) Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como nuestro más Alto Tribunal han destacado la importancia de la evolución del derecho de gentes para un sistema de protección de los derechos humanos que demanda el efectivo compromiso con esa tutela de cada uno de los Estados y de la comunidad de naciones en su conjunto.

En la causa "Simón" -de anterior cita- el Alto Tribunal sostuvo que "en estos casos en que queda comprometida la dignidad humana de las personas -sometidas a persecuciones provenientes de una organización criminal sustentada en la estructura estatal- corresponde atender a una interpretación dinámica de dicha cláusula constitucional para responder -en el estado de avance cultural actual- a los requerimientos de un debido castigo para aquéllos que cometen crímenes contra el delito de gentes (conf. arg. Fallos: 322:2735, considerandos 6º y 9º y 315:952, considerando 3º). A la luz de lo expresado, corresponde concluir que la Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de ese derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente con el consiguiente deber de su aplicación correspondiente por los tribunales respecto a los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción. Por consiguiente, a la fecha de la institución de los principios

constitucionales de nuestro país el legislador lo consideraba como preexistente y necesario para el desarrollo de la función judicial .. Que la existencia de esta regla de conducta entre las naciones y la conformación de un derecho de gentes aplicable también para la protección de los derechos humanos individuales se vislumbra en Juan B. Alberdi en cuanto señalaba que ‘el derecho internacional de la guerra como el de la paz, no es...el derecho de los beligerantes; sino el derecho común y general del mundo no beligerante, con respecto a ese desorden que se llama la guerra, y a esos culpables, que se llaman beligerantes; como el derecho penal ordinario no es el derecho de los delincuentes, sino el derecho de la sociedad contra los delincuentes que la ofenden en la persona de uno de sus miembros. Si la soberanía del género humano no tiene un brazo y un poder constituido para ejercer y aplicar su derecho a los Estados culpables que la ofenden en la persona de uno de sus miembros, no por eso deja ella de ser una voluntad viva y palpitante, como la soberanía del pueblo que ha existido como derecho humano antes que ningún pueblo la hubiese proclamado, constituido y ejercido por leyes expresas’ (Juan B. Alberdi, El crimen de la guerra, cap. II, n° IX pub. en Obras Selectas -edición de Joaquín V. González-, Buenos Aires, Lib. La Facultad, 1920, T. XVI, pág. 48). Asimismo Alberdi hacía hincapié en la necesaria vinculación entre el derecho interno y las normas del derecho internacional humanitario en cuanto puntualizaba que ‘el derecho de gentes no será otra cosa que el desorden y la iniquidad constituidos en organización permanente del género humano, en tanto que repose en otras bases que las del derecho interno de cada Estado. Pero la organización del derecho interno de un Estado es el resultado de la existencia de ese Estado, es decir, de una sociedad de hombres gobernados por una legislación y un gobierno común, que son su obra. Es preciso que las naciones de que se compone la Humanidad formen una especie de sociedad o de unidad, para que esa unión se haga capaz de una legislación o de un gobierno más o menos común’ (ob. cit. pág. 190) ... Que, asimismo, este Tribunal ha reconocido en diversas ocasiones la importancia de esta incorporación del derecho de gentes al sistema institucional de nuestro país que no queda limitado, pues, a la exclusiva consideración de las normas locales y que se encuentra, por el contrario, interrelacionado con este sistema de convivencia general de las naciones entre sí que supone, en definitiva, la protección de derechos humanos básicos contra delitos que agravan a todo el género humano. Importaba, en resumidas cuentas, el reconocimiento declarativo de la existencia de ese conjunto de valores superiores a las que debían subordinarse las naciones por su mera incorporación a la comunidad internacional -ver, en diversos contextos, los precedentes de Fallos: 2:46; 19: 108; 62:60; 98:338; 107:395; 194:415; 211:162; 238:198; 240: 93; 244:255; 281:69; 284:28; 311:327; 312:197; 316:965; 318: 108; 319:2886; 322:1905; 323:2418; 324:2885-" (cfr. considerandos 41, 42 y 43 del voto del doctor Maqueda).

[...]

Se advierte así, el valor que representa y representó, ya al menos desde las enseñanzas de los maestros iniciadores del moderno derecho internacional y de gentes, la idea de un derecho indisponible común a todos los pueblos del mundo. Y si se repara en el estado actual que transitan los sistemas de protección de los derechos humanos, aparece como notorio el movimiento evolutivo que acompaña al derecho de gentes.

Esta visión universalista de determinados derechos, requiere del efectivo funcionamiento del principio del ius cogens que el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados recoge en estos términos: "Es nulo todo tratado que, en

el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

Cabe destacar que la plataforma histórica que originó el necesario desarrollo y evolución del derecho de gentes y su vinculación al principio del *ius cogens*, no difiere en lo sustancial con aquélla respecto de la cual se pretende aplicar el decreto 1002/89. En efecto, el detonante es, más allá de los contextos históricos, la socavación de los derechos y libertades fundamentales del hombre, constitutiva de atentados contra la humanidad, lograda generalmente a partir del abuso de la estructura y la fuerza de poder estatal.

Resulta oportuno resaltar aquí lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva n° 18 a la que antes se hizo referencia, respecto a que "el hecho de que los conceptos tanto del *ius cogens* como de las obligaciones (y derechos) *erga omnes* ya integran el universo conceptual del Derecho Internacional es revelador de la alentadora y necesaria apertura de este último, en las últimas décadas, a determinados valores superiores y fundamentales. Hay que impulsar esta significativa evolución de la consagración de las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* de protección, buscando asegurar su plena aplicación práctica, en beneficio de todos los seres humanos. Sólo así rescataremos la visión universalista de los fundadores del derecho de gentes, y nos aproximaremos de la plenitud de la protección internacional de los derechos inherentes a la persona humana. Estas nuevas concepciones se imponen en nuestros días, y, de su fiel observancia, a mi juicio, dependerá en gran parte la evolución futura del presente dominio de protección de la persona humana, así como, en última instancia, del propio Derecho Internacional como un todo" (cfr. párrafo 86 del voto del juez Cançado Trindade).

El reconocimiento de la necesidad de tutelar a la humanidad frente a las calamidades que provocan la guerra y el ejercicio irracional del poder no representa un concepto nuevo. Ya los flagelos de las guerras del Siglo XIX generaron las primeras preocupaciones para atenuar los padecimientos del género humano. La Declaración de San Petersburgo de 1868 considerando "que los progresos de la civilización deben tener por efecto atenuar en cuanto sea posible las calamidades de la guerra" proscribió el uso de determinadas armas en el entendimiento de que "agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable" y que por tanto su uso sería "contrario a las leyes de la humanidad". Luego siguió el Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre que introdujo en su preámbulo la denominada cláusula Martens -Fiódor Fiódorovich Martens fue delegado de la representación Rusa en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899- según la cual "... las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública"(cfr. Convención de La Haya sobre Leyes y

Costumbre de la Guerra Terrestre del 29 de julio de 1899, incorporada a nuestro derecho interno mediante ley 5082)

La Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia calificaron la masacre armenia llevada adelante por el gobierno turco como "crímenes contra la humanidad y la civilización". La Comisión de la Conferencia de Paz de 1919 interpretó que los crímenes contra la humanidad incluían asesinatos, masacres, terrorismo sistemático, matanza de rehenes, torturas de civiles, inanición deliberada de civiles, violación, abducción de mujeres y niñas para su sometimiento a prostitución forzosa, deportación de civiles, internamiento de civiles bajo condiciones inhumanas, trabajos forzosos de civiles en conexión con las operaciones militares del enemigo y bombardeo deliberado de hospitales y lugares indefensos.

La Carta del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 1945, en su artículo 6°, establece los alcances de la jurisdicción del Tribunal, que comprende a) la comisión de crímenes contra la paz, b) la comisión de crímenes de guerra y c) la comisión de delitos contra la humanidad, tales como el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación u otros actos inhumanos cometidos antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos en la ejecución de o en conexión con cualquier otro crimen atribuible a la jurisdicción del Tribunal, ya sea que hayan sido cometidos o no en violación a las leyes internas del país donde se perpetraron.

Las cuatro convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 ratificadas por nuestra República mediante ley 14.467 establecen, en sus respectivos artículos 3°, que "en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto".

En sintonía con los convenios antes citados, el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, creado por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, establece en su art. 2° que "se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un

grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal: a) Asesinato de miembros del grupo; b) Graves atentados contra la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial; d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslados forzosos de niños del grupo a otro grupo" y que "serán castigados los siguientes actos: a) El genocidio; b) La colaboración para la comisión de genocidio; c) La incitación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio". Asimismo en el artículo 3° se define a los crímenes de lesa humanidad como aquéllos que "han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos".

En similares términos el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó mediante la Resolución 827, del 25 de mayo de 1993, el Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991 (cfr. arts. 4° y 5° del mencionado Estatuto).

Como se advierte, más allá del nomen iuris del que en diferentes oportunidades se ha valido la comunidad internacional para calificar las significativas aberraciones sufridas por el género humano, como consecuencia de una desnaturalización del ejercicio del poder, esa terminología ha procurado condenar ex post facto situaciones cuya característica común es el cruento padecimiento de la humanidad, en sus formas más perversas, a manos de sus semejantes.

Esa terminología no engloba nuevos derechos fundamentales, ni le acuerda a la persona nuevos atributos elementales, algo que por cierto no podría emanar de ninguna positivación, sino más bien ha procurado identificar los graves ultrajes a la humanidad, en ocasiones con miras preventivas y en otras procurando también a través de procesos dotados de las debidas garantías la investigación judicial de los hechos, que permita conocer la verdad a las víctimas, sus familiares y a la sociedad toda y atribuir las responsabilidades que correspondan.

En este sentido, el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 -ley 25.390- ha procurado instaurar medidas tendientes a que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" "no queden sin castigo", de manera de "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes".

Al respecto también nuestro Alto Tribunal ha dicho, en una causa originada por hechos similares a los de la presente, que "la descripción jurídica de estos ilícitos contiene elementos comunes de los diversos tipos penales descriptos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como 'crímenes contra la humanidad' porque 1- afectan a la persona como integrante de la 'humanidad', contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2- son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer el dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado. El

primer elemento pone de manifiesto que se agrede la vida y la dignidad de la persona, en cuanto a su pertenencia al género humano, afectando aquellos bienes que constituyen la base de la coexistencia social civilizada"... "El segundo aspecto requiere que la acción no provenga de otro individuo aislado, sino de la acción concertada de un grupo estatal o de similares características que se propone la represión ilícita de otro grupo, mediante la desaparición física de quienes lo integran o la aplicación de tormentos. No se juzga la diferencia de ideas, o las distintas ideologías, sino la extrema desnaturalización de los principios básicos que dan origen a la organización republicana de gobierno. No se juzga el abuso o el exceso en la persecución de un objetivo loable, ya que es ilícito tanto el propósito de hacer desaparecer a miles de personas que piensan diferente, como los medios utilizados que consisten en la aniquilación física, la tortura y el secuestro configurando un 'terrorismo de estado' que ninguna sociedad civilizada puede admitir. No se juzga una decisión de la sociedad adoptada democráticamente, sino una planificación secreta y medios clandestinos que sólo se conocen muchos años después de su aplicación. No se trata de juzgar la capacidad del Estado de reprimir los delitos o de preservarse a sí mismo frente a quienes pretenden desestabilizar las instituciones, sino de censurar con todo vigor los casos en que grupos que detentan el poder estatal actúan de modo ilícito, fuera del ordenamiento jurídico o cobijando esos actos con una ley que sólo tiene la apariencia de tal. Por ello, es característico de esos delitos el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad (cfr. causa "Simón, Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa n° 17.768-", resuelta el 14 de junio de 2005, voto del doctor Lorenzetti -considerando 13°-).

El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia sostuvo que: "Generalmente se reconoce que los crímenes contra la humanidad constituyen graves violaciones que shoquean la conciencia colectiva. El libelo que contenía los cargos contra los acusados ante el Tribunal de Nüremberg especificó que los crímenes contra la humanidad constituían rupturas de las convenciones internacionales, del derecho interno, y de los principios generales de derecho penal que derivan del derecho penal de todas las naciones civilizadas. El Secretario General de las Naciones Unidas en su reporte proponiendo el Estatuto para el Tribunal Internacional, considero que 'los crímenes contra la humanidad comprenden actos inhumanos de gravedad extrema, tales como el homicidio, la tortura, la violación, cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil por motivos nacionales, políticos étnicos, raciales o religiosos' (S/25704 parágrafo 48). En 1994 la Comisión de Derecho Internacional afirmó que 'la definición de crímenes contra la humanidad comprende actos inhumanos de carácter muy serio que involucran violaciones generalizadas o sistemáticas dirigidas contra la población civil en todo o en parte (Reporte de la Comisión de Derecho Internacional 1994, Suplemento n° 19 -49/10, comentario al proyecto de estatuto para una Corte Penal Internacional, art. 20 parágrafo 149). Los crímenes contra la humanidad son actos serios de violencia que dañan a los seres humanos privándolos de lo que es más esencial para ellos: su vida, libertad, bienestar psíquico, salud y/o dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites tolerables por la comunidad internacional, que forzosamente debe exigir su castigo. Pero los crímenes contra la humanidad también trascienden al individuo porque cuando el individuo es lesionado, la humanidad es atacada y anulada. Es por tanto el concepto de humanidad como víctima el que caracteriza los crímenes contra la humanidad" (cfr. Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia -Cámara de

Juicio- caso "Grazen Erdemovic", sentencia del 29 de noviembre de 1996, párrafos 27 y 28).

En el presente caso traído a la instancia casatoria por los querellantes, no aparece controvertido que los hechos que se pretenden investigar encuadran en afecciones fundamentales a la persona calificables como de "lesa humanidad".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al decidir en el caso "Barrios Altos" señaló que "La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú" (sentencia del 14 de marzo de 2001, párrafos 43 y 44).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de anterior cita ha dicho que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención (párrafo 48).

Cabe señalar que el derecho a la verdad y a la tutela judicial efectiva no nacen de una creación pretoriana ni de derechos creados con posterioridad a la comisión de los hechos, sino de un reconocimiento por su calidad de inherentes al hombre, que llevan insitos por tanto el deber del Estado de proveer a su efectiva realización.

El impedimento instrumentado a través del decreto 1002/89, para la efectiva investigación y dilucidación de responsabilidades por los hechos que dieron origen a la causa n° 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, caratulada "Riveros, Santiago Omar s/privación ilegal de la libertad, etc.", colisiona de manera manifiesta y frontal con los derechos expresados en los artículos 1, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desde la perspectiva que se viene exponiendo, resulta evidente que el decreto 1002/89 no constituye un ejercicio razonable de la atribución constitucional en la que pretendió sustentarse jurídicamente.

Esta colisión frontal, al comprometer en primer lugar atributos esenciales del ser humano y luego la responsabilidad del Estado asumida a través de compromisos internacionales, privan de eficacia al decreto en cuestión y por lo tanto conllevan inexorablemente a declarar su inconstitucionalidad.

h) La defensa alegó que el indulto dictado en favor de su asistido pasó en autoridad de cosa juzgada en tanto a "fs. 1533 el 10 de noviembre de 1989 la Excma. Cámara con la conformidad del Fiscal de la Alzada no hizo lugar a la inconstitucionalidad del referido decreto y sobreseyó definitivamente en la causa y respecto de Santiago Omar Riveros", decisión que luego fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia la Nación al declarar mal concedido el recurso extraordinario (fs. 20 y vta. del incidente de inconstitucionalidad). Agregó que la cosa juzgada comprende "todas las resoluciones firmes del proceso penal que resuelven en definitiva sobre la imputación con valor absolutorio o condenatorio, aunque se trate de la aceptación de una causa extintiva" (fs. 23 del incidente de inconstitucionalidad).

[...]

Nuevamente aquí emerge una colisión que a juicio de esta Sala debe ser resuelta en favor de los derechos que tutelan atributos fundamentales de la persona tales como los receptados en los arts. 1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A mayor abundamiento se ha dicho por destacados tratadistas del Derecho Humanitario que: "la caracterización de ciertos crímenes como parte del *ius-cogens* genera sobre los Estados la obligación 'erga omnes' de garantizar la no impunidad de los perpetradores de estos delitos" (cfr. M. Cherif Bassiouni, *op. cit.* pág. 141 -traducción libre-).

La cámara a quo ha examinado la cuestión exclusivamente desde la perspectiva de aquél que se beneficia por el impedimento de la investigación de los hechos, omitiendo considerar también los efectos sobre aquéllos a quienes impacta el impedimento, pero de manera negativa.

Un análisis de la cuestión desde una perspectiva compleja conlleva a un resultado distinto al arribado en la instancia anterior.

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

El decreto 1002/89 no tuvo la consecuencia de dejar sin efecto una pena impuesta por un órgano jurisdiccional, ni tampoco su conmutación, sino la inhibición de la actividad jurisdiccional de la justicia penal por hechos sujetos a su conocimiento. Vale decir, que

el tribunal competente se vio impedido por la norma de mención de llevar adelante la misión de justicia atribuida por el ordenamiento normativo.

Así las cosas, la solución que mejor realiza el valor justicia, resulta de acordar a víctimas, familiares y sociedad, el acceso a la jurisdicción a los efectos de que se investiguen los graves hechos -calificados de lesa humanidad- que motivaron las actuaciones, garantizando a las partes sometidas a esa jurisdicción, como en todo proceso, el pleno respeto de sus derechos constitucionales para que en esas condiciones se establezcan las responsabilidades penales que puedan corresponder.

En este sentido se ha dicho que "la impunidad de los criminales niega a las víctimas su derecho a saber, a la justicia y a la reparación. La impunidad también destruye familias y deteriora la esencia de la sociedad en si misma. Como los más perversos efectos, la impunidad envenena la memoria colectiva de un grupo, alimenta la venganza e induce al pueblo a repetir sus trágicos errores del pasado. La represión y negación de estos solo llevan a repetir las atrocidades pasadas en el presente y en el futuro. Justicia significa reconocimiento de que las atrocidades del pasado efectivamente ocurrieron. Significa, reconocer los derechos de las víctimas a testificar públicamente frente a un tribunal, el castigo de los responsables y la compensación por los daños sufridos por las víctimas. Al proponer la eliminación de algunas limitaciones entre consideraciones legales, éticas y políticas, también es de mi opinión que debemos hacer más fuertes las discusiones entre la justicia y la impunidad las que se mantienen incompatibles como la verdad y la deshonestidad. La impunidad termina cuando los autores y los líderes políticos asumen sus responsabilidades individuales por aquello que han hecho y por lo que no previnieron" (Odio Benitez, Elizabeth, "Justice For Peace: No to Impunity" en "Reigning in impunity..." op. cit. pág. 150).

Esta decisión, es a juicio de este Tribunal, la que mejor concilia los derechos que las partes intentan hacer valer.

Es dable destacar que la idea de justicia que esta decisión realiza, removiendo los impedimentos para el ejercicio de la actividad jurisdiccional, en el marco de la Constitución Nacional y las leyes, también encuentra consenso en instrumentos normativos del derecho internacional, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en las voces de la doctrina.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional -ley 25.390, promulgada el 8 de enero de 2001- en su art. 20. 3 dispone que "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 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) 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" (el resaltado nos pertenece).

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado "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" -el resaltado nos pertenece- (cfr. caso "Barrios Altos", más arriba citado, parágrafo 41).

Esta Sala ha afirmado recientemente in re: "Telleldín, Carlos Alberto y otros s/ recurso de casación", causa n° 5667, reg. n° 8621, rta. el 19 de mayo del corriente año, con cita del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia recaída en el mencionado caso "Barrios Altos", que: "La Corte ha sostenido que el Estado no puede invocar 'dificultades de orden interno' para sustraerse al deber de investigar los hechos con los que se contravino la Convención y sancionar a quienes resulten penalmente responsables de los mismos ... En la base de este razonamiento se halla la convicción, acogida en el Derecho internacional de los derechos humanos y en las más recientes expresiones del Derecho penal internacional, de que es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores -así como de otros participantes- constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales. Es así que debe proveerse a la segura y eficaz sanción nacional e internacional de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas, el genocidio, la tortura, determinados delitos de lesa humanidad y ciertas infracciones gravísimas del Derecho humanitario ... El sistema democrático reclama la intervención penal mínima del Estado, que lleva a la tipificación racional de conductas ilícitas, pero también requiere que determinadas conductas de suma gravedad sean invariablemente previstas en las normas punitivas, eficazmente investigadas y puntualmente sancionadas".

La Corte Interamericana reafirmó de manera elocuente esta postura en el caso "Myrna Mack Chang" en favor de la tutela judicial efectiva, comprensiva de la obligación del Estado de proteger a las personas de los actos ilícitos cometidos por sus agentes públicos y la de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los mismos, en una situación en la que ese derecho aparecía colisionando con un alegada seguridad nacional (cfr. CIDH caso "Myrna Mack Chang vs. Guatemala", sentencia del 25 de noviembre de 2003, parágrafo 181).

En esa ocasión también afirmó que "en relación con el proceso penal, es menester señalar que la Corte, al referirse a las garantías judiciales, también conocidas como garantías procesales, ha establecido que para que en un proceso existan verdaderamente dichas garantías, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial" (cfr. parágrafo 202).

Asimismo, observó que en el proceso abierto "contra los presuntos autores intelectuales de la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang, la defensa promovió una extensa serie de articulaciones y recursos (pedidos de amparo, inconstitucionalidad,

recusaciones, incidentes, incompetencias, nulidades, pedidos de acogerse a la Ley de Reconciliación Nacional, entre otros), que han impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural. Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos. A la luz de lo anteriormente dicho, la Corte considera que los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial. Esto conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones (cfr. párrafos 208, 209, 210 y 211). Así en consonancia con lo resuelto en el caso "Barrios Altos", sostuvo que es deber del Estado "remover todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que mantienen la impunidad" -el resaltado nos pertenece- (cfr. párrafo 277).

Institutos tales como la prescripción de la acción penal o la cosa juzgada en casos en los que paradójicamente se obstruyó el derecho de las víctimas, de sus familiares y de la sociedad a una tutela judicial efectiva, requieren para juzgar su validez, observar cuales son la consecuencias que generan.

La cosa juzgada, en el presente caso, constituye para Santiago Omar Riveros un beneficio que no es otro que la misma detracción de derechos fundamentales de otros sujetos, es decir que se puedan investigar las violaciones a atributos elementales de los seres humanos, determinar quienes fueron sus responsables y aplicar las sanciones que correspondan.

En consecuencia, no puede entenderse, como propone la cámara a quo, como "consolidada" y "jurídicamente irrevisable" una situación cuyo beneficio se pretende lograr a expensas de las más elementales expectativas que puede tener una persona y la sociedad como es la de acceder a una tutela judicial efectiva cuando se invoca la pretensión de investigar penalmente conductas que han lacerado a la propia humanidad.

Confrontados los intereses que asisten a las partes en cuestión, resulta claro que la pretensa cosa juzgada respecto a la validez del indulto -que en el caso implicó una decisión acerca de la posibilidad de indultar a una persona sin condena firme, lo que aquí no es materia de estudio-, no puede constituir un impedimento para la realización de los derechos reconocidos en los art. 1, 2, 8.1. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues esa es la manda preambular de afianzar la justicia que estamos llamados a realizar.

En mérito de lo expuesto, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal

RESUELVE:

I- RECHAZAR las nulidades impetradas por la defensa;

II- HACER LUGAR al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la querrela a fs. 1/21, sin costas, y en consecuencia DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del decreto 1002/89 por el que se indultó a Santiago Omar Riveros y REVOCAR la resolución obrante a fs. 22/30 vta., debiendo proseguirse con la sustanciación de la causa según su estado (arts. 470, 530 y cctes. del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del art. 400, primera parte del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 469, tercer párrafo del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo: Juan E. Fégoli, Pedro R. David, W. Gustavo Mitchell.
Ante mí: Fernando L. R. Poviña -Prosecretario de Cámara-.