

## Delitos De Lesa Humanidad Prision Preventiva Inaplicabilidad Artículo 7 Ley 24 390 Dos Por Uno Ultraactividad De La Ley Penal Mas Benigna

### JURISPRUDENCIA

### Delitos de lesa humanidad. Prisión preventiva. Inaplicabilidad

artículo 7 ley 24.390. Dos por uno. Ultraactividad de la ley penal más benigna Se rechaza el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado contra la resolución que rechazó el pedido de excarcelación. En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 24 días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la señora juez doctora Angela E. Ledesma, como Presidente, y los señores jueces doctores Alejandro W. Slokar y Ana María Figueroa, como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, M. Ximena Perichon, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Héctor Salvador Girbone en esta causa CFP 8223/2012/TO1/2/CFC3, caratulada: "Girbone, Héctor Salvador s/recurso de casación" del registro de esta Sala. Representa en la instancia al Ministerio Público Fiscal, el señor Fiscal General, doctor Raúl Ornar Pleé, y en favor del imputado Girbone, el defensor particular, doctor Guillermo J. Tiscornia. Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo, en primer término, la señora jueza doctora Ana María Figueroa y, en segundo y tercer lugar, los señores jueces Alejandro W. Slokar y Angela E. Ledesma, respectivamente. La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo: -I- 1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N2 5 de esta ciudad resolvió: "I) No hacer lugar a la excarcelación de Héctor Salvador Girbone solicitada por el defensor particular, Dr. Guillermo Juan Tiscornia, bajo ningún tipo de caución (art. 317, inc. 5º del Código Procesal Penal -a contrario sensu-)..." (f s . 104/110). 2º) Que contra ese decisorio interpuso recurso de casación la defensa del imputado Héctor Salvador Girbone (fs. 111/132), que fue concedido (fs. 133/134) y mantenido en esta instancia (fs. 141). 3º) Que el recurso de la defensa se dirigió a cuestionar la denegatoria por parte del tribunal oral de las previsiones del artículo 7 de la Ley N° 24.390. Así, el recurrente invocó que "...en el caso se ha efectuado una errónea interpretación de la ley aplicable al caso de autos..." (fs. 125) . Relató que "...tanto el TOF 5 como esa misma Casación Federal sostuvieron que el episodio en cuestión -sustracción de la víctima- se verificó en el transcurso del mes de mayo del año 1978 y que toda la actividad supuestamente criminal subsiguiente a dicha sustracción del menor de edad continuó desarrollándose sin interrupciones hasta que cesó la supresión de la identidad del mismo menor de edad; para decirlo bien claro, el iter criminis comenzó en el mes de mayo de 1978 hasta cesar en el transcurso del año 2012. 5. Por lo tanto en ese segmento (1978-2012) tuvo lugar la sanción de la recordada ley del 'dos por uno' (22/11/94), la cual fue derogada el 1/06/2001; de suerte tal que, al haber regido en el tiempo intermedio, resulta de plena aplicación al caso..." (fs. 111 vta.). En ese sentido, consideró procedente la excarcelación de su asistido en los términos de la libertad condicional y, en subsidio, solicitó el acceso de Girbone al régimen de salidas transitorias. Además, postuló que "las modulaciones fácticas que marcan el caso que refiere al señor Héctor S. Girbone aplican perfectamente a la doctrina sentada por el Alto Tribunal en el caso Muiña..." (fs. 130 vta.), en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación "declaró aplicable la ley 24.390 -conocida como 2x1-, que estuvo vigente entre los años 1994 y 2001, hoy derogada, que reduce el cómputo de prisión, porque se trata de la ley más benigna..." (fs. 129 vta.). Aclaró que en la especie fueron tomadas en consideración las disposiciones del art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los art. 18 de la Constitución Nacional y 2 del Código Penal; a la vez que consideró similar el presente caso al precedente "Arce" del cimitero tribunal. Asimismo, el impugnante destacó que "...el señor Girbone reviste el status jurídico de ' procesado'...", por encontrarse pendiente de definición en el Alto Tribunal un recurso de queja. Por otro lado, en su instrumento recursivo, la defensa afirmó que la decisión "esbozada en un más que lacónico y errático pronunciamiento remite al empleo de disquisiciones técnico-jurídicas expuestas, en abstracto, y con puro sentido argumentativo. Carecen de todo respaldo objetivo, y tales disquisiciones no han sido puestas correctamente con los elementos objetivos de la causa. Idénticos déficits de logicidad y de fundamentación se observan en la escuálida y precipitada decisión, la que -a no dudarlo- contribuye a abastecer este marco de arbitrariedad..." (fs. 124 vta.). Así también, adujo que en la resolución recurrida "se incurrió en la reiteración de argumentación dogmática, carente de fundamentación concreta, real y actual y que como tal conduce a su descalificación como acto jurisdiccional..." (fs. 125 vta.). En consecuencia, el casacionista concluyó que "la sentencia impugnada tiene fundamentos sólo aparentes, basados en afirmaciones dogmáticas, invocación de prueba inexistente, interpretación caprichosa de los hechos, y ha omitido considerar prueba de descargo decisiva, tratándose ésta de modo arbitrario. Todo ello habría afectado las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso..." (fs. 127 vta.). Por último, el impugnante formuló reserva del caso federal y de recurrir a tribunales internacionales. 4º) Que, en la oportunidad prevista por el artículo 465 bis del CPPN, presentó breves notas el defensor particular de Héctor Salvador Girbone (fs.

145/162). En su escrito, la defensa reprodujo los argumentos esgrimidos en el recurso y concluyó, haciendo especial énfasis en el reciente fallo "Muiña" del Alto Tribunal, que debía aplicarse al caso el cómputo privilegiado (cfr. fs. 145/162). -II- 5º) Que, liminarmente, cabe apuntar que el pronunciamiento impugnado resulta equiparable a sentencia definitiva, pues involucra de modo directo la decisión acerca de una restricción a la libertad y, tal como invoca la parte, resulta susceptible de ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior. De otra parte, corresponde atender la doctrina del Alto Tribunal en el precedente "Di Nunzio, Beatriz Herminia" (Fallos: 328:1108), según la cual esta Cámara está llamada a intervenir "siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de esta Corte, por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48" (Considerando 13º). -III- 6º) 1. En primer lugar, a fin de dar tratamiento a la cuestión sometida a estudio, considero necesario realizar una breve reseña de las presentes actuaciones. La defensa de Héctor Salvador Girbone ha solicitado se conceda la excarcelación de su asistido, en los términos de la libertad condicional, como consecuencia de la aplicación del derogado artículo 7 de la ley 24.390 que, en lo pertinente, establecía que transcurrido el plazo de dos años de prisión preventiva, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión. Conviene recordar que dicha norma fue sancionada el 2 de noviembre de 1994, promulgada de hecho el 21 de noviembre del mismo año, y publicada en el Boletín Oficial el 22 de noviembre de 1994. La misma estuvo en vigencia hasta el día 1º de junio de 2001, fecha en la cual se promulgó la ley 25.430, norma esta última, que derogó los artículos 7 y 8 de la mencionada ley 24.390, quedando de esta manera definitivamente eliminado el cómputo privilegiado, comúnmente denominado como "dos por uno". Por otro lado, surge de las actuaciones que Héctor Salvador Girbone fue detenido el 20 de septiembre de 2012, situación en la que permanece actualmente, habiendo efectivamente transcurrido a la fecha cinco años y un mes de detención, que se efectivizó cuando el artículo 7 de la ley Nº 24.390 llevaba ya más de once años de derogado. Tal como consta a fs. 104/110, con fecha 5 de mayo de 2017, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal 5 resolvió no hacer lugar a la solicitud de la defensa en lo que respecta a la excarcelación de Héctor Salvador Girbone, en los términos de la libertad condicional, ello como consecuencia de la no aplicación al caso del art. 7 de la ley 24.390. Para así decidir, el a quo entendió que la ley Nº 24.390 no resultaba aplicable al caso "...toda vez que Héctor Salvador Girbone, permaneció detenido desde el 20 de septiembre de 2012 y fue condenado, por medio de un juicio oral y público, el 9 de septiembre de 2014; motivo por el cual no cumplió dos años de detención -en calidad de prisión preventiva- requeridos en el artículo..." (fs. 105, del voto de la jueza Palliotti). También fue considerado que "...se ha comprobado que Girbone fue detenido el 20 de septiembre de 2012, y a esa época la norma procesal había sido derogada sin que el acusado hubiese, estado privado de su libertad antes de la pérdida de vigencia de la ley adjetiva..." (fs. 109, del voto del juez Hergott). De las constancias de autos, resulta que los sucesos por los cuales Héctor Salvador Girbone fue condenado a ocho años de prisión (por sentencia no firme del 9 de septiembre de 2014, confirmada por esta Sala II -con distinta integración-el 22/09/2016 y encontrándose en trámite en la actualidad un recurso de queja ante el cintero tribunal registrado con el 8223/2012/15/1/RH3), tuvieron comienzo de ejecución con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 24.390 (B.O. 22/11/1994) y su detención se produjo el 20 de septiembre de 2012, es decir con posterioridad a la derogación de la ley 24.390 que estipulaba el cómputo privilegiado de los plazos de detención en prisión preventiva y vigente la ley Nº 25.430 (B.O. 1/06/2001). El 24 de julio del 2015 se publicó en el Boletín Oficial la ley 27.156, que en su artículo 1 establece "Las penas o los procesos penales sobre los delitos de Genocidio, Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra contemplados en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, no pueden ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de penas, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que la disponga". Con fecha 12 de mayo de 2017 se publica en el Boletín Oficial la ley Nº 27.362, que prescribe en su artículo 1, que el artículo 7 de la ley 24.390 no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional. En su artículo 2 dispone que el cómputo del artículo 7 citado, se aplicará sólo en los casos que el condenado hubiere estado en prisión preventiva durante el período de vigencia de la ley. Si bien la CSJN ha sostenido que la declaración de nulidad establecida en la ley 25.779 es función de los jueces, se reconoció que "...formular una declaración del Congreso sobre el tema y que, de hecho la ley sólo es apta para producir un efecto político simbólico. Su efecto vinculante para los jueces sólo deriva, en rigor, de que la doctrina que ella consagra es la correcta: la nulidad insanable de las leyes 23492 y 23521" (Fallos: 328:2056, "Simón", 14/06/2005, considerando 34).

2. Las circunstancias expuestas obstan a la pretendida aplicación de la ley Nº 24.390 en este caso, a fin de que se compute doble el período de detención del encausado en las actuaciones que motivan la presente incidencia, conforme mi criterio expuesto en los siguientes precedentes de la Sala I de este Cuerpo: causa 1453/2013, "Madrid, Domingo Luis s/recurso de casación", reg. 24531, del 9/3/15; causa FLP 91002955/13362013, "Verduri, Sergio s/ rec. de casación", reg. 24545, del 12/3/15; causa FLP

91003389/2012/TO1/89/1/CFC39, "Espinoza, Raúl s/ recurso de casación", del 7/3/16? causa FLP 91002251/2006/TO1/1/1/CFC2, "Etchecolatz, Miguel O. s/ recurso de casación", del 7/3/16; causa FCB 96130012/2011/TO1/2/CFC1 "Bustos, Pedro N. s/ recurso de casación", del 7/3/16; causa FLP 91002955/2009/TO1/32/1/CFC6, "Ferriole, Antonio Pedro s/recurso de casación", del 7/3/16; causa FLP 91003389/1808/2013, "Etchecolatz, Miguel s/ rec. de casación", reg. N° 24941, del 7/3/16; causa FLP 91003389/1809/2013, "Etchecolatz, Miguel s/ rec. de casación", reg. N° 24942, del 7/3/16; causa FLP 91002955/2009/TO1/11/CFC4, "Gullama, Hugo Alberto s/ recurso de casación", del 14/3/16; causa FLP 91003389/2012/TO1/93/CFC38, "Batalla, Rufino s/ recurso de casación", del 14/3/16; causa FLP 91003389/2012/TO1/102/CFC43, "Grande, Claudio Raúl s/ recurso de casación", del 14/3/16; causa FLP 91003224/2011/TO1/5/CFC3, "Elichalt, María Mercedes s/recurso de casación", reg. 832/16.1, del 16/5/16; causa FCB 96010011/2012/TO1/3/1/CFC3, "Ayala, Domingo s/ rec. de casación", reg. del 8/8/16; causa FCB 93000172/2009/TO1/18/1/1, "Huber, Juan E. s/ rec. de casación", reg. 2422/16.1, del 16/12/16; causa FLP 1002506 "Von Wernich, Christian Federico s/ legajo de casación", reg. N° 949/17 del 13/07/17, y por los motivos que a continuación desarrollaré. En este sentido, no resulta aplicable la doctrina que surge del precedente sentado por la CSJN in re "Arce" (Fallos: 331:472, rta. el 01/04/2008), invocada por el impugnante para solicitar la ultractividad del derogado artículo 7 de la ley 24.390, porque no resultan similares las circunstancias fácticas sometidas a control jurisdiccional. En dicha ocasión el Alto Tribunal sostuvo que "si el artículo 7 de la ley 24.390 era la ley vigente en el momento del hecho, la aplicación retroactiva de la ley 25.430, que derogó esa norma, se halla vedada por el principio constitucional mencionado en atención al carácter material que ostentan las reglas del cómputo de la prisión preventiva"; "...tratándose de normas que afectan la libertad ambulatoria, la prohibición de retroactividad regiría incluso si se consideraran que reviste el carácter procedimental? (confr. dictamen del Procurador General al que hizo remisión la CSJN). En el sub examine los hechos por los que se investigó y condenó a Girbone comenzaron su ejecución mucho tiempo antes de que se sancionara la citada ley y, más allá de que continuaron perpetuándose durante su vigencia, su detención se produjo luego de que ésta fuera derogada -a diferencia de lo sucedido en el precedente "Arce" en el que tanto la comisión del hecho atribuido al encausado, como su detención bajo la modalidad de prisión preventiva, acaecieron durante la vigencia de la ley 24.390 en su redacción primigenia-. Además, corresponde analizar que el beneficio contemplado en el artículo 7 de la ley N° 24.390 tenía una finalidad específica frente a la emergencia penitenciaria para un momento determinado, que apuntaba a la necesidad de resolver la situación de incertidumbre de los encarcelados en prisión preventiva por un lapso superior a los dos años, que no obstante gozar de la presunción de inocencia, aún no habían sido juzgados. Se advierte que ello no ocurrió en el caso a estudio, pues Girbone estuvo en prisión preventiva únicamente bajo la vigencia de la ley N° 25.430 (B.O. 1/06/2001) que había derogado los artículos 7 y 8 de la ley N° 24.390. En consecuencia, en el plazo que rigió el cómputo privilegiado no estuvo privado de libertad ni sometido a proceso, atento a haber sido favorecido por las leyes de impunidad que impedían su juzgamiento. 3. En el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de la causa CSJ 1574/2014/RHI, "Bignone, Reynado Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario", dictado con fecha 3/5/2017 respecto de la situación de Luis Muiña, el voto de la mayoría revocó la decisión de la Sala IV de esta Cámara Federal de Casación Penal, en cuanto anulaba el cómputo de la prisión preventiva realizado por el Tribunal Oral Federal N° 2 que había aplicado el art. 7 de la ley N° 24.390. Para ello, siendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación el intérprete final de la Constitución, pero no constituyendo un tribunal constitucional, cuyos fallos tienen aplicación erga omnes y atento el control constitucional y convencional difuso establecido en nuestro sistema jurídico, he de coincidir con el voto de la minoría (jueces Lorenzetti y Maqueda), con las siguientes argumentaciones. La función judicial de "interpretar" y "decir" el derecho, explicitando en la sentencia las cuestiones teóricas y razonamientos que fundan los decisorios determinan la validez de los mismos, recordando que siempre los fallos corresponden al caso y por ello cada momento es autónomo por imperio constitucional. La Corte Suprema es el histórico vértice político-judicial dotado del principio de autoridad para interpretar el derecho, lo que no excluye que los jueces inferiores siempre estemos "sometidos únicamente al imperio de la ley", a la jerarquía normativa y del derecho interno, o sea, a las normas de carácter general procedentes de la organización constitucional emanada de los poderes legislativo como producción de derecho y del ejecutivo como colegislador, por lo que la sumisión a la ley no puede ser interferida por decisiones vinculantes emanadas de otros poderes legales o de facto. Como observa Ferrajoli, "los precedentes jurisdiccionales tienen, ciertamente, una notable capacidad de influencia en la jurisdicción. Pero es esencial no confundir prestigio (autorevolezza) y autoridad, fuerza persuasiva y fuerza autoritaria. Solamente la autoridad es fuente de derecho, según el clásico brocardo *autoritas non veritas facit legem*. En cambio, la fuerza vinculante de los precedentes se funda solo en el prestigio sustancial, y no en alguna autoridad formal como la que compete al poder legislativo. En pocas palabras, en nuestro sistema, los precedentes jurisprudenciales tienen el valor de argumentos persuasivos, pero no el valor de leyes. Valen por su sustancia y no por la forma o el órgano que los produce..." (Luigi Ferrajoli. "La democracia a través de los derechos", pág. 130, Ed. Trotta S.A., Madrid, Año 2014). 3.1. Leal acatamiento a los fallos de la CSJN y apartamiento de la doctrina fundada en nuevos argumentos: En primer lugar el criterio adoptado en el

precedente "Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario" no conduce a su estricta observancia y automática aplicación a aquellos casos donde se reclama la aplicación del art. 7 de la ley 24.390 y se encuentren en juego graves violaciones a los derechos humanos por crímenes de derecho penal internacional, sino que debe analizarse caso por caso. La facultad de los tribunales inferiores de apartarse de la doctrina sentada en precedentes del Alto Tribunal, surge del análisis en concreto de nuevos argumentos, razones novedosas y variadas, conducentes para la solución de cada caso sometido a la jurisdicción. En tal sentido la Corte Suprema ha dicho que si bien existe un deber jerárquico de conformar las decisiones de los tribunales inferiores a aquellas sentencias dictadas por el Alto Tribunal en casos similares al decir que si bien "sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas" (conf. doctrina de Fallos: 25:354), "esa doctrina no ha importado privar a los magistrados de la facultad de apreciar con criterio propio las resoluciones del Tribunal y apartarse de ellas cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal apartamiento hubiera sido debidamente fundado en razones novedosas y variadas" (Fallos: 262:101; 302:748; 304:898; 307:2124; 312:3201; 323:555, entre muchos otros). Frente a ello, cada tribunal puede ejercer su jurisdicción ateniéndose a las particularidades del caso sometido a su estudio, y dando fundadas razones para apartarse de la doctrina fijada por el Alto Tribunal, tarea que a continuación será efectuada al analizarse los distintos aspectos no abordados en la sentencia del citado fallo "Muiña" y que resulta de decisiva relevancia para la solución del planteo efectuado por la defensa de Girbone en estas actuaciones. 3.2. Superioridad de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -DIDH-. Principios internacionales. Estatuto de Roma. I. Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación orientó sus estándares interpretativos en jurisprudencia reiterada hacia el reconocimiento de la supremacía de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por sobre las reglas de derecho interno. En tal sentido, el Tribunal Cintero resolvió el conflicto planteado en autos "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros" (Fallos: 315:1492). En dicha oportunidad estableció que "la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse" (Considerando 160). (...) "...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 internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno" (Considerando 182). (...) "...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". (...) "Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente (...) "...en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente 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" (Considerando 20º). (...) "una de las características de ese derecho [Internacional de los Derechos Humanos] establece la necesidad de distinguir los tratados internacionales sobre derechos humanos de los tratados de otra especie. El fundamento jurídico de esta posición reside en que los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados sino que, por el contrario, buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios" (Considerando 14º). (...) "...sentada la diferencia entre las dos categorías de tratados citados, corresponde señalar que es consecuencia de esta distinción la presunción de operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. En otros términos, el Tribunal considera que las normas aludidas establecen derechos que -se presume- pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna, Ello se funda en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (Considerando 15º). II. Con posterioridad, la Convención Nacional Constituyente del año 1994 erigió la directriz del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, que establece como primera regla que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes", aserto normativo que, lógicamente, incide directamente

en el artículo 31 de la Ley Suprema. En tal sentido, corresponde señalar que conforme los debates de la Comisión de Tratados Internacionales de la Convención Constituyente de 1994, las convenciones internacionales enumeradas tienen una jerarquía normativa superior a las normas internas, incluso el Constituyente asumió la decisión política de establecer cuáles normas convencionales tendrían rango constitucional y las enumeró en el art. 75 inciso 22. La regla contenida en el segundo párrafo del artículo 75 inciso 22, asigna jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia" a once Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a saber: 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; y la Convención sobre los Derechos del Niño. La regla en estudio establece asimismo que tales instrumentos internacionales "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos", disposición que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir" (Fallos: 319:3241, considerando 12°); así "la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido" (Fallos: 319:3148, Considerando 21°). También dispone el artículo en estudio que los tratados con jerarquía constitucional "sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara?". A su vez, conforme con el dinamismo y avances propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el artículo prevé un mecanismo para que el poder constituido, con mayoría agravada pueda incorporar otros instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. Así, establece que: "Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional". Dicho mecanismo modifica nuestro procedimiento rígido de reforma constitucional previsto en el art. 30 de la Constitución Nacional y fue utilizado por el Congreso Nacional en los procedimientos parlamentarios que llevaron a la sanción de las leyes 24.820, 25.778 y 27.044, que otorgaron jerarquía constitucional a la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", "Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad" y "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", respectivamente. La decisión política adoptada por los constituyentes en 1994 al consagrarse el artículo 75 inciso 22, termina con la discusión entre dualismo y monismo, habiéndose enrolado el Estado Constitucional de Derecho en ésta última tesis y resolviendo los conflictos entre el derecho internacional y el interno a favor de la primacía de aquél, máximo cuando se trata del DIDH, así lo entiende en jurisprudencia reiterada nuestro máximo tribunal fallando la subordinación a la interpretación que la Corte IDH realiza de las normas convencionales regionales. III. El avance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la evolución de los mecanismos de la comunidad internacional para la protección del derecho de gentes confluyeron en la organización de los tribunales para juzgamiento de crímenes en la ex Yugoslavia (1993) y Rwanda (1994) y posteriormente, en la concreción de la Corte Penal Internacional en 1998, a través del Estatuto de Roma. El preámbulo del instrumento internacional antes referido refleja la esencia y fines del ius cogens. En el mismo, los Estados firmantes declaran que "en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad", y reconocen que "esos graves crímenes" -a los que califican como "los (...) más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto"- "constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad", por lo que "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". Manifiestan asimismo su decisión de "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes", y recuerdan "que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales"; por lo que "a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras" deciden "establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" (resaltado agregado). De este modo, la Corte Penal Internacional quedó definida como "una institución permanente", y "facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto", de "carácter complementario de las

jurisdicciones penales nacionales" (Artículo 1). Los Estados firmantes convinieron a su vez que los mencionados "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" a cuyo juzgamiento se abocaría la Corte Penal Internacional son: el crimen de genocidio; los crímenes de lesa humanidad; los crímenes de guerra; y el crimen de agresión. Por otra parte, y al igual que la "Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (artículo 1) y la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" (artículo 7), el "Estatuto de la Corte Penal Internacional" (artículo 29) dispone que los crímenes de su competencia (entre los que se encuentran los delitos de lesa humanidad) "no prescribirán". Otro compromiso asumido por los Estados firmantes del Estatuto es la obligación de éstos de cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional en todo lo atinente a "la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia" (artículo 86), y la Corte a su vez está facultada para "formular solicitudes de cooperación a los Estados Partes" e incluso para "invitar a cualquier Estado que no sea parte en el presente Estatuto a prestar asistencia sobre la base de un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada", pudiendo la Corte informar a la Asamblea de los Estados Parte o al Consejo de Seguridad en caso que un Estado que no sea parte en el Estatuto, pero cuya colaboración haya sido requerida mediante un arreglo especial, se niegue a cooperar en la ejecución de las solicitudes a que se refieran a dicho acuerdo. Lógicamente, la Corte tiene potestades similares cuando la negativa a cooperar provenga de un Estado Parte (artículo 87).

IV. Esta evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuanto a la supremacía de las normas internacionales y el compromiso de los Estados para garantizar su cumplimiento, tuvo su correlato en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que señaló la trascendencia y efectos del cambio de paradigma al dictar sentencia en el caso "Simón" (Fallos: 328:2056), entre otros precedentes relevantes. Resulta de suma importancia señalar que en el fallo mencionado, el Alto Tribunal, además de sostener la supremacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -concretada en el caso a través de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad-, señaló que ello resultaba imperativo en razón del *ius cogens*, vigente desde la época de la posguerra. Sostuvo la máxima judicatura nacional que "la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos" no autorizaba a los Estados a tomar decisiones "cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza" (Considerando 14). (...) "...en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*" (Considerando 15).

Con relación al carácter previo e imperativo del *ius cogens* corresponde destacar los siguientes conceptos expuestos en el voto del Ministro Maqueda: "la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del *ius cogens* se basan en la común concepción desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas" (Considerando 45). En la misma línea de pensamiento, el Ministro Lorenzetti expuso: "La consagración de los derechos humanos se obtuvo primero en las constituciones nacionales y luego se globalizó, en una evolución que llevó siglos. (...) Este último fenómeno de positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico al clásico debate entre positivismo y *jusnaturalismo*. (...) Ello es consecuencia del ambiente cultural y político del cual nacen la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948 y por lo tanto, como afirma Ferrajoli, el anti-fascismo es el rasgo de la democracia contemporánea nacida de las ruinas de la segunda guerra mundial. Tras comprobar que las mayorías requieren de límites que están en las propias constituciones estatales, y que los mismos Estados requieren de límites supranacionales (Luigi Ferrajoli, 'El Tribunal Penal Internacional: una decisión histórica para la cual nosotros también hemos trabajado' en Revista 'Nueva Doctrina Penal', Buenos Aires, del Puerto, tomo 2002/B)" (Considerando 18°).

Por su parte, la Ministra Argibay señaló: "Si bien la Convención sobre Imprescriptibilidad ha sido ratificada por la República Argentina en 1995, ella había sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas ya en 1968 como un eslabón más del proceso que se había iniciado con el dictado de la Carta de Londres en 1946, la que sirvió de base a los juicios de Núremberg y cuyo artículo 6.c introduce la primera delimitación expresa de los crímenes contra la humanidad. Este proceso continuó con la sanción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15.2, establece el compromiso de juzgar y condenar a los responsables de delitos conforme a principios

generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (la eficacia de la reserva hecha por la República Argentina al ratificarlo se ve debilitada por la posterior aprobación sin reservas de la Convención sobre Imprescriptibilidad), la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968 y, más recientemente, con la organización de los tribunales para juzgamiento de crímenes en la ex Yugoslavia (1993) y Rwanda (1994), así como la aprobación del Estatuto para la Corte Penal Internacional (1998). En el ámbito regional americano, este proceso dio lugar al dictado de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas (1994). En este contexto, la ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad en 1995 no puede tomarse como una manipulación del derecho que afecte su imparcialidad al instaurar una persecución selectiva o discriminatoria, pues la Convención se encontraba aprobada por la Asamblea de la ONU desde 1968 y en cualquier momento que hubiese sido ratificada por Argentina, antes o después de la comisión de los hechos de esta causa, el efecto hubiera sido, como se verá en el considerando siguiente, el mismo, a saber: el de implantar la imprescriptibilidad retroactiva y prospectiva para los delitos de lesa humanidad cometidos en territorio argentino. Por lo tanto, al ser indiferente el momento de su ratificación, no puede alegarse manipulación alguna por el hecho de habérsela llevado a cabo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa" (Considerando 16). Ello corresponde a la concepción de la defensa del "derecho de gentes" (actualmente reformulado como derecho internacional de los derechos humanos), el que se encontraba positivizado ya en la Constitución Nacional de 1853 en su artículo 99 (posterior 102 y 116 de la CN, en sus sucesivas reformas).

3.3. Ius cogens. Art. 5 Convención de Viena. Globalismo jurídico. A mediados del siglo XX surge el paradigma del globalismo jurídico, en donde los derechos corresponden a los seres humanos, que nacen libres e iguales en dignidad, sin distinción alguna de raza, color, sexo, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (Artículos 1 y 2 de la DUDH). Este globalismo jurídico se encuentra contenido en las declaraciones, pactos, tratados, convenciones, internacionales y regionales, que a su vez cada uno de ellos tienen sus propios organismos políticos, jurídicos, contenciosos y cuasi contenciosos de control para el cumplimiento del contenido de esos instrumentos, ratificados voluntariamente por los Estados que los suscriben. El contenido de las normas del DIDH, se encuentran basadas en un consenso universal, poseen un positivismo convencional regulado en el texto de los artículos respectivos en cada instrumento, que tienen en el caso de Argentina jerarquía constitucional, si se trata de los instrumentos contenidos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional -once instrumentos reconocidos en la Convención Constituyente en 1994 y tres posteriormente, por el mecanismo que la propia CN determina-, o con jerarquía superior a las leyes internas -conforme el artículo 75 incisos 22 y 24 CN-, de manera que todas las normas y actos de los poderes del Estado se deben adecuar a éstos, de lo contrario la CSJN o los tribunales inferiores deberán resolver sobre su constitucionalidad en ejercicio jurisdiccional del "control de constitucionalidad y convencionalidad" de las leyes y actos de gobierno. Lo completa el derecho internacional consuetudinario o derecho de gentes, que a modo de ejemplo cabe recordar que los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, determinan la vigencia del derecho de gentes, aun cuando se denunciare el Convenio. Al respecto véase los Convenios I artículo 63; C. II artículo 62; C. III artículo 142; C. IV artículo 158; Protocolo Adicional I, artículo 1, y Protocolo Adicional II, cuarto párrafo del Preámbulo. También corresponde la aplicación del derecho de gentes, conforme surge del artículo 43 de la Convención de Viena del derecho de los Tratados, al establecer el deber de los Estados de cumplir las obligaciones enunciadas en los referidos instrumentos convencionales, o de las que surjan del derecho internacional independientemente del tratado. Se refuerza con el artículo 53 al regular la nulidad de los tratados que se opongan a una norma de "ius cogens", imperativa del derecho internacional general. El cumplimiento del derecho de gentes, dentro de nuestro sistema jurídico lo encontramos además en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCP-, al regular el principio de legalidad penal internacional, que establece: "1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional..."; completando con: "2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional"; reafirmando que las graves infracciones de derecho internacional de ius cogens, imponen la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a todos los Estados, acarreando los compromisos estatales de: inderogabilidad de juicio; deber de procesar o extraditar; imprescriptibilidad de los delitos; inaplicabilidad de excepciones de inmunidad, incluyendo a los jefes de Estado; exclusión de cualquier mecanismo legislativo, político o judicial para perpetrar la impunidad -leyes de obediencia debida, punto final, indultos, cosas juzgadas írritas o fraudulentas, conmutaciones de condenas, aplicación de penas inadecuadas, entre otras-; obligatoriedad de aplicación en tiempos de guerra o de paz, no habilitando su derogación ni suspensión en excepcionalidades constitucionales -tales como estado de sitio, conmoción interna, leyes marciales, estado de guerra- y habilitando la competencia de la justicia universal. Al respecto la Corte IDH ha mantenido en el caso "La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala" -fallo del 24/11/2009- estas obligaciones al afirmar que se llevaron adelante acciones militares con el conocimiento y cumpliendo órdenes de los más altos mandos militares, por los que se perpetraron matanzas con actos de extrema crueldad con el propósito de eliminar a

personas y grupos definidos como el enemigo y dirigidos a aterrorizar a la población, habiendo aplicado el Estado la doctrina de la seguridad nacional, considerando "enemigo interno" a toda persona que se opusiera -considerandos 71 y 73-, Reitera que los Estados tienen la obligación de respetar el procedimiento de recursos judiciales efectivos, tal cual lo dispone el artículo 25 de la CADH, de conformidad con el debido proceso -artículo 8. 1. CADH-, debiéndose garantizar los derechos convencionales -artículo 1. 1, CADH-, debiendo la justicia asegurar en tiempo razonable el derecho de las víctimas a conocer la verdad y sancionar a los responsables, con remisión a los casos "Bulacio vs. Argentina" -18/09/2003-, "Zambrano Vélez vs. Ecuador" -04/07/2007- y "Kawas Fernández Vs. Honduras" -considerandos 104 y 105-. Cabe señalar que la CSJN en jurisprudencia reiterada en los casos "Giroldi" (G.342.XXVI), "Bramajo" (B.851.XXI) y más extensamente a partir de su nueva conformación en "Arancibia Clavel" (A.8 6 9.XXXVII), "Simón" (S.17 6 7.XXXVIII) y "Mazzeo" (M.2333.XLII), sostiene que las normas del derecho interno se interpretan tomando como guía a la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos -Corte IDH-, receptando su jurisprudencia contenciosa y opiniones consultivas -OC-, por disposición del constituyente, a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994. También en casos previos al del autoritarismo militar argentino sometidos a su decisorio, en "Priebke, Erich S/ Solicitud de extradición" (P.457.XXXI) cuando resolvió la extradición solicitada por Italia de un jerarca perteneciente al ejército nazi de la II Guerra Mundial, ya había fallado consagrando que los delitos de genocidio y lesa humanidad pertenecen al ius cogens internacional, lo que implica que el transcurso del tiempo no purga estas ilegalidades y en el caso "Arancibia Clavel" -A. 869. XXXVII- referido a un agente de la DINA de Chile, sostuvo que el accionar constituye asociación ilícita tipificada en el artículo 210 CP, utilizada para perseguir a opositores políticos por medio del homicidio, desapariciones forzadas y tormentos, también son delitos de lesa humanidad al formar parte de una organización para cometerlo, por ello son crímenes imprescriptibles, porque constituyen delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se propuso erradicarlos; asumiendo el decisorio de respetar el ius cogens internacional contenido en el derecho de gentes. La CSJN ha receptado los fallos de la Corte IDH, especialmente de los casos "Barrios Altos Vs Perú" 14/03/2001- y "Almonacid Orellano y otros Vs Chile" 26/09/2006-, cuando debieron resolver cuestiones semejantes a las falladas por la Corte Interamericana, sobre la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad N° 23.492 y 23.521 y la validez de la ley N° 25.779; como así también sobre la inconstitucionalidad del indulto, decreto N° 1002/1989. 3. 4. El paradigma de los derechos humanos. Los derechos contenidos en el sistema convencional no constituyen un plus a los derechos subjetivos del constitucionalismo decimonónico, poseen una construcción epistemológica distinta, por ello realizaré algunas diferenciaciones que deben observarse en materia penal y dentro de ésta, referida a los delitos de derecho penal internacional (lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, crímenes de agresión y contra la paz). En primer lugar, en cuanto a su origen, los derechos humanos surgen a partir de la Carta de ONU y la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", son construcciones convencionales realizadas entre los Estados que se elaboran en sus inicios con formato de declaraciones, donde se discutía su exigibilidad, hasta que fueron positivizados en pactos y convenciones exigibles por quienes las ratifiquen. En la actualidad los derechos humanos son aceptados por sus características de supra legalidad interna, de orden público, indivisibilidad, exigibilidad, irrenunciabilidad, no regresividad y aplicación del principio pro homine, los que se diferencian de los derechos subjetivos que surgieron como exigencia de los propietarios ante el poder absoluto al constituirse el Estado Liberal de Derecho, donde los derechos a la propiedad y las modalidades de libertad constituían la centralidad, siendo el principal papel estatal su consagración legislativa y su rol abstencionista. En segundo lugar, en cuanto a la formalidad, los derechos humanos son construcciones normativas convencionales que se realizan entre Estados ya sean de una misma pertenencia internacional o regional -ONU, OEA, Unión Europea, Unión Africana-, que a pesar de las diferencias culturales, étnicas, geopolíticas, de poder, se consensúan estándares mínimos de derechos, que acuerdan respetar y aplicar, a la vez los Estados que lo ratifican no pueden alegar cuestiones domésticas o leyes internas para incumplir las convenciones. Estos instrumentos luego de ser sometidos a su aprobación en el organismo internacional o regional que corresponda, poseen otro proceso igualmente formal por los poderes de cada Estado, para su nueva aprobación en el derecho interno y una vez que se logra el voto positivo, nuevamente vuelve al trámite internacional, hasta culminar con el depósito del instrumento ratificado. En cambio los derechos subjetivos se consagran por la sanción de las leyes de cada Estado, ya sean constitucionales u ordinarias, son formulaciones generales que conforman las constituciones, legislaciones internas, normas del sistema jurídico, que contemplan las particularidades de cada país, que pueden ser cambiadas con mayor frecuencia, pero poseen una jerarquía normativa inferior a las normas convencionales (art. 75 inc. 22 CN), de manera que si éstas se contraponen a los tratados podrán ser invalidadas resuelta su inconstitucionalidad y no se aplicarán en lo sucesivo, teniendo prioridad las prescripciones convencionales. En tercer lugar, se diferencian en cuanto al sujeto. Los derechos humanos son violados por acción u omisión por los Estados, de manera que no sólo éstos incumplen una convención cuando en sus prácticas las vulnera o desconocen directamente, sino también cuando frente a una situación de desposesión generalizada no adopta políticas públicas para que las/os ciudadanas/nos y los seres humanos tengan acceso a los derechos, de manera que se reconoce la antijuridicidad objetiva. En el caso

nos encontramos ante un delito de derecho penal internacional cometido por agentes estatales, que además originaron responsabilidad del país ante la comunidad internacional. Frente al análisis del ilícito es más grave cuando los Estados violan los derechos, dado que la "razón de estado" de todo Estado de Derecho, debe ser el acatamiento irrestricto a la ley, no siendo aceptable que los Estados por medio de sus funcionarios y agentes incumplan las leyes. En cuarto lugar, se diferencian en cuanto a la jurisdicción. Los derechos humanos se reclaman subsidiariamente en el ámbito internacional o regional, según el instrumento convencional del que se trate. Se aplica la subsidiaridad, porque primero deben judicializarse ante el Estado donde se ha producido la violación y una vez que se agotaron los recursos en la jurisdicción interna de cada país, se habilita la petición, denuncia o queja internacional, mientras que los derechos subjetivos tienen jurisdicción interna, deben ser judicializadas en los tribunales competentes de cada país y el superior tribunal de justicia es el que resuelve en definitiva, siendo a partir de dicho acto la sentencia definitiva e inapelable. Sólo cuando el litigio versa sobre cuestiones de derechos humanos, es posible someter el decisorio a análisis de otro organismo supranacional, pero éste no podrá revisar un fallo de los tribunales de otro país, ni las leyes internas de ese, sino que sólo analizará si el caso sometido a análisis, viola normas convencionales. En nuestro sistema jurídico cuando se sanciona la Constitución Nacional en 1853 ya disponía en su texto en el artículo 99 -posterior numeración 102 con la reforma de 1860 y actual artículo 118 CN 1994- que: "«los juicios criminales ... cuando éstos se cometan fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio", por lo que desde el inicio del Estado de Derecho constitucionalmente se consagra la jurisdicción universal, el respeto del Derecho de Gentes aún de origen consuetudinario, el que en su evolución implica la subordinación a los derechos humanos de contenido convencional. La jurisdicción universal, cuyos antecedentes se remontan a Grocio, consiste en atribuir competencia a los tribunales de cualquier Estado para el conocimiento, enjuiciamiento y sanción de delitos de DPI, independientemente de la nacionalidad del autor, partícipes, cómplices, encubridores y sin tomar en cuenta el lugar de su comisión. Se pone de manifiesto que hay un interés general de la humanidad ante graves violaciones a los derechos humanos, para su represión y sanción. De modo que la jurisdicción universal consiste en la capacidad del Estado de perseguir, juzgar y someter a sus propias leyes, hechos sobre los cuales no tiene conexión, no obstante le atribuye a sus tribunales de justicia, la competencia de conocer sobre los mismos, como surge del citado artículo 118 de la Constitución Nacional, delimitándose constitucionalmente al derecho de gentes. En nuestro país se aplica la jurisdicción universal penal, por la naturaleza del delito -cuando vulnera el derecho de gentes-, prescindiendo del lugar en que se haya cometido, la nacionalidad del autor, la nacionalidad de la víctima, o cualquier otro nexo con el Estado. Por la gravedad de estos delitos internacionales, se incluyen cláusulas por las que los Estados se obligan a adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas y de cualquier otra índole para perseguir, enjuiciar y sancionar a los responsables, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos, sean nacionales de ese Estado, de otro Estado o apátridas. Para los delitos del derecho interno, no existen mecanismos por los cuales el Estado ceda o admita prórroga de su jurisdicción para el juzgamiento dentro de su territorio. Constituye un ejercicio soberano legislar, organizar su justicia, aplicarla para la materia penal, admitir que en otro país se juzguen crímenes comunes cometidos en sus fronteras, salvo supuestos taxativamente normados, implica un menoscabo soberano. El Código Penal en el "Libro I, Título I, sobre la Aplicación de la Ley Penal", en su artículo 1 establece "1. Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción. 2. Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo". Esta construcción acerca de los derechos humanos trae consecuencias en la teoría de los derechos subjetivos, porque frente a determinadas violaciones sobre los primeros, no podemos analizar únicamente los contenidos del derecho interno, sino que se impone el control de convencionalidad. Ello implica que en el ámbito penal se debe revisar el derecho de los imputados y el derecho de las víctimas, así el debido proceso debe asegurar que se cumplan las etapas procedimentales para recorrer el camino de investigación, juzgamiento, sanción, reparación y derecho a la verdad. En el análisis de los derechos de las víctimas, incluye a los directamente interesados, a sus familias y a la sociedad, cuando nos encontramos frente a graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de derecho penal internacional, tales como lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, torturas, apartheid. En este paradigma y ante crímenes de lesa humanidad, el debido proceso debe analizarse conforme los estándares convencionales, para que la sentencia tenga validez, debe observarse que todo proceso debe asegurar el derecho a la verdad, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y reparar a las víctimas, por lo que se deben observar derechos y garantías de ambas partes: imputados y víctimas. O sea se exige el balance o equilibrio entre ambos sujetos procesales, porque de lo contrario se incurre en responsabilidades ante la comunidad internacional por el incumplimiento de los tratados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no siendo admisible ninguna modalidad de impunidad. Como lo sostuvo la Corte IDH en el caso "La Cantuta Vs. Perú" -29/11/2006- no constituye cosa juzgada un proceso, que tuvo como objetivo asegurar la impunidad con leyes que así lo consagraban -leyes 26479 y 26492-, si no se cumplen con los estándares

mínimos de exigibilidad de los derechos humanos. Se incorpora con este decisorio el deber de los Estados de desterrar la impunidad.

Continúa en el considerando 81 analizando la Corte IDH la gravedad de las violaciones, por el contexto de la práctica sistemática de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia estatal. Establece que el carácter sistemático de la represión contra sectores de la población opositores al gobierno, con pleno conocimiento o perpetrando las órdenes de los más altos mandos de las fuerzas armadas, servicios de inteligencia, del poder ejecutivo<sup>o</sup> de ese entonces, en un contexto de impunidad que favorecían las violaciones; agregando en el considerando 82 la particular gravedad por la existencia de una estructura de poder organizado para llevar a cabo ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, que constituyeron un padrón de conducta como método de eliminación por pertenecer a ?organizaciones subversivas? o ser ?sospechosos?, habiéndose empleado de manera sistemática y generalizada por agentes estatales.

La sentencia debe ser el resultado del debido proceso, reprobándose la simulación de enjuiciamientos, indultos, amnistías, reducciones de condenas, cuyo propósito ha sido la vulneración de las normas convencionales sobre derechos humanos, para consagrar la impunidad de los imputados y la vulneración de los derechos de las víctimas que impidan investigar, arribar al derecho a la verdad y el acceso efectivo a la justicia. Insisto que con la reforma de la Constitución Nacional en 1994 y la jerarquía asignada a los tratados sobre derechos humanos, al sistema de los tratados internacionales y a los de integración, se estaba asumiendo la decisión política de los constituyentes de aceptar el neoconstitucionalismo, constitucionalismo de derechos avanzado, o del Estado Constitucional de Derecho, siendo ésta la coalición de "Democracia-Derechos Humanos y Constitución", donde observamos una refundación de la legalidad: Ordinaria y constitucional, estatal y supraestatal, lo que determina una nueva relación entre derecho interno e internacional, consagrando el triunfo del monismo. En consecuencia la etapa del neoconstitucionalismo implica asegurar: a) que el contenido de la Constitución debe ajustarse a los estándares del DIDH; b) el carácter político vinculante de la Constitución; c) el control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes y actos de gobierno; d) la interpretación directa -operatividad- de la Constitución por el aparato jurisdiccional del Estado; e) el garantismo jurídico de los imputados y de las víctimas; f) la validez en el derecho interno de las interpretaciones, opiniones consultivas, fallos, resoluciones de los organismos supraestatales de monitoreo de los tratados sobre derechos humanos, de los que el Estado es parte; g) la subordinación de los Estados nacionales a los derechos humanos. Conforme el análisis precedente, por su construcción epistemológica los derechos humanos ante los ilícitos de derecho penal internacional -DPI-, se rigen por la norma y la costumbre internacional, los que se diferencian de los delitos de derecho interno, en cuanto a la aplicación del principio de legalidad, correspondiendo a los primeros el principio "nulum crimen sine jure", mientras que ante delitos comunes se aplica el principio de "nulum crimen sine lege", sin violentar el citado principio. En el derecho interno rige el principio "nulum crimen sine lege", lo que determina que para el juzgamiento de los delitos del derecho interno, debe existir la legitimación de la ley previa, que observe las formalidades de ser sancionadas por el poder legislativo, debiendo estar sus contenidos en sintonía con la norma constitucional, porque será sometida al test de convencionalidad y constitucionalidad por el poder judicial al aplicar e interpretar la norma. Es la facultad de poder legislar de pleno derecho que tienen los Estados en su monopolio normativo, de tipificar las conductas que considera ilícitas y ejercer el poder represivo contra las personas, para evitar se perjudiquen a terceros por la comisión de delitos. Para que tenga reproche punitivo una conducta -acción u omisión-, debe existir una ley previa vigente que así lo tipifique. En el ámbito del DPI rige el principio "nulum crimen sine jure", de manera que son delitos los que se encuentran normados en las convenciones, como así también en el derecho consuetudinario internacional, el derecho de gentes y los principios generales del Derecho Internacional -DI-. El principio de legalidad en DPI implica que se tiene conocimiento previo que determinados actos constituyen graves violaciones al derecho de gentes, a los derechos humanos y que por ello, en caso de ser investigados, inculcados, determinando las responsabilidades, deben ser juzgados y encontrándose los responsables, se impondrán sanciones y se publicarán los resultados. Ese conocimiento previo de qué actos constituyen delitos, qué se encuentra prohibido tiene una base normativa y no debe ser arbitraria, sino que se basa en la defensa de toda la humanidad. Cabe recordar que el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg al sancionar los crímenes de guerra ocurridos en la Segunda Guerra Mundial por el nazismo, estableció que los acusados hablan violado un conjunto de normas de comportamiento claramente establecidas por el DPI, con anterioridad a la sanción del Acuerdo de Londres -1945-, dado que habían sido recepcionadas en la Convención de La Haya -1907- en los artículos 46, 50, 52 y 56 del "Reglamento de las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre" y en la "Convención de Ginebra" -1949- en los artículos 2, 3, 4, 46 y 51; resolviendo que ante las violaciones a estas normas internacionales, quienes fueran declarados culpables debían ser sancionados, compromisos que debe respetar y aplicar en el ámbito interno el Estado argentino, resolviendo de esta manera la ultra actividad de la ley penal más benigna y el principio de legalidad. Como precedentes cabe consignar que en los procesos substanciados ante tribunales internacionales desde 1946, se rechazó sistemáticamente el argumento de que se había violado el principio de legalidad, no haciendo lugar a los planteos de las defensas frente estos crímenes internacionales, acerca de que se

aplicaban leyes ex post facto, como sucedió en los juicios contra Adolf Eichmann en Israel -1960-, Klaus Barbie en Francia -1987- y contra Imre Finta en Canadá -1989. No existe un código penal internacional que defina más allá de lo regulado por el Estatuto de Roma -Corte Penal Internacional ratificada por Argentina por la ley 25.390-, donde se tipifican delitos y sanciones, pero no se cuestiona que someter a una persona a esclavitud, apartheid, a graves violaciones de derechos humanos como crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, imposición de torturas, encarcelamientos ilícitos en centros clandestinos de detención -CCD-, persecuciones políticas, étnicas, raciales, religiosas, desapariciones forzadas como mecanismo estatal, perpetradas de manera sistemática y generalizada, son delitos contemplados en el Derecho Penal Internacional que deben ser sancionados. Por ello la pena se aplica de acuerdo a la gravedad del delito tipificado en el derecho internacional, debiendo tener el correlato que ante los más graves delitos, corresponden las más graves sanciones; tomando en cuenta que además en el derecho interno, los actos penales se encuentran legislados en los respectivos códigos, independientemente de la graduación de las penas, nadie podrá argumentar el desconocimiento de la ilicitud cuando se perpetran las más graves violaciones a los derechos humanos, porque aun<sup>o</sup>ue no exista a la fecha un capítulo específico que tipifique los delitos internacionales en el código penal local, no se desconoce el carácter de los más graves delitos penales internacionales y la obligación estatal de su juzgamiento y sanción a los responsables. En este sentido la Corte IDH en el caso las "Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador", sentencia del 23/11/2004, estableció que "...si bien al momento de los hechos El Salvador no había ratificado la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, no se podía oponer la irretroactividad de la ley penal, por considerar que el homicidio y su posterior desaparición, en las circunstancias del ilícito por la intervención estatal ya constituían delitos de lesa humanidad". Otra diferencia que puede señalarse es relativa a la culpabilidad. En los delitos tipificados en el derecho interno rige el principio de inocencia, por el cual nadie es culpable hasta tanto no se declare en juicio. Ello se determina a la luz de los elementos analíticos estructurados en la teoría del delito, siendo su castigo proporcional a su culpabilidad, acorde con la magnitud del injusto. Frente a los delitos del DPI se analiza si sus autores han tenido el dominio del hecho, siendo responsables penalmente si conocían, debían conocer y no hicieron nada para impedirlo, no denunciaron, siendo agentes del Estado, o particulares que actuaron con la aquiescencia del poder estatal. Se evalúa la autoría mediata en la cadena de responsabilidades desde el superior jerárquico hasta los subordinados. Se analiza la responsabilidad por la fungibilidad del ejecutor, como lo sostiene Claus Roxin, se sanciona al hombre de atrás, el que da las órdenes, el que sabe que sus mandas serán ejecutadas por agentes regimentados, que a su vez son "fungibles" capaces de cumplir y ejecutar las órdenes de esa organización criminal estatal a la que pertenecen. Se determina la culpabilidad por la responsabilidad funcional en la cadena de ilícitos, desde el inicio del delito internacional, hasta el destino final. Otra diferenciación la encontramos en cuanto a la legitimidad de la sanción con una pena. En el derecho penal interno, dentro del derecho penal de acto, más allá de la discusión doctrinaria, por imperio constitucional la pena se impone con un criterio de prevención especial y resocialización del condenado, siempre dentro de un Estado limitado en el ejercicio del jus puniendi. Se cuantifica la pena según la culpabilidad y la gravedad del injusto. Demostrada la naturaleza de los delitos de DPI, la legitimación de la pena está dada por el derecho interno y por el derecho exógeno, existiendo una aplicación de ambos, con subordinación del derecho local. Los actos u omisiones provocadoras de materialidad dañosa, con menoscabo de los derechos de terceros, que afectan gravemente los derechos humanos, el DIDH, DPI, el Derecho Internacional Humanitario, que constituyen los más graves delitos contra toda humanidad, contra la comunidad internacional civilizada, con consenso de la comunidad jurídica mundial, reciben grave sanción penal, dentro de la escala penal del derecho interno e internacional, debe ser ejemplar, para resguardo de la continuidad de la raza humana, porque cuando se producen, no importa el lugar de la comisión, siempre ofenden a toda la humanidad. Por esta razón para que sea factible el juzgamiento y la aplicación de una pena efectiva, estos crímenes son imprescriptibles y habilita a la justicia universal para su enjuiciamiento. Por ello resulta inadmisibles que procesalmente y bajo el mecanismo del cómputo de pena se pretenda aplicar una ley derogada (art. 7 de la ley 24.390, vigente desde el 22/11/1994 hasta el 01/6/2001), no habiendo estado privado de libertad, ni sometido a proceso durante todo el lapso de su vigencia beneficiado por las leyes de impunidad atento que el recurrente fue detenido a partir del 20/09/2012, fecha en la que se encontraba vigente la ley 25430 que habla derogado el cómputo privilegiado. En esta etapa del globalismo jurídico, no sólo debe asegurarse el derecho de los imputados, sino también el de las víctimas, sus familiares y de la sociedad, como garantía de no repetición de los crímenes de derecho penal internacional, atento que por su naturaleza poseen una gravedad máxima, para que no vuelvan a perpetrarse corresponde aplicar sanciones a los responsables acorde al ilícito investigado, como mecanismo de funcionamiento de la legalidad convencional y como garantía contra la impunidad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el citado caso "Mazzeo", destacó los principios y jurisprudencia internacional en los siguientes considerandos: 10º) "El D. I. Humanitario y DIDH prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de perseguir, investigar y sancionar adecuadamente a los responsables de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos"; 14º) "Que la CN en su artículo 102 recoge la tradición

jurídica y el derecho de gentes y en el 22º) Que la Corte IDH ha impuesto las obligaciones de los Estados firmantes, entre ellos: e) Deber de investigar y sancionar no tiene excepciones; f) Obligación de atender el derecho de las víctimas y sus familiares, por esa razón se estableció la imposibilidad constitucional de indultar a los autores de crímenes de lesa humanidad al resolver la inconstitucionalidad del Decreto 1002/1989. Conforme jurisprudencia reiterada de la Corte IDH, aceptar la cadena de impunidad, las mentiras, los retardos de justicia, las exculpaciones de responsabilidades, fueron generando un verdadero LEGICIDIO en las etapas del autoritarismo militar en el Cono Sur, del que no estuvo exento nuestro país -1976/1983- que agigantó los sufrimientos, padeceres, búsquedas de las víctimas y sus familiares, pero también fue generando un sentido de anomia de la norma por parte de la sociedad, la convicción que las leyes existen, pero no se cumplen, por la incapacidad del sistema penal para el enjuiciamiento a los responsables, generando una impunidad que lesiona a la democracia y al conjunto de la sociedad. A ello y por la responsabilidad estatal comprometida ante la comunidad internacional, no podemos ni debemos agregar la impunidad del incumplimiento de las penas porque ello ocasionaría un resquebrajamiento institucional y una pérdida de confianza en la justicia del país. Del análisis realizado puede concluirse que la imprescriptibilidad, la adecuada sanción, imposición y cumplimiento de condena, frente a los crímenes de lesa humanidad, como los demás delitos tipificados en el derecho penal internacional, derivan de la estricta aplicación de la legalidad internacional, porque de lo contrario el Estado incurriría en responsabilidad ante la comunidad de las naciones por el incumplimiento de los tratados. Por ello viola nuestro derecho aplicar el instituto de la prescripción, la exclusión de responsabilidades a los sujetos que perpetrando graves violaciones a los derechos humanos, puedan ser beneficiados con leyes de amnistías, indultos, conmutación de pena, reducción de condenas y cómputos privilegiados, vulnerar el derecho a la verdad, el derecho de las víctimas, significando un inadmisibles menosprecio a la dignidad humana, que repugnarían a la conciencia de la humanidad. La CSJN ha rechazado planteos semejantes por insustanciales al pretender revisiones de su doctrina reiterada, cuando los recurrentes no ofrecen nuevos argumentos que ameriten una revisión de lo decidido, situación que se observa en la presente causa sometida a control jurisdiccional -Fallos: 327:3312; 328:2056; E. 191. L XLIII-. Entiendo oportuno recordar que se ha sostenido que: "¿la extrema gravedad de ciertos crímenes, acompañada por la renuencia o la incapacidad de los sistemas penales nacionales para enjuiciarlos, son el fundamento de la criminalización de los crímenes en contra de la humanidad según el Derecho Internacional..." (Ambos, Kai; "Temas de Derecho penal internacional y europeo", Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 181). De otro lado, se ha afirmado que se trata de un mandato de justicia elemental, siendo que "¿la impunidad de las violaciones de los derechos humanos (culture of impunity) es una causa importante para su constante repetición..." (cfr. Werle, Gerhard; "Tratado de Derecho Penal Internacional", Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 84). En efecto, "...la categoría que hoy cuenta con una codificación penal (el Estatuto de Roma) y un cuerpo jurídico de interpretación en constante crecimiento, es también el producto de una evolución histórica que, al menos desde la segunda guerra mundial, ha incorporado con claridad las graves violaciones de los derechos humanos cometidas a través de la actuación estatal en el catálogo de delitos de lesa humanidad..." (del dictamen del Procurador General, doctor Esteban Righi, en "Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal", del 1º de septiembre de 2006). En consonancia a ello ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular referencia a la viabilidad en la aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos respecto de hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor, que "...no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos... [Y] desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno..." (Considerandos 28 y 29 del voto de la mayoría en "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación lícita y otros", causa Nº 259, del 28 de agosto de 2004, Fallos: 327:3312). Así pues, "...de acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional..." (Considerando 32 del voto mayoritario en el fallo citado supra). Ello así por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico no se "...determina la exclusión del derecho de gentes. En la medida en que éste sea aplicable para la adecuada solución del caso, tal aplicación será inexcusable para el juzgador en función de lo dispuesto por el art. 21 de la ley 48, pues debe contemplarse la circunstancia de que como toda regla de derecho internacional, convencional o consuetudinaria, un tratado no se aplica en 'vacío' sino en relación con hechos y dentro de un conjunto más amplio de normas que integran el sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar y del cual no es más que una parte...? (Considerando 15 del voto del doctor Bossert en "Priebke, Erich s/ solicitud de extradición?", causa nº 16.063/94, del 2 de noviembre de 1995, Fallos: 318:2148). En punto a eso, nuestro Máximo Tribunal ha señalado que "...los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y

cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos... pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional..." (Considerando 16 del voto de la mayoría en "Arancibia Clavel, Enrique L. s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", Fallos: 327:3312). En este sentido, se ha sostenido in re "Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación", que "aquellas normas que describen y condenan una acción que atenta contra el llamado 'derecho de gentes', son de carácter imperativo, de ius cogens, pudiendo emanar de cualquier fuente de derecho internacional, toda vez que constituyen valores fundamentales de la comunidad internacional y que ningún Estado puede dejar de lado excepto por otra norma de igual carácter (art. 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados), características que determinan como consecuencia, la apertura de la jurisdicción universal" (causa 16.179, reg. 21.056, rta. el 15/5/2013; ver también "Videla, Jorge Rafael s/recurso de casación", causa N° 14.571, reg. 19.679, rta. el 22/6/2012). En ese contexto, a modo de conclusión, se observa que cuando los órganos jurisdiccionales de nuestro país dicen aplicar tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados con posterioridad a los hechos ilícitos investigados, lo que están plasmando en sus resoluciones no sólo es derivación de una fuente internacional, sino que también es la aplicación del derecho interno vigente al momento de tales sucesos que, de acuerdo al texto constitucional de 1853 de nuestra Carta Magna, se hallaba en el artículo 99 (102 con la reforma de 1860, actual 118, luego de la reforma introducida en el año 1994). De otra parte, y en lo atinente al principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal, considero necesario efectuar una aclaración sobre los efectos dimanantes del reconocimiento del llamado derecho de gentes en la Constitución Nacional, particularmente en lo que respecta al principio consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna frente a la aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, por los que el Estado argentino se ha obligado ex post facto. Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que el principio de legalidad consagrado en el ámbito nacional -al menos en lo referente a la aplicación de la regla de la irretroactividad de la ley penal derivada de aquél-, queda desplazado por la normativa internacional positivizada y de origen consuetudinario frente a la comisión de delitos de lesa humanidad ("Arancibia Clavel, Enrique L. s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", Fallos: 327:3312). En este sentido, se ha rechazado, en la aplicación del derecho doméstico, la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados (Fallos: 287:76), pero se ha declarado que "...la excepción a esta regla, está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma..." (Considerando 21 del voto mayoritario en el fallo citado en el párrafo precedente). Ello así toda vez que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos importan el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens), cuya función primordial es "...proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal..." (cfr. Considerandos 28 y 29 del voto de la mayoría). De esta manera, "...tomando en cuenta que el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía... la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituyen una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. Corte IDH, caso "Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C N° 75; caso "Trujillo Oroza vs. Bolivia" - Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie C N° 92; caso "Benavides Cevallos" - cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6° y 7°)..." (Considerando 36 del voto mayoritario). A modo de corolario, resulta esclarecedor sobre este aspecto el voto del Ministro Maqueda en el citado fallo "Arancibia Clavel", en punto a que "...la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía -al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa- un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente -dentro de este proceso evolutivo- como ius cogens. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa..." (Considerando 27), obligaciones que los constituyentes de 1853 ya hablan considerado para el Estado argentino en el texto del art. 102 a que se hiciera referencia supra. Así, "Este deber, que se erige como imperativo jurídico para todos los Estados, tiene primacía sobre cualquier disposición en contrario de los ordenamientos jurídicos locales, ocupando por tanto la posición más alta entre todas las otras normas y principios, aún las del derecho interno" ("Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación", causa 16.179, reg. 21.056, rta. el 15/5/2013). En este punto,

corresponde destacar que respecto de hechos como los investigados en la presente causa, el Alto Tribunal ha sostenido que el Estado argentino debe -de conformidad con el derecho internacional que lo vincula-, garantizar su juzgamiento, puesto que se trata de delitos de lesa humanidad y que el incumplimiento de tal obligación compromete la responsabilidad internacional del Estado argentino (Fallos: 328:2056 y 330:3248) cuestiones que, sumadas al dictado de la ley 25.779, echan por tierra todo tipo de argumentación atinente a la violación al principio de cosa juzgada. Por lo argumentado corresponde afirmar que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad no deriva de una categorización ad hoc y ex post facto y en suma, conllevan a descartar tanto los planteos de prescripción como el de todas aquellas consideraciones que se yerguen en la afectación al principio de legalidad en general, o articulaciones defensoras encaminadas a lograr la impunidad, reducción de condenas o disminución de su cumplimiento. Efectuadas tales aclaraciones, entiendo que corresponde rechazar los planteos aquí analizados toda vez que dada la especial calidad de delitos de lesa humanidad que nos ocupa, las garantías en cuestión no sólo ceden frente a la obligación del Estado de investigar y dar una respuesta jurídico-penal en los casos concretos de graves violaciones a los derechos humanos, sino también ante el derecho que tienen las víctimas, la sociedad y la comunidad internacional de que estos hechos no queden impunes. En torno a la cuestión a estudio, Edgardo Alberto Donna ha referido que "El propio Welzel ha afirmado que 'los años que van desde 1935 a 1945 han significado también una profunda crisis (corte) para la teoría jurídica. Positivismo y neokantismo, las teorías de las ideologías y el existencialismo fueron arrojadas al crisol de un nihilismo, no meramente imaginado, sino muy real. Después de estos años, el mundo del Derecho presentaba un aspecto muy distinto al de antes. El cambio puede señalarse muy claramente por dos manifestaciones de Radbruch, una del año 1931 y otra del año 1947. Un año antes de la llegada al poder del nacionalsocialismo, que iba a despojarle de su cátedra, Radbruch había consagrado filosóficamente, por así decirlo, el concepto estricto del Derecho del positivismo: '¿Quién es capaz de imponer el Derecho, prueba con ello que está llamando a crear el Derecho...?' Dos años después del derrumbamiento del nacionalsocialismo, escribía: «La ciencia del Derecho tiene que meditar, de nuevo, sobre la verdad milenaria de que hay un Derecho superior a una ley, un Derecho Natural, un Derecho divino, un derecho racional, mediado con el cual la injusticia sigue siendo injusticia, aunque reviste la forma de ley, y ante la cual la sentencia pronunciada de acuerdo con esta ley injusta no es Derecho, sino lo contrario al Derecho»' [(WELZEL, Hans, Introducción a la Filosofía del Derecho (Nurrecht und Materiale Gerechtigkeit), trad. De Felipe González Vicén, 2o ed., Aguilar, Madrid, 1971, p. 230)]" (conf. autor citado, Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo en AA.W., "Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p.81). En esta línea, coincidente con Donna, sostengo que el mismo problema se presentó en Argentina con el llamado proceso militar, de 1976 a 1983, "... En este periodo el Derecho no reaccionó, y menos aún los jueces que debían y estaban en condiciones de hacerlo, salvo contadas excepciones" (ibidem), por ello en esa etapa el derecho existió para cuestiones de conflictos e ilícitos entre particulares, pero el derecho para su ejercicio ante los crímenes de lesa humanidad fue insuficiente y se debió acudir a los estrados internacionales para que se visibilizara la cuestión, por ello la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue la primera que dio respuesta ante las graves violaciones a los derechos humanos.

3.5. Concepto y modalidades de Impunidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido a la impunidad como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana". Así, la Corte internacional regional ha advertido que el Estado "tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y, la total indefensión de las víctimas y sus familiares. Tradicionalmente al hablar de impunidad se referían las dimensiones de impunidad de hecho e impunidad legal" (Caso de la "Panel Blanca" (Panlagua Morales y otros), del 8 de marzo de 1998, párr. 173; Caso Bámaca Velásquez, del 25 de noviembre de 2000, párr. 211; Caso Las Palmeras, del 6 de diciembre de 2001, párr. 56; Caso Juan Humberto Sánchez, del 7 de junio de 2003, párr. 143; Caso Bulado del 18 de septiembre de 2003, párr. 120; Caso Maritza Irujo del 27 de noviembre de 2003, párr. 126, entre muchísimos otros). Se han desarrollado en la comunidad internacional diferentes dimensiones del concepto de impunidad, vinculadas algunas de ellas con las graves violaciones a los derechos humanos, en su definición más literal se ha entendido a la impunidad como ausencia de castigo y tradicionalmente se ha hablado de impunidad "de hecho" y "legal", pero los desarrollos en la materia han permitido delinear características más amplias a dicho concepto. La impunidad de hecho es producto de la debilidad de las instituciones, especialmente del poder judicial, encargado por antonomasia de dar respuesta a las víctimas y a la sociedad en su conjunto ante violaciones a los derechos humanos. Se habla de impunidad de hecho cuando las fuerzas de seguridad no suministran pruebas que permitan identificar a los autores y conocer lo ocurrido, cuando los funcionarios involucrados se rehúsan a declarar ante los tribunales, en la adulteración de registros públicos, o la intimidación a víctimas, testigos, abogados o jueces. Todas estas circunstancias son posibles además frente a gobiernos con falta de voluntad o impotencia en ejercer la autoridad que revisten para el despliegue, sostenimiento y cumplimiento en materia de políticas de estado, entendidas como objetivos centrales fijados por un país,

y producto de consensos sociales y políticos que deben ser independientes por ello de banderías partidarias o ideológicas. Respecto de la impunidad legal, su expresión se concretiza mediante la sanción de leyes, decretos, instituciones o mecanismos jurídicos y procesales que impiden la investigación, juzgamiento, eventual sanción y reparación, cuando se trata de violaciones a los derechos humanos. En esta tipología de impunidad se encuentran disposiciones de inmunidad de fuerzas de seguridad, leyes de amnistía, indultos dictados una vez determinada la responsabilidad de los autores de dichas violaciones, mecanismos para burlar o incumplir con condenas. El caso de nuestro país fue uno de los más emblemáticos en materia de impunidad legal, a consecuencia del dictado de las conocidas leyes de obediencia debida y punto final, que en una suerte de "perdón" generalizado, sin siquiera haberse identificado a los autores de las violaciones a los derechos humanos, con lo que la dimensión de la impunidad alcanzaba todos los aspectos que la definen: impunidad de investigación, de juzgamiento, de sanción y de reparación. El concepto de impunidad bajo los dos grandes grupos antes referidos -de hecho y legal-, también puede ser desarrollado y analizado conforme dimensiones más específicas. Así, se han individualizado diversos tipos de impunidad: 1) de hecho, 2) investigativa, 3) por falta de avances judiciales, 4) legal, 5) delictiva y 6) por falta de reparación de las víctimas. La impunidad de hecho se sostiene en países con estructuras institucionales débiles, donde la investigación, juzgamiento, sanción y reparación de conductas en transgresión a derechos humanos se hace dificultosa producto de esa ausencia de fortaleza de los poderes judiciales, legislativos y ejecutivos. En el caso de la impunidad investigativa, se concretiza en la dificultad o imposibilidad de llevar adelante procesos que permitan conocer lo ocurrido e identificar a sus responsables, ya sea a consecuencia de falta de herramientas adecuadas para la investigación, o productos de acciones concretas de obstaculización, entre ellas ocultamiento de la verdad, "pactos de silencio" de los responsables, entre otras. Al hablar de impunidad por falta de avances en la justicia, se debe prestar especial atención a las demoras en el juzgamiento de conductas de graves violaciones a los derechos humanos, ocasionadas ya sea por la ausencia de tribunales e insuficientes, vacancias, subrogancias de jueces titulares, retardo de justicia. Habré de detenerme en este aspecto que se vincula estrechamente con el tema que corresponde decidir en estas actuaciones, ya que el dictado de la ley N° 24.390 conocida como "2x1" contempló un cálculo privilegiado de los plazos de prisión preventiva con fundamento justamente en una problemática carcelaria en la República Argentina y persiguiendo un empleo más racional del encarcelamiento preventivo, es decir en atención a la congestión de los tribunales en dictar sentencia, y en la proliferación de casos de prisión preventiva con plazos prolongados. Es decir, que el propio fundamento del dictado de la ley N° 24.390 puede ser inscripto dentro de un supuesto de impunidad por falta de avances en la justicia, y que se erige en este caso en un supuesto de dimensiones aún más graves atento la naturaleza por la que Girbone ha sido condenado en estas actuaciones, por graves violaciones a los derechos humanos, analizando que durante la vigencia de la ley N° 24.390 no estuvo detenido en prisión preventiva porque había sido favorecido por las "leyes de impunidad" que impedían que pudiera ser juzgado en el país, las que fueron luego declaradas insanablemente nulas por la CSJN. Respecto a la impunidad legal, claro ejemplo de ello se encuentra en las leyes de obediencia debida, punto final e indultos dictados en la República Argentina, respecto de las conductas que fueron luego sometidas a juzgamiento como producto de la decisión del Congreso Nacional al disponer la nulidad de todas las disposiciones que habían garantizado la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos que se verificaron en el territorio de nuestro país. En la dimensión delictiva, impunidad se traduce en la comisión de delitos para lograr la evitación del juzgamiento de hechos de la naturaleza de los que aquí nos ocupan. Como ha sucedido en nuestro país con la desaparición y homicidio de testigos y querellantes. A fin de evitar la reiteración de este tipo de situaciones se creó mediante ley N° 25.764 el "Programa de Protección Nacional de Testigos e Imputados", destinado a preservar la seguridad de testigos, víctimas y abogados que hubieran colaborado de modo trascendente y eficiente en una investigación judicial de competencia federal, relativa a los delitos previstos por los artículos 142 bis y 170 del Código Penal de la Nación y los previstos por las leyes N° 23.737 y 25.241. Finalmente, la impunidad también se verifica cuando no hay reparación a las víctimas por las pérdidas y sufrimientos padecidos a consecuencia de los ilícitos. En nuestro país a lo largo del tiempo y con el restablecimiento de la democracia, se han sancionado diversas leyes con el objetivo de reparar a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos: 1) Ley N° 24.321 Certificado de "ausencia por desaparición forzada"; 2) Ley N° 24.411 Indemnización por desaparición forzada o fallecidos por el accionar del terrorismo de Estado; 3) Ley N° 24.043 Indemnización para ex Detenidos; 4) Ley N° 25.914 Indemnización para los Hijos de desaparecidos y fallecidos víctimas de la dictadura; 5) Ley N° 26.564 de ampliación de los beneficios de las leyes N° 24.043 y N° 24.411. En el artículo "La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas -notas para la reflexión-" de Wilder Tayler -Director Jurídico de "Human Rights Watch"-se precisó que "En su versión literal, impunidad significa ausencia de castigo. Ante la existencia de una violación de los derechos humanos, el sistema judicial penal diseñado para llevar a juicio y castigar a los responsables se encuentra ausente o no entra en funcionamiento. Cuando esto ocurre la noción misma de justicia, sustento esencial de la convivencia democrática, se ve profundamente distorsionada. Los responsables de tales violaciones, al constatar que pueden violar la ley impunemente, encuentran aliento para seguir cometiendo esos

crímenes. Esto socava la doctrina del Estado de Derecho que presume que nadie, incluyendo a los funcionarios y los gobernantes, se encuentra por encima de la ley" (cfr. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06843-7.pdf>). En el caso de violaciones a los Derechos Humanos se ha puesto énfasis además en la necesidad de conocer la verdad de lo ocurrido, reparar a las víctimas y la sociedad por lo sufrido y adoptar medidas de prevención concretas por parte del Estado a fin de evitar reiteración de conductas de esas características. Diversos tratados internacionales han receptado la necesidad de erradicar la impunidad ante violaciones a los Derechos Humanos, y establecido las obligaciones que los Estados parte adopten frente a la comunidad internacional en dicha tarea.

La "Declaración Universal de Derechos Humanos" (arts. 7 y 8), la "Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio" (arts. 1 y 5), la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad" (arts. 1 .b, 3 y 4), el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (art. 2) la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes" (art. 2), "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" (arts. 1 y 3); todos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), prevén disposiciones y lineamientos vinculados con la eliminación de toda impunidad en la investigación, juzgamiento y sanción de graves violaciones a los derechos humanos. Ahora, específicamente debe resaltarse que algunos tratados de derechos humanos requieren que los Estados partes velen por el castigo de ciertos delitos con penas que reflejen la gravedad de los crímenes. Como ejemplo el artículo 4.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes dispone que "Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad". Por su parte en el preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se ha definido a los delitos de lesa humanidad como los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto que "no deben quedar sin castigo" y que "hay que adoptar medidas [para] asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia". Es entonces que frente a los crímenes de lesa humanidad, el Estado tiene obligaciones internacionales: no puede amnistiar, no puede indultar, no puede aplicar la cosa juzgada fraudulenta o penas irrisorias, y tampoco hacer reducciones que impliquen, en la práctica, un beneficio equiparable a la conmutación de la pena, como pretende la defensa en este caso. La evolución experimentada por el derecho penal, a escala nacional e internacional, permite concluir que la prohibición de las amnistías y demás medidas de impunidad en el caso de los delitos de derecho internacional, incluidos los crímenes de lesa humanidad, se ha convertido en una norma de derecho internacional consuetudinario. La comunidad jurídica internacional se ha opuesto constantemente a cualquier medida de impunidad, sin excepción, ya que impiden que se esclarezca la verdad, que se dicte una sentencia judicial de culpabilidad o inocencia o que se ofrezcan reparaciones plenas a las víctimas y a sus familias (Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, "Prosecutor v. Moinina Fofana, Decisión on preliminary motion on lack of jurisdiction: illegal delegation of jurisdiction by Sierra Leone", 25 de mayo de 2004, párr.3). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que "las disposiciones que impidan la investigación y el castigo de los responsables de violaciones graves son inadmisibles" y que "la pena que el Estado asigne a los autores de conducta ilícita debe ser proporcional a los derechos reconocidos por la ley y la culpabilidad con que hayan actuado los autores, lo que a su vez se debe determinar como función de la naturaleza y la gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de un fallo dictado por una autoridad judicial" (Caso de la Masacre de la Rochela c. Colombia, fallo de 11 de mayo de 2007, serie C, 163, párrs. 194 y 196). Asimismo que "Aun cuando la Corte no puede, ni pretende, sustituir a las autoridades nacionales en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno, el análisis de la efectividad de los procesos penales y del acceso a la justicia puede llevar al Tribunal, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, a analizar la proporcionalidad entre la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita de un agente estatal y el bien jurídico afectado en la violación de derechos humanos. En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado. En efecto, existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos" (Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, Sentencia del 26 de mayo de 2010, párr. 150). A su vez, que "El otorgamiento indebido de estos beneficios puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso? (cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 145). Por último, que "En este sentido, la Corte ha destacado que las sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican determinados contextos estructurales de violencia" (cfr. Caso González y otras -"Campo Algodonero"- Vs. México, supra nota 15, párr. 377).

3.6. Extremo no contemplado en el fallo de la CSJN. Vigencia de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final al momento del dictado de la ley N° 24.390. Uno de los aspectos que la decisión adoptada por la mayoría de la Corte

Suprema en el caso "Muiña" omitió considerar, es que al momento de la sanción de la ley N° 24.390 se encontraba vigente en el país un sistema normativo de impunidad para los crímenes de lesa humanidad. Esta situación fue el producto de las denominadas leyes de Obediencia Debida y Punto Final, sancionadas durante el gobierno del Presidente Alfonsín, que obturaban toda posibilidad de investigación de los delitos cometidos durante la dictadura cívico-militar que tuvo lugar en el país entre 1976 y 1983 (Leyes N° 23.521 dictada en 1987 y 23.492 de 1986 -que sólo exceptuaba los delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores-) y por los indultos dispuestos durante el gobierno del Presidente Menem en 1989 (Decreto N° 1002/89). De manera que el legislador al momento de dictar la ley 24.390 de ningún modo pudo prever a los responsables por delitos de lesa humanidad cometidos en la dictadura 1976-1983, como beneficiarios de la norma (en particular del beneficio del cómputo establecido por el art. 7° de dicha ley), atento que sobre ellos existía una cobertura legal que les aseguraba la impunidad. Incluso, de haberlo podido prever, el dictado de dicha norma sobre cómputo privilegiado de pena, en condiciones de posible aplicación a los condenados por graves violaciones a los derechos humanos, habría sido contrario a los fines y deberes asumidos por el Estado por la suscripción de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a los que precisamente en ese mismo año se otorgó jerarquía constitucional en orden a la reforma del año 1994 {art. 75, inc. 22 CN), pues el deber de investigar y sancionar a los responsables de dichas violaciones a los derechos humanos, implica la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto conceder impunidad a los responsables de ilícitos de tal gravedad. Esa falta de previsibilidad del legislador de que incluya a los condenados por delitos de lesa humanidad como beneficiarios del sistema de cómputo doble privilegiado establecido por el art. 7 de la ley 24.390 resulta relevante, pues una adecuada interpretación de la ley no puede soslayar la consideración del contexto y de la finalidad de su dictado. Como lo ha establecido el Máximo Tribunal, "la inteligencia de las leyes debe practicarse atendiendo al contexto general y los fines que las informan y, a ese objeto, la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador" (el destacado me pertenece, Fallos: 335:622, entre muchos otros). En definitiva, a partir del pormenorizado estudio de los votos de los jueces que conformaron la mayoría en el fallo "Muiña", se advierte que ese nivel de análisis normativo no se ha llevado a cabo, pues éste conduce a la ineludible conclusión de que la ley 24.390 no estuvo destinada a ser aplicada a condenados por delitos de lesa humanidad ni tenía entre los fines que la informan ningún tipo de problemática vinculada con la duración de procesos por tales delitos, ni atendían a la prolongación de la prisión preventiva por ellos, dado que simplemente esos delitos no eran ni podían ser juzgados para el momento de su dictado, por las leyes de impunidad vigentes a ese tiempo. A partir de todo lo expuesto se torna palmaria la impunidad que se configura por la aplicación de un mecanismo estatuido por el legislador para agilizar los procesos penales y en virtud de la alta población carcelaria que se encontraba en prisión preventiva, en beneficio de quienes al momento del dictado de la norma (y durante toda su vigencia) no se encontraban (ni podían encontrarse) imputados como consecuencia de la impunidad normativa asegurada por el dictado de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final tras la restitución democrática. No debe perderse de vista que la ley N° 24.390 estuvo en vigencia entre el año 1994 y el año 2001 (Ley N° 24.390, B.O. 22/11/1994 y Ley N° 25.430 B.O. 1/6/2001), mientras que los procesos por los crímenes cometidos durante la dictadura fueron reabiertos a partir del fallo "Simón" de la Corte Suprema (del año 2005), después que se sancionara la ley N° 25.778 que le otorga jerarquía constitucional a la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad" y la ley N° 25.779 que declara insanablemente nulas las leyes de punto final y obediencia debida. 3.7. Deber de investigar, juzgar y sancionar adecuadamente los delitos de lesa humanidad. Tampoco fue relevado en el citado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las implicancias que la adopción del criterio de la mayoría en el caso "Muiña" importan en términos de la responsabilidad del Estado por las obligaciones asumidas frente a la comunidad internacional, en lo que respecta a la investigación, el juzgamiento y la condena -cuando correspondiere-, a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, como mecanismo de reparación integral a las víctimas que han sufrido esta clase de delitos, ni como garantía de no impunidad y de que los crímenes de esa magnitud, crímenes de derecho penal internacional, no vuelvan a perpetrarse. En diversos precedentes la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado el deber de los Estados de investigar, juzgar y -en su caso- sancionar las violaciones a los derechos humanos, como una de las medidas positivas que corresponde a éstos adoptar para garantizar los derechos reconocidos en el art. 1.1 de la CADH, con particular mención al derecho que les asiste a las víctimas. En efecto, el Máximo Tribunal regional en Derechos Humanos ha mantenido una jurisprudencia esclarecedora y sostenida en sentido 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" (Corte IDH - Serie C NQ 75, Caso "Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41; doctrina reiterada en caso "Myrna Mack Chang", sentencia del 25 de noviembre de 2003, párr. 276; caso "Almonacid

Arellano vs. Chile", sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr.112; caso "Gelman vs. Uruguay", sentencia del 24 de febrero de 2011, párr. 255; caso "La Cantuta vs. Perú", sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 152). Corresponde recordar que en su voto concurrente en "Barrios Altos", el juez García Ramírez, afirmó que las "disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos" (párr. 11). En el citado fallo "Gelman vs. Uruguay", la Corte IDH destacó que "la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de jus cogens" (párr. 183). Tales obligaciones del Estado fueron puestas de resalto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos "Simón" y "Mazzeo" (Fallos: 328:2056 y 330:3248, respectivamente). Allí afirmó el Tribunal Cintero que "...el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en diversos tratados y documentos prescribe la obligación por parte de toda la comunidad internacional de 'perseguir', 'investigar' y 'sancionar adecuadamente a los responsables' de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos" ("Mazzeo", consid. 10Q, el destacado me corresponde). Resulta fundamental las consideraciones efectuadas en dicho pronunciamiento por la Corte Suprema en su considerando 22Q, en cuanto reconoció que la Corte IDH ha impuesto a los Estados "...las siguientes obligaciones: 1º El principio general que recae sobre los estados de esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes que debe entenderse concretamente como un deber estatal que asegure recursos eficaces a tal efecto ('Corte IDH - 'Velásquez Rodríguez', Serie C Nº 4, 29 de julio de 1988, considerandos 50 a 81); 2º Deber de los estados de garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial ('Corte IDH - 'Loayza Tamayo', Serie C Nº 33, del 17 de septiembre de 1997, considerando 57 y Corte IDH - 'Castillo Páez', Serie C Nº 43, del 27 de noviembre de 1988, considerando 106); 3º La obligación de identificar y sancionar a los autores intelectuales de las violaciones a los derechos humanos (Corte IDH - 'Blake', Serie C Nº 48, del 22 de enero de 1999, considerando 61); 4º La adopción de las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación incluida en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ('Loayza Tamayo', Corte IDH - Serie C Nº 42, del 27 de noviembre de 1998, considerando 171; 'Blake', considerando 65; 'Suárez Rosero', Corte IDH - Serie C Nº 35, del 12 de noviembre de 1997, considerando 80; 'Durand y Ugarte', Serie C Nº 68, del 16 de agosto de 2000, considerando 143); 5º La imposición de los deberes de investigación y sanción a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos no se encuentra sujeta a excepciones ('Villagrán Morales', Corte IDH - Serie C Nº 63, del 19 de noviembre de 1999, considerandos 225 y 226; 'Velásquez Rodríguez', Serie C Nº 1, 29 de julio de 1988, párr. 176); 6º La obligación de los estados miembros de atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares y que los delitos de desaparición y muerte sean debidamente investigados y castigados por las autoridades ('Blake', Serie C Nº 36, 24 de enero de 1998 párr. 97; 'Suárez Rosero', considerandos 107 y 108, 12 de noviembre de 1997; 'Durand y Ugarte', Serie C Nº 68, 16 de agosto de 2000, considerando 130; 'Paniagua Morales', Corte IDH, Serie C Nº 37, del 8 de marzo de 1998, considerando 173; 'Barrios Altos', párr. 42, 43, y 48)". Asimismo, se refirió el citado fallo que "...la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su Preámbulo menciona de manera expresa '...la obligación que incumbe a los estados en virtud de la Carta [de las Naciones Unidas], en particular del artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y libertades fundamentales, y en su articulado impone a los estados el deber de perseguir esa clase de delitos e imponer penas adecuadas (4.2)" (considerando 22 del voto de la jueza Highton de Nolasco in re: "Simón", Fallos: 328:2056 y "Mazzeo", consid. 26º). Por su parte, en "Simón", la Corte indicó que "...a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del sub lite". No caben dudas de que una interpretación de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto se refirieron a la "sanción adecuada" de los delitos que constituyeron graves violaciones a los derechos humanos, que armonice el cabal cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado con el resguardo y garantía de los derechos de las víctimas, comprende también la observación del cumplimiento de dichas sanciones, en apego a las normas de jerarquía constitucional, convencional y de orden interno aplicadas conforme los principios establecidos en la Convención de Viena y en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. Cabe destacar en esa línea que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que "Para que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del

contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia" (el destacado me pertenece; Corte IDH, caso "Masacre de Rochela vs. Colombia", párr. 193). De manera que no cabe más que concluir que los deberes del Estado asumidos en virtud de las normas convencionales comprende la ejecución de la pena o sanción impuesta por los crímenes de lesa humanidad, pues lo contrario, es decir limitar los deberes del Estado a la imposición de una pena sin atender a su efectivo cumplimiento, importaría la renuncia a los fines establecidos en los instrumentos del art. 75 inc. 22 de la C.N. y la desatención al derecho de las víctimas y de la sociedad en general, y en consecuencia comprometería la responsabilidad internacional de la Nación. Al respecto, cabe rememorar el citado caso "Gelman", pues allí el Máximo Tribunal regional estableció que "cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (párr. 1932). Cabe recordar que el principal documento adoptado por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), exhortó a los Estados a "derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y sancionar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley" (Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción de Viena, 25 de junio de 1993, Parte II, párr. 60). A modo de conclusión, conforme las consideraciones efectuadas por la Corte en el fallo "Mazzeo" citado, "...lo cierto es que los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada, quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo" ("Mazzeo", consid. 312)f decisiones discrecionales de las que no cabe excluir la aplicación de un beneficio en el cómputo de la pena en base a una norma que no estuvo vigente en ningún momento de la detención (ni de la tramitación del proceso) del imputado y que de ninguna manera pudo estar en miras del legislador como universo de casos a los que dicha norma resultaría aplicable.

3.8. Derecho de las víctimas. En este marco contextual y conforme lo sostenido en los apartados precedentes, la aplicación de la ley más benigna debe ser interpretada a la luz de los estándares internacionales según prescripciones convencionales de los delitos de lesa humanidad, en donde los alcances de la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones de derechos humanos, comprende la obligación que tiene para con las víctimas y sus familiares de reparar dichas violaciones. En este sentido, cabe apuntar que la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad" y el "Estatuto de Roma" de la Corte Penal Internacional instauran el esquema jurídico para el juzgamiento de los delitos de esta naturaleza y para la reparación de sus víctimas, y dentro del ámbito de las Naciones Unidas, la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes" impone a los estados el deber de perseguir esa clase de delitos e imponer penas adecuadas (art.4.2). A su vez, la Corte IDH ha sostenido reiteradamente que el art. 25 de la Convención Americana obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y que las víctimas obtengan una reparación integral por el daño sufrido. Señaló que los Estados tienen la obligación de atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares y que los delitos de desaparición y muerte deben ser debidamente investigados y castigados por las autoridades ("Blake", Serie C N° 36, 24 de enero de 1998 párr. 97; "Suárez Rosero", considerandos 107 y 68, 16 de agosto de 2000, considerando 130; "Paniagua Morales", Corte IDH, Serie C NQ 37, del 8 de marzo de 1998, considerando 173; "Barrios Altos", párr. 42, 43, y 48). En este orden, se afirmó 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 y el acceso al derecho. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención (Caso "Velásquez Rodríguez Vs. Honduras", Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C 4.176). El deber de reparación de las víctimas se erige como imperativo jurídico para todos los estados y tiene primacía sobre cualquier disposición en contrario de los ordenamientos jurídicos internos. En este punto, es dable destacar que el concepto de víctima del delito exige tener en consideración todas las aristas lesivas del particular comportamiento ilícito. La Corte IDH ha establecido al respecto que "...los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En esta línea, este Tribunal ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas con motivo del sufrimiento propio que éstos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales

frente a los hechos" (caso "Masacre de Pueblo Bello", sentencia del 31 de enero del 2006, párr. 154). A su vez, ha señalado el juez Sergio García Ramírez en el voto razonado en relación con la sentencia de la Corte IDH del 29 de junio de 2006 en el caso de las "Masacres de Ituango" que "es claro que la víctima o lesionado es el titular de un bien jurídico que halla amparo en el derecho recogido en la Convención Americana: vida, libertad, seguridad, propiedad, integridad, etcétera. Víctima, pues, es quien sufre la lesión de ese derecho, que le corresponde. En algunas ocasiones hemos hablado de víctimas directas e indirectas. En rigor, sólo existe una categoría relevante para los fines de la Convención: la víctima o lesionado, acreedora a las reparaciones que la Convención ordena o autoriza, que no podrían destinarse a otras categorías de sujetos..." (párrafo 10). Explicó que al hablar de "víctima directa nos referimos a la persona contra la que se dirige, en forma inmediata, explícita, deliberada, la conducta ilícita del agente del Estado: el individuo que pierde la vida, que sufre en su integridad o libertad, que se ve privado de su patrimonio, con violación de los preceptos convencionales en los que se recogen estos derechos. Y cuando nos referimos a víctima indirecta aludimos a un sujeto que no sufre de la misma forma -inmediata, directa, deliberada- tal conducta ilícita, pero también mira afectados, violentados, sus propios derechos a partir del impacto que recibe la denominada víctima directa. El daño que padece se produce como efecto del que ésta ha sufrido, pero una vez que la violación le alcanza se convierte en lesionado bajo un título propio -y no reflejo o derivado- que se funda en la misma Convención y en los derechos reconocidos por ésta" (párrafo 11). Concluyó que por lo tanto "una y otras son, en esencia, víctimas en sentido estricto: es decir, víctimas directas o víctimas 'a secas', pura y llanamente, aunque resulten diferentes las violaciones que les agravan, generalmente sucesivas [...]. Finalmente, es posible que aparezcan víctimas en la secuela de los hechos que siguen al original y poseen entidad propia; así, negativa de brindar \* acceso a la justicia para la investigación y enjuiciamiento de los responsables. Los sujetos correspondientes a las tres categorías mencionadas son víctimas -sin necesidad de más deslindes o calificaciones- del quebranto que sufren". En cuanto a la reparación que debe garantizar el Estado a las víctimas de los delitos de esta gravedad y naturaleza, la misma debe ser "adecuada, efectiva y rápida" y "tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario". La compensación "ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente [...]: f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones" (Resolución 60/147 de la Asamblea General "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", puntos 15 y 22 respectivamente). Es decir, la imposición de penas proporcionales a la gravedad del delito en los casos de crímenes de lesa humanidad se erige como un mandato imperativo para cumplir con el compromiso internacional de reparación a las víctimas, que debe atender a una sanción "adecuada", proporcional a la gravedad del hecho juzgado y al daño causado. El juez, al entender en el caso concreto, debe ponderar el bien jurídico afectado y la culpabilidad con la que actuó el autor, para dar una respuesta ajustada a la naturaleza y gravedad de los hechos, pues sólo así se logra dar respuesta a los damnificados y a la sociedad toda. Se trata de que el derecho penal persiga y sancione con penas proporcionadas a los delitos de mayor gravedad, especialmente cuando se trata de hechos calificados como crímenes contra la humanidad, valorando el sentido y fin de la pena impuesta, en función del principio de proporcionalidad. Insisto que los sucesos aberrantes ocurridos en nuestro país durante la última dictadura cívico-militar cometidos en el marco del plan sistemático llevado adelante por diversas fuerzas de seguridad han ocasionado incalculables víctimas. La ejecución de aquel plan fue realizado "en forma generalizada y por un medio particularmente deleznable cual es el aprovechamiento clandestino del aparato estatal" (cfr. Fallos: 309:33) contra la población civil, muchos de cuyos delitos continúan vigentes y cuyas víctimas aún no han sido reparadas por el Estado, entre ellos los niños que fueron ilegalmente apropiados y que aún hoy desconocen su identidad. Desde esta perspectiva de protección de los derechos de las víctimas, se advierte que la aplicación del art. 7 de la Ley 24.390, al disminuir automáticamente la dosimetría punitiva impuesta a los condenados, trastoca y desvirtúa sin más la sanción aplicada por los órganos jurisdiccionales de conformidad con las pautas establecidas legalmente a los autores de los delitos de esta laya, que revisten el mayor reproche penal, social, moral y político. Se produce así un quebrantamiento en las obligaciones del Estado frente a la comunidad internacional, pues la aplicación de una pena, que luego es reducida de forma inadecuada, controvierde el deber de reparación plena y adecuada a las personas damnificadas por este tipo de delitos. La reducción en el monto punitivo de los autores de los crímenes de lesa humanidad implican un beneficio que redunde en una sanción desproporcionada, equiparable a la conmutación de la pena, que trae aparejada la impunidad de aquéllos y por consiguiente la reparación se convierte en injusta y deficiente, contrariando el corpus iuris internacional. Al respecto, cabe destacar que la ejecución de la pena en sede nacional está revestida de obligaciones imperativas

que provienen del derecho internacional, de las cuales no pueden disponer las legislaciones nacionales (cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 27). En este orden, es dable señalar que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece en el art. 110 que "1. El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte. 2. Sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso. 3. Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos", circunstancias que no se condicen con la aplicación del beneficio establecido en el art. 7 de la ley 24.390 y en el presente caso el condenado fue efectivamente detenido el 20 de septiembre de 2012, situación en la que permanece actualmente, habiendo efectivamente transcurrido a la fecha cinco años y un mes de detención, monto inferior al que impone el citado art. 110. Así también, la interpretación de la Corte IDH -en un supuesto de aplicación de ley penal más benigna- reafirmó la necesidad de que la aplicación del marco legal respete "la existencia de un principio de proporcionalidad que no beneficie sólo al imputado, sino que constituya un derecho de la víctima de graves violaciones de derechos humanos"...ello bajo parámetros que ratifiquen a su vez el principio de la responsabilidad principal y directa del Estado en la reparación de las víctimas y en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos. Una interpretación compatible con la Convención Americana destierra la posibilidad de imponer penas ínfimas o ilusorias, que puedan significar una mera apariencia de justicia" (caso "Masacre de la Rochela vs. Colombia", sentencia del 11 de mayo de 2007, parág. 190 a 196). Corresponde interpretar la norma en armonía con los estándares internacionales aplicables a los delitos de lesa humanidad. Lo contrario, constituye la desnaturalización de la pena, que se traduce en un supuesto de impunidad en perjuicio de las propias víctimas y conlleva un supuesto de responsabilidad internacional del Estado argentino ante las demás naciones. En este sentido, se ha descartado en el orden internacional la aplicación de medidas de impunidad que impliquen la imposibilidad de esclarecer la verdad o que no brinden reparaciones plenas a las víctimas y a sus familias, en casos de hechos repudiados constitutivos de graves atentados contra los derechos humanos cometidos en el marco de una política de violaciones masivas a esos derechos, desarrollada y organizada desde quienes detentaban de facto el poder del Estado (Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, "Prosecutor v. Moinina Fofana, Decision on preliminary motion on lack of jurisdiction: illegal delegation of jurisdiction by Sierra Leone", 25 de mayo de 2004, parr. 3). Asimismo, la Corte Interamericana ha señalado que "...es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos" (Corte IDH, Serie C NQ 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parág. 124). En la misma línea sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "...es ineludible función de los jueces, en cuanto órganos de aplicación del ordenamiento jurídico vigente, determinar la versión, técnicamente elaborada, de la norma aplicable al caso, tarea a que esta Corte se ha referido aludiendo al establecimiento del sentido jurídico de la ley como distinto de su acepción semántica o vulgar, y como resultado de una interpretación sistemática y razonable. Y también porque los jueces son, en cuanto ministros de la ley, servidores del derecho para la realización de la justicia, que puede alcanzarse con resoluciones positivamente valiosas, derivadas razonablemente del ordenamiento jurídico vigente' (Fallos: 244:27; 238:550; 243:80, entre otros,) incluso en los principios que lo integran para la decisión de los casos concretos (Fallos: 249:37)" (Fallos: 331:2550, Considerando 14°). Asimismo, cabe recordar el criterio del Alto Tribunal según el cual una de las pautas más seguras para verificar si la inteligencia de una disposición es racional y congruente con el resto del sistema del cual forma parte, es la consideración de sus consecuencias (Fallos: 234:482; 303:917; 310:464, considerando 9°; 323:3412; 324:68; 328:53; 331:1262). Por ello, los órganos jurisdiccionales al momento de interpretar y aplicar las leyes deben tener en cuenta los tratados internacionales, la interpretación que han hecho los órganos de monitoreo, entre ellos la Corte Interamericana, los bienes protegidos por la norma y las consecuencias que habrá de producir en la sociedad de la que forma parte. De ello resulta que la aplicación del artículo 7 de la ley N° 24.390, en su redacción original, a casos como el de autos, aparejarla como correlato una mengua sustancial en la punición del delito, consagrando en los hechos la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, pudiendo repercutir negativamente en la sociedad que no tolera ningún tipo de impunidad después de más de cuarenta años de democracia sostenida. En definitiva, se colige que las consideraciones expuestas, derivadas de los tratados internacionales, la jurisprudencia reiterada y recomendaciones de sus organismos interpretativos y de monitoreo, permiten afirmar que las penas impuestas por sentencia firme a los autores de delitos de lesa humanidad, habida cuenta la gravedad de los crímenes juzgados, no pueden modificarse ni disminuirse para consagrar su impunidad. Por lo tanto, atendiendo a la particular naturaleza de los delitos por los que fue condenado Héctor Salvador Girbone, los daños ocasionados a las víctimas, las prescripciones convencionales y el resultado al que conduciría la aplicación ultra-activa del

derogado artículo 7 de la ley NQ 24.390 a hipótesis como las de la especie, se impone el rechazo de la aplicación de aquella norma.

4. Falta de identidad con el caso Muiña. 4.1. Naturaleza del delito y condena de Girbone por la que pretende la aplicación del cómputo morigerado (2 x 1). En este caso, la condena de Girbone corresponde a su imputación como partícipe necesario de un delito de carácter permanente, en particular, el de ocultamiento y retención de un menor de diez años, en concurso ideal, con el delito de alteración del estado civil de un menor de diez años (arts. 12, 19, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 54, 139 inc. 2 -texto según ley 24410- todos ellos del Código Penal), caracterizados todos ellos como crímenes de lesa humanidad. En este sentido, cabe mencionar que respecto de las imputaciones por las que fue juzgado el imputado Muiña, tanto de los fragmentos transcritos por el cívico tribunal en el citado fallo "Muiña" (causa 1574/2014/RH, del 3 de mayo ppdo., supra cit.) como de las sentencias dictadas por la Sala IV (causas 15425, caratulada: "Muiña, Luis y otros s/ recurso de casación", rta. el 28/11/12, reg. 2266/12 y 1731/2013, caratulada: "Bignone, Reynaldo Benito y otro s/ recurso de casación", rta. 28/03/14, reg. 420/14), no se advierte que en aquella hipótesis los hechos por los que fue condenado el nombrado hayan sido subsumidos como "desaparición forzada de personas" ni que, por tanto, se trate de crímenes de carácter permanente que permitieran al Alto Tribunal ingresar en el análisis de esa categoría de delitos y sus alcances. Sin perjuicio de ello, más allá de esta digresión, lo que resulta determinante en este caso es que Girbone no sufrió prisión preventiva ni estuvo sometido a proceso antes de la sanción de la ley 24.390, sino a partir del 20 de septiembre de 2012, o sea pasados más de once años de su derogación, por lo que la citada ley no resulta formalmente aplicable. 4.2. Condena a ocho años de prisión. Establecida la condena a la pena de ocho años de prisión por el actuar ilícito de Girbone, solicita -sin que aún se encuentre firme- la aplicación del cómputo privilegiado conforme el art. 7º de la ley 24.390, la que determinaba que transcurrido dos años de prisión preventiva, se computará por un día de detención preventiva dos de pena de prisión. La prohibición de amnistiar, indultar, perdonar o morigerar sanciones ya impuestas a crímenes de lesa humanidad es un imperativo constitucional y convencional, cuya inobservancia conduce a responsabilidad internacional de la República Argentina frente a la comunidad internacional, constituyendo un caso de gravedad institucional. Cumplir las penas impuestas por un Tribunal Oral -en este caso ocho años de prisión, en la medida que adquiera firmeza-, atendiendo a la gravedad de los hechos y la culpabilidad del agente, y como producto de un juicio oral y público, con la presencia de las víctimas y el Ministerio Público Fiscal en representación de los intereses de la sociedad en su conjunto, es un imperativo ineludible si no se quiere incurrir en serios incumplimientos de normas convencionales con jerarquía constitucional, configurando un desconocimiento de las políticas de estado sobre memoria, verdad, justicia y reparación que durante décadas sostiene la sociedad, las víctimas, sus familiares y nos erigieron en líderes mundiales por el enjuiciamiento y sanción de los crímenes de lesa humanidad. La reducción de pena que implica el llamado "2x1" para la condena de prisión, conduce en la práctica a disolver la posibilidad de una adecuada sanción al responsable de los más graves delitos y violaciones a los derechos humanos. Esa adecuada respuesta ha sido establecida mediante sentencia condenatoria dictada con fecha 9 de septiembre de 2014 -confirmada el 22 de septiembre de 2016 por la Sala II CFCP, encontrándose el recurso de queja aún pendiente de resolución por la CSJN- y ella no puede ser transformada en una sanción sustancialmente distinta y más benigna en transgresión a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino en la lucha contra la impunidad, el respeto por el derecho de gentes y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La repuesta punitiva a tales conductas no es algo menor. Es la consecuencia de la responsabilidad determinada judicialmente por hechos de los más graves que la historia argentina ha tenido que registrar, que pasados más de 40 años aún seguimos enjuiciando y sustanciando debates por los beneficios que en su momento gozaron los delincuentes, conforme las prescripciones de las leyes de impunidad 23.492 y 23.521, declaradas insanablemente nulas por la CSJN. La eventual aplicación del beneficio que estableció la ley N° 24.390 al impactar de modo directo en la pena a cumplir, a consecuencia de un cálculo privilegiado de los tiempos transcurridos en prisión preventiva, transforma en este caso a la pena impuesta en inadecuada, irrisoria e irrazonable en relación a la gravedad del hecho imputado y la culpabilidad de Girbone, determinadas en una sentencia judicial confirmada por la Sala II. Debe atenderse a la relevancia del tema que aquí se plantea, ya que la ley N° 24.390 genera en los hechos y en los casos de juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos la impunidad de las conductas, desatendiendo la proporcionalidad entre la gravedad de las acciones e ilícitos y la sanción que se consideró apropiada en el caso. Comprender dicha consecuencia es decisivo ya que "El combate contra la impunidad es uno de los terrenos donde se perciben las brechas más amplias entre la retórica y la realidad, entre las intenciones expresadas por los gobiernos (de cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos) y los resultados obtenidos" (cfr. Tayler, Wilder artículo antes citado). Además, debe prestarse especial atención a que "el progreso en materia de derechos humanos así como la elaboración del derecho internacional que los reconoce no es, ni ha sido nunca, el producto exclusivo de la labor de diplomáticos y juristas. Por el contrario, la consagración de los derechos humanos es, en gran medida, el producto de luchas y de arduas negociaciones -y a veces dolorosas confrontaciones- donde los individuos y los pueblos que han sufrido las violaciones de los derechos humanos, obteniendo los avances que han de reflejarse en el derecho internacional y en la ley" (cfr.

Taylor, Wilder artículo antes citado). Serias razones vinculadas con la adecuada y proporcional sanción por graves violaciones a los derechos humanos, la prohibición absoluta de establecer penas incompatibles con la gravedad de lo juzgado, que conduzcan a que en su ejecución la pena se transforme en un símbolo de impunidad, constituyen exigencias del DIDH respetuoso del estricto cumplimiento de las obligaciones internacionales. En ellas subyacen razones de justicia, para disuadir en sus prácticas y en la reiteración de futuras conductas en nuestro país de la naturaleza de la atribuida a Girbone, determinando la prohibición de aplicar beneficios legislativos previstos para diversos contextos a situaciones que no comparten los mismos presupuestos tácticos, cuyo incumplimiento generarla un supuesto de gravedad institucional.

5. Colofón. Como he reiterado en el presente voto, el respeto al derecho de gentes y los compromisos asumidos por nuestro país se remontan desde el origen mismo de la organización nacional, por ello es pertinente evocar lo sostenido por nuestro héroe máximo Don José de San Martín al afirmar: "La patria no hace al soldado para que la deshonor con sus crímenes, ni le da armas para que cometa la baja de abusar de estas ventajas ofendiendo a los ciudadanos cuyos sacrificios sostiene. La tropa debe ser tanto más virtuosa y honesta, cuanto es creada para conservar el orden, afianzar el poder de las leyes y dar fuerza al gobierno para ejecutarlas y hacerse respetar de los malvados que serían más insolentes con el mal ejemplo de los militares. Las penas aquí establecidas y las que se dictasen según la ley serán aplicadas irremisiblemente; sea honrado el que no quiera sufrirlas: la Patria no es abrigadora de crímenes" (Código de Honor del Ejército de los Andes, Cuartel General de Mendoza, 4 de septiembre de 1816). El respeto a la memoria, verdad, justicia y reparación imponen recordar que la sociedad argentina fue severamente agredida durante la dictadura cívico-militar que ilegalmente y en violación a la soberanía popular gobernó nuestro país (1976-1983), perpetrándose graves violaciones a los derechos humanos y al derecho de gentes. Al recuperarse la democracia se instauró el estado de derecho y todo el aparato estatal, con sus tres poderes y con el consenso de la sociedad avanzó hacia el enjuiciamiento, investigaciones, sanciones a los responsables y reparación a las víctimas; desandar el camino constitucional y convencional, no respetar la jerarquía suprema, podría interpretarse que no hemos aprendido de nuestra historia y que hechos tan graves podrían volver a repetirse, por lo que conforme las exigencias jurídicas, morales, políticas, sociales e internacionales no podemos aceptar atajos que nos conduzcan a perpetrar la impunidad.

6. En consecuencia, por lo expresado en este voto, propicio al acuerdo que se rechace el recurso de casación deducido por la defensa de Héctor Salvador Girbone, con costas en esta instancia (arts. 470 y 471 a contrario sensu, 530 y ccdds. del CPPN). Tal es mi voto. El señor juez Alejandro W. Slokar dijo: Que, en las particulares circunstancias de la especie y de conformidad con lo ya resuelto respecto del encausado en anterior incidencia en la causa CFP 8223/2012/TO1/2/CFC2, caratulada: "Girbone, Héctor Salvador s/ recurso de casación" (rta. el 23/3/2017, reg. 260/17), adhiere a la solución propuesta en el sufragio que inaugura el acuerdo. A su vez, destaca que frente a planteos de semejantes características al presente ya tuvo oportunidad de expedirse en los expedientes FSM 493/2008/TO1/4/1/CFC4, caratulada: "Riveros, Santiago Ornar s/ recurso de casación" (rto. el 09/06/2017, reg. NQ 715/17) y CFP 14217/2003/TO1/128/CFC77, caratulada: "Astiz, Alfredo Ignacio y otros s/ recurso de casación" (rto. el 28/08/2017, reg. 1050/17), a cuyos argumentos reenvía. Así vota. La señora juez doctora Angela E. Ledesma dijo: Por las consideraciones que he expuesto en la causa N2 FSM 493/2008/TO1/4/1/CFC4, caratulada: "Riveros, Santiago Ornar s/ recurso de casación" (rta. el 09/06/2017, reg. N° 715/17) y en la causa N° CFP 14217/2003/TO1/128/CFC77, caratulada: "Astiz, Alfredo Ignacio y otros s/ recurso de casación" (rta. el 28/08/2017, reg. N° 1050/17), corresponde remitir las actuaciones a su procedencia, con los alcances que allí puntualicé. Así voto. En mérito del acuerdo que antecede, el tribunal, por mayoría, RESUELVE: RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de Héctor Salvador Girbone, con costas (arts. 470 y 471 a contrario sensu, 530 y ccdds. del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase a su procedencia. Sirva la presente de atenta nota de envío.

ANGELA E. LEDESMA Dra. ANA MARIA FIGUEROA ALEJANDRO W. SLOKAR MARIA XIMENA PERICHON SECRETARIA DE CAMARA 034554E