



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

*DICTAMEN N° 12.383
"RECURSO DE CASACION EN AUTOS
FERRANTE, JORGE OSCAR POR
IMPOSICIÓN DE TORTURA (ART. 144
TER. INC. 1) Sala I
Expte. N° FCR 63001777/2007/7/CFC1-RH2*

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante esa Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, en el Expte. N° FCR 63001777/2007/7/CFC1-RH2 de la Sala I, caratulada "RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS FERRANTE, JORGE OSCAR POR IMPOSICIÓN DE TORTURA (ART. 144 TER. INC. 1)" se presenta y dice:

I. INTRODUCCION. OBJETO.

Vengo a manifestar mi opinión respecto del recurso de casación interpuesto por el defensor de Jorge Oscar Ferrante, contra la resolución dictada el día 18 de octubre de 2018 por la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia que resolvió confirmar la resolución del Juez Federal de Río Grande, que había resuelto no hacer lugar al planteo de cosa juzgada formulado por la defensa y que, en relación al planteo de prescripción, resolvió que hasta tanto se acumulasen las probanzas pertinentes que permitiesen dilucidar los hechos, teniendo en cuenta la categorización de lesa humanidad invocada por las partes acusadoras, se suspendía el trámite de la excepción de falta de acción por prescripción.

Asimismo, la alzada dejó aclarado que ninguna investigación podrá tramitarse o iniciarse respecto de Jorge Eduardo Taranto, con relación a los hechos que fueran objeto de la sentencia

dictada a su respecto anteriormente por esa Cámara de Apelaciones como consecuencia del reenvío efectuado por la Casación Penal.

Aquí se investigan torturas y vejámenes durante el conflicto bélico por la lucha de la soberanía del territorio conformado por las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur en 1982, cometidas por oficiales y/o suboficiales del Ejército Argentino contra miembros de la propia tropa, es decir, contra los soldados -que ni siquiera eran profesionales- argentinos, sometidos a su mando y por razones meramente disciplinarias.

Adelanto que aquí se planteará que los hechos imputados son crímenes de guerra y/o graves violaciones a los Derechos Humanos, lo cual acarreará dos consecuencias: 1) que no pueda invocarse contra su investigación y juzgamiento ninguna causal de obstáculo de progresión, extinción o perdón de las acciones penales, como el indulto, la amnistía, la prescripción, o similares, pues es exigible un juzgamiento material, serio y definitivo del fondo del asunto. 2) Que las decisiones de ese tenor dictadas con anterioridad, aunque estén firmes desde el punto de vista del derecho procesal local, como lo fueron la de esta Cámara Federal de Casación Penal y la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la llamada causa "Taranto" (aunque no se expidiera sobre el fondo), son de ningún valor y deben ser dejadas sin efecto. Esta situación no es novedosa para el derecho argentino, sino que ya ocurrió en los casos "Simón" (Fallos: 328:2056), "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), "Espósito-Bulacio" (Fallos: 327:5668), "Derecho, René Jesús" (Fallos: 334:1504) y muchos otros, donde se dejaron sin efecto sentencias firmes de la propia Corte Suprema que había convalidado otros actos jurisdiccionales, leyes e indultos que implicaban la extinción de las acciones penales o imposibilidad de persecución.



Ello así, porque en estos casos no se trata de una verdadera cosa juzgada material constitucional (art. 18 CN), sino de una interrupción del curso de los procesos basada en disposiciones formales del derecho positivo local que es infraconstitucional e inoponible al derecho internacional constitucionalizado que exige juzgamiento sobre el fondo de los casos (arts. 31 y 75, inc. 22, CN). Por lo tanto no serán invocables la cosa juzgada o el *non bis in idem* y todos los hechos contra todos los imputados deberán ser juzgados.

El caso es de gravedad institucional y compromete la responsabilidad internacional del Estado Argentino, de modo que no podrá evitarse una decisión sobre el punto con sustento en la ausencia de sentencia definitiva (arts. 457 y 465bis CPPN y art. 14 ley 48).

II. DERROTEO DE LA CAUSA.

Recordemos que las primeras actuaciones se iniciaron con un desprendimiento de la causa “Pierre, Pedro Valentín y otros/delito de acción Pública” del Juzgado en lo Criminal Correccional Federal N° 2 de Capital Federal. Allí obraba la denuncia de Rubén Darío Gleriano ante la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, quien había manifestado haber sido víctima de hechos de torturas cuando se encontraba cumpliendo funciones de soldado en el conflicto bélico por la lucha de la soberanía del territorio conformado por las Islas Malvinas en 1982.

Estos actos habrían sido cometidos por Oficiales del Ejército e incluían “estacamientos”, “lesiones”, “carencia de condiciones básicas de higiene y salubridad de la tropa”, “torturas y otras degradaciones”, de los que se encontraba imputado Jorge Eduardo Taranto, oficial del Ejército Argentino.

El Juez Federal de Río Grande rechazó el pedido de prescripción e incompetencia en razón de la materia por la defensa del imputado Taranto.

Ello fue apelado y la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia, el 5 de agosto de 2009, resolvió confirmar esa decisión -por mayoría-.

La defensa de Jorge Taranto interpuso recurso de casación y la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal -con distinta integración a la actual- el 13 de noviembre de 2009 resolvió hacer lugar a esa impugnación y remitir las actuaciones a su procedencia a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con lo allí decidido (registro 14.927) que, en síntesis, consistía en que los delitos imputados no eran de lesa humanidad por cuanto no estaba presente el requisito de ataque sistemático o generalizado a una población o grupo en el escenario del conflicto bélico en las Islas Malvinas y, por tal motivo, que la acción penal se encontraba prescripta.

Como la decisión consistía en un reenvío, no estaba presente en ella el requisito de sentencia definitiva o equiparable a tal para que las partes agraviadas pudiesen plantear recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema (art. 14, ley 48).

Devuelta la causa al *a quo*, la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, el 22 de septiembre de 2010, en cumplimiento del fallo de la Casación, resolvió DECLARAR EXTINGUIDA POR PRESCRIPCIÓN la acción penal y, en consecuencia, SOBRESER a Jorge Eduardo Taranto por los hechos imputados a ese momento.

Contra dicha decisión, Carlos Daniel Amato, en representación del “Centro de Ex Combatientes Islas Malvinas” y la



Secretaría de Derechos Humanos de la Prov. de Buenos Aires, como pretensos querellantes, interpusieron recurso de casación.

Pero la Sala I de esta Cámara Federal de Casación Penal, el 17 de noviembre de 2011, resolvió declarar inadmisibile ese recurso, con costas. En esa resolución interlocutoria se sostuvo, como único argumento que “los agravios planteados en el recurso sub examine, remiten claramente a que esta Sala revise nuevamente la cuestión de la naturaleza de los delitos atribuidos en autos y su consecuencia, sin que se hayan introducido en esta oportunidad argumentos nuevos que conmuevan las razones por las cuales se concluyó que en el caso no concurre el elemento de contexto que permitiría asignarle a los hechos investigados el carácter de lesa humanidad propiciado por los impugnantes”.

Contra ello la querella y esta fiscalía interpusimos recursos extraordinarios federales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por entender que ahora sí nos encontrábamos ante la sentencia definitiva y final (en puridad, resolución equiparable a tal), que causaba un agravio concreto para las partes.

En mi caso, entendí que existía cuestión federal, consistente en una interpretación de fallos de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; que se pretendía determinar si su doctrina debe ser aplicada o no a los hechos de esta causa. Asimismo, consideré fundamental la necesidad de que se le conceda a las víctimas el derecho a tratar esa cuestión ante la Corte Suprema (art. 116 CN). Aclaré que esa era la oportunidad para poder hacerlo, debido a que antes no existía una sentencia definitiva y completa, ya que la Cámara no había dispuesto la extinción de la acción penal, sino que ordenó un reenvío a la Cámara de Comodoro

Rivadavia para que emitiera un pronunciamiento conforme a su doctrina.

Sin embargo, la Cámara Federal de Casación rechazó el recurso con el argumento de que la cuestión impugnada había quedado firme al no haberse recurrido la primera sentencia de casación en la que se había fijado la interpretación de la categoría de los crímenes contra la humanidad y dispuso el reenvío para su aplicación a los hechos del caso.

Esa desestimación motivó la presentación de una queja o recurso de hecho ante la Corte (art. 15, ley 48).

El 19 de febrero de 2015, la Corte Suprema consideró que el recurso extraordinario cuya denegación había originado la queja, no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable (art. 14 de la ley 48).

La querella presentó un recurso de revocatoria.

El 12 de mayo de 2015 la Corte Suprema desestimó esa presentación por considerar que *“la decisión traída a esta Corte a través de este recurso de hecho era la lisa y llana aplicación de la doctrina sentada por la Cámara Federal de Casación Penal a través de un pronunciamiento cuyo acierto o error no podía ser actualmente revisado por esta Corte debido a que había pasado en autoridad de cosa juzgada, y la decisión que finalmente hizo lugar a la prescripción no fue más que su consecuencia, motivo por el cual, este Tribunal no se ha expedido en este recurso sobre el fondo del asunto”*.

Con el pasar de los años, se presentaron más denuncias de damnificados (ex combatientes de Malvinas), en donde se relataron nuevos hechos delictivos ocurridos en las Islas, los que involucraban como presuntos autores a Jorge Eduardo Taranto, entre otros.

Conforme surge del requerimiento de instrucción practicado por la fiscalía el 11 de mayo de 2018, el fiscal solicitó se cite a prestar declaración indagatoria (art. 294 del CPPN), a: PARADA, Omar



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Edgardo; TERAN, Emilio; GARDE, Miguel Ángel; CADELAGO, Jorge Aníbal Santiago; LÓPEZ, Jorge Luis; VLCEK, Horacio; LUGO OLIVER, Jorge Reynaldo; MASIRIZ, Raúl; AFRANCHINO RUMI, Belisario Gustavo; GASSINO, Eduardo Luis; FERRANTE, Jorge Oscar ; TARANTO, Jorge Eduardo; SAMYN DUCO, Emilio José; DÍAZ, Jorge Guillermo; MANZUR, Luis Alfredo; LINARES, Raúl Antonio; HERNÁNDEZ, Pablo Emilio; TAMAREU, Claudio; ROMANO, Jorge Arnaldo; CARO, Ramón Eduardo; GUEVARA, Sergio Alberto; CONTRERAS, Oscar Luis; RIVERO, Francisco Gabriel, ALBARRACÍN, Oscar; LEIVA, Ramón Desiderio y CALDERINI, Gustavo.

Las víctimas, conforme surge del requerimiento de instrucción, apartado Punto II. B “Hechos en Particular”, serían: SOLIS Román Orlando; DIEZ Jorge Ramón; GALLARDO, Antonio Horacio; NIS Elvio Emilio; RODAS, Carlos Raimundo; FRIAS, Oscar Orlando; PEREYRA, Carlos Argentino; ARNOLDO, Edgardo Oscar; MARTINEZ GONZALEZ Daniel; MARTINS, Juan de la Cruz; MÁS, Julio César; NADAL, Gustavo Andrés; OJEDA, Marcos Omar; PRADO, Rosendo; RODRÍGUEZ Emilio; SANCHEZ, José Alfredo; AGUILAR Américo, GONZALEZ, Jorge Humberto; LENCINA, José Raúl; YANEVICH, José Alberto, MARTINEZ, Pablo y LEDESMA, José Manuel.

Luego de ello, la defensa pública en representación de Jorge Eduardo Taranto -con extensión a todos los imputados que fueran oportunamente sindicados-, solicitó el sobreseimiento y en subsidio la excepción de falta de jurisdicción por cosa juzgada y/o a la excepción de falta de acción por prescripción.

Señaló que la Cámara Federal de Casación Penal había resuelto ya, en el marco de esta causa, la prescripción de la acción penal respecto de hechos atribuidos a su defendido, en el entendimiento de que los investigados no constituían crímenes de lesa humanidad.

Agregó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver en autos, había dado por finalizado el proceso y también de todos aquellos materialmente acumulados y por ello entendió que se carecía de jurisdicción para materializar una investigación y dictar un pronunciamiento.

El Juez a cargo de la investigación resolvió no hacer lugar al planteo de cosa juzgada y entendió que el estado de la investigación le impedía adoptar un temperamento decisivo en cuanto a la prescripción de la acción penal, porque había que determinar cuáles eran los hechos concretos, el grado de participación de los imputados y si los sucesos denunciados se consideraban o no de lesa humanidad. Por ello, resolvió suspender el trámite de la excepción de falta de acción por prescripción penal, hasta tanto se acumulen las probanzas pertinentes y se diluciden los hechos. Asimismo, entendió que no se trataba de un idéntico comportamiento delictivo atribuido a la misma persona, sino que eran diferentes conductas denunciadas contra la misma persona, que incluso podrían ser configuradas bajo el mismo tipo penal.

Esta decisión fue recurrida por la defensa oficial de Taranto, quien reeditó sus peticiones.

La Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó la sentencia -por mayoría- y dejó aclarado que ninguna investigación podía tramitarse o iniciarse respecto de Jorge Eduardo Taranto con relación a los hechos que fueran objeto de la sentencia dictada por esa Cámara de apelaciones como consecuencia del reenvío efectuado por la Cámara Federal de Casación Penal. Aclaró que dicho pronunciamiento no resulta extensivo a los hechos que no fueron objeto de aquella sentencia, ni a las personas que no fueron alcanzadas por ella.



Contra esta decisión, la defensa particular de Jorge Oscar Ferrante, interpuso recurso de casación. Solicitó que se revoque la sentencia dictada en contra de su defendido y que se haga lugar al planteo de extinción de la acción por prescripción. Aclaró que si bien su asistido no se encontraba entre las denuncias interpuestas, entendía que la sentencia que declaró prescriptos los hechos investigados en su oportunidad, lo comprendía hubiese o no tenido una presentación efectiva en la causa. Por último consideró que en el presente caso había que buscar una solución al fondo de la cuestión y aclarar si las conductas atribuidas a personal del Ejército Argentino en la Guerra del Atlántico Sur podían ser consideradas o no imprescriptibles por el derecho internacional.

La Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia resolvió rechazar el recurso interpuesto por el defensor particular de Jorge Oscar Ferrante.

La defensa interpuso queja.

El 30 de mayo de 2019, esa Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió hacer lugar a la queja deducida por la defensa particular de Jorge Oscar Ferrante y conceder el recurso de casación oportunamente interpuesto. Esa es la impugnación y el caso al que se refiere este dictamen.

III. AGRAVIOS RELATIVOS A LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM Y COSA JUZGADA.

III.1. Cuestión de puro derecho. No hay cosa juzgada.

Como se adelantó, y se fundamentará más adelante, en todos los hechos denunciados nos encontramos ante crímenes de guerra y/o graves violaciones a los DD.HH. De manera que, aunque

los mismos hechos imputados a la misma persona hayan quedado sin persecución penal por haber sido sobreseídos por prescripción de la acción penal, y esa resolución se encontrase firme, tal decisión es nula, de nulidad absoluta y debe ser dejada sin efecto jurídico alguno aún de oficio (es decir, no es necesario que la instancia esté abierta por ese agravio) porque se trata de delitos que encajan en tales categorías de delitos internacionales que los hacen imprescriptibles, no indultables, ni amnistiables, etc.

Por supuesto, lo mismo cabe decir de los hechos que se denunciaron con posterioridad y que ni siquiera fueron comprendidos en la resolución de sobreseimiento por prescripción que son los que motivan los agravios del aquí recurrente. En ese sentido el argumento aclaratorio de la cámara de apelaciones es inatendible.

Al respecto cabe mencionar los casos de nuestro Máximo Tribunal, “Simón” (Fallos: 328:2056), “Mazzeo” (Fallos: 330:3248), “Espósito-Bulacio” (Fallos: 327:5668), “Derecho, René Jesús” (Fallos: 334:1504) y muchos otros. Ello así, porque en casos donde se juzgan hechos que pueden constituir graves violaciones a los derechos humanos, de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio, etc., no se trata de una verdadera cosa juzgada constitucional (art. 18 CN), sino de una interrupción del curso de los procesos basada en disposiciones del derecho positivo local infraconstitucional, que es inoponible al internacional constitucionalizado (arts. 31 y 75, inc. 22, CN). Por lo tanto no son atendibles las invocaciones de cosa juzgada o de *non bis in idem*, y todos los hechos contra todos los imputados deberán ser juzgados.

Soy consciente de que me aparto de los argumentos o motivos de los recursos interpuestos y que esta cuestión de la remoción de la cosa juzgada inconstitucional en este legajo podría ser planteada en las instancias anteriores, pero para el caso de que esta Cámara de



Casación no lo declarase ahora mismo, se mantiene su mención para que se tome nota en primera y segunda instancia y para exhibir la gravedad del *casus*, de aquello sobre lo que VV.EE. deben pronunciarse, que trasciende completamente el mero interés de las partes involucradas.

Veamos las doctrinas aplicables a esa clase de hechos de interés universal. En nuestro país la situación es conocida y se dio para dos de sus supuestos, los de lesa humanidad y las graves violaciones a los DD.HH.:

Del precedente Simón (Fallos: 328:2056), párrafo 14) surge que *“desde ese momento hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos -con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional- ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de esa naturaleza”*.

Del precedente “Derecho, René Jesús” (Fallos: 334:1504), debemos destacar los siguientes párrafos: 3º) *“Que el planteo importa un recurso de revocatoria (Fallos: 314:295 en lo pertinente) y el presente es uno de esos casos por el cual las sentencias del Tribunal pueden ser excepcionalmente corregidas (Fallos: 313:1461; 321:2467 y 323:497, entre otros)... 4º) Que con relación al mencionado pronunciamiento de la Corte Interamericana, resulta de aplicación al caso de autos, en lo pertinente, las consideraciones expuestas en el precedente “Espósito” (Fallos: 327:5668, votos respectivos de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Highton de Nolasco)... 5º) Que por tanto, con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en la sentencia “Bueno Alves vs. Argentina”, notificada*

a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007 –, corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria articulado, dejar sin efecto el pronunciamiento apelado y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplimenten las pautas fijadas en dicho fallo”.

La Corte Interamericana sostuvo que, de verificarse una violación por parte de un Estado miembro de la Convención a un derecho consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado transgresor debía investigar y sancionar a los responsables. Ello por la obligación de respeto y garantía asumida por cada uno de los Estados al adherir a la Convención, conforme lo dispone el artículo 1° de la CADH. Concretamente sostuvo que *"son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos"* (C.I.D.H., caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988; “Bulacio vs. Argentina”, sentencia de 18 de septiembre de 2003; caso “Bueno Alves vs. Argentina”, sentencia del 11 de mayo de 2007, cuyos fundamentos fueron recogidos por la Corte Suprema en Fallos: 327:5668 y 334:1504).

En el caso “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad” (Fallos: 330:3248) frente a un sobreseimiento definitivo firme -por haber sido declarado inadmisibile por la Corte Suprema el recurso extraordinario de los particulares damnificados que lo cuestionaban-, el Alto Tribunal expresó que *“...el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en diversos tratados y documentos 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”* (Consid. 10). Así se afirmó que: *“...la decisión de cerrar los procesos criminales cercenó las obligaciones internacionales destinadas a comprobar los delitos denunciados, de identificar a sus autores, cómplices y encubridores, y de imposición de las sanciones correspondientes, así como el derecho de las*



víctimas a un recurso eficaz para lograr su cometido” (Consid. 32), concluyendo que, “...más allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del ne bis in idem como la cosa juzgada” (Consid. 35). Asimismo señaló que: “...el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in ídem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables” (Consid. 36).

En virtud de todos estos precedentes, y teniendo en cuenta que los hechos imputados son crímenes de guerra y/o graves violaciones a los Derechos Humanos, se arriba a la conclusión de que no puede invocarse contra su investigación y juzgamiento ninguna causal de extinción de las acciones penales, de remisión de las penas, o de imposibilidad de proceder, como lo podrían ser el indulto, la amnistía, la prescripción o similares, pues es exigible un juzgamiento serio y definitivo del fondo del asunto; y que las decisiones de ese tenor dictadas con anterioridad, aunque estén firmes desde el punto de vista del derecho procesal local, como lo fueron la de esta Cámara Federal de Casación Penal y la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la llamada causa “Taranto”, son de ningún valor y deben ser dejadas sin efecto.

Una declaración de la Cámara sobre este asunto de puro derecho y orden público, dará por tierra con el recurso sometido a estudio, cualesquiera fueran las cuestiones allí planteadas. Y por ello, es que lo planteo y solicito su tratamiento en forma prioritaria.

III.2. Cuestión fáctica. No son los mismos hechos.

Si VV.EE. decidiesen no tratar esa determinante cuestión federal, igualmente correspondería rechazar los planteos de la defensa, porque los hechos de este legajo no son los mismos sobre los que versaba el legajo de la primera causa “Taranto” y no hubo pronunciamiento de esta Cámara de Casación sobre ellos.

En efecto, para que exista afectación al principio constitucional que prohíbe la doble persecución penal se requiere triple identidad (de sujeto, de objeto y de causa de persecución) entre las actuaciones. La identidad objetiva o en la cosa, supone la identidad de la imputación, es decir, que tenga por objeto el mismo comportamiento, atribuido a la misma persona.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, “el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 8.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada”(C.I.D.H. caso “Mohamed vs. Argentina”, sentencia del 23/11/2012, considerando 25).

En tal sentido, sostuvo la Corte Suprema que la prohibición de la doble persecución penal no se vulnera cuando las conductas en pugna no son idénticas por versar sobre acontecimientos históricos distintos (Fallos: 250:724, 321:1848).

Conforme lo expuesto, para verificar si en el caso se menoscabó la garantía que prohíbe la doble persecución penal, se deberá cotejar que los hechos por los cuales el imputado Taranto resultó sobreseído por prescripción no sean idénticos a los que ahora se pretende continuar investigando. Ello, con independencia de que la modalidad delictiva general de las imputaciones fuera la misma, y en el contexto de la guerra en las Islas Malvinas, toda vez que, conforme



expuse anteriormente, para que se viole la referida garantía es necesario que exista una identidad absoluta entre los hechos.

Veamos:

En las presentes actuaciones, conforme surge del requerimiento de instrucción formulado por el fiscal (nro. 5312/18 del 11/05/2018), las víctimas son: Román Orlando SOLÍS, Jorge Ramón DIEZ, Antonio Horacio GALLARDO, Elvio Emilio NIS, Carlos Raimundo RODAS; Oscar Orlando FRIAS;, Carlos Argentino PEREYRA; Edgardo Oscar ARNOLDO; Daniel MARTINEZ GONZALEZ; Juan de la Cruz MARTINS; Julio César MÁS; Gustavo Andrés NADAL; Marcos Omar OJEDA; Rosendo PRADO; Emilio RODRÍGUEZ; José Alfredo SANCHEZ; Américo AGUILAR, Jorge Humberto GONZÁLEZ; José Raúl LENCINA; José Alberto YANEVICH, Pablo MARTÍNEZ y José Manuel LEDESMA.

En este requerimiento no se han incluido los hechos que tuvieron como víctimas a Juan de la Cruz Martins, Daniel Martínez González y Gustavo Andrés Nadal, que conformaban la imputación a Taranto al momento de aquella resolución desincriminatoria, fechada en septiembre de 2010. Por lo que fueron excluidos expresamente a fin de no incurrir en la violación a la garantía del doble juzgamiento.

Por más que la modalidad delictiva imputada sea idéntica, los hechos que integran la actual imputación son distintos, toda vez que se cometieron contra personas distintas y en momentos distintos.

Es importante destacar que la Cámara Federal de Casación Penal, falló en los hechos denunciados en la primer causa y su doctrina no es transmisible a los hechos aquí denunciados, que son intrínsecamente distintos. La pretensión de la defensa de dotar de efectos *erga omnes* a una declaración judicial, no se adecua al Derecho

Argentino, que se basa en el control difuso de constitucionalidad y sin *stare decisis*. Aquí, en cambio, solo se pretende que se aplique a estos hechos el mismo estándar jurídico ya consolidado para otros casos, porque también encajan en la clasificación de delitos internacionales.

Asimismo, si bien la causa llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ésta no se expidió sobre el fondo del asunto, por lo que no hay “holding” o estándar alguno que seguir y al que nos encontremos obligados (doctrina del leal acatamiento) los magistrados y quienes actuamos ante los tribunales inferiores. En el fallo del 12 de mayo de 2015 (CSJ 101/2012 (48-T)/CS1 RECURSO DE HECHO “Taranto, Jorge Eduardo s/causa n° 14.969”), la Suprema Corte señaló que *“la decisión traída a esta Corte a través de este recurso de hecho era la lisa y llana aplicación de la doctrina sentada por la Cámara Federal de Casación Penal a través de un pronunciamiento cuyo acierto o error no podía ser actualmente revisado por esta Corte debido a que había pasado en autoridad de cosa juzgada, y la decisión que finalmente hizo lugar a la prescripción no fue más que su consecuencia, motivo por el cual, este Tribunal no se ha expedido en este recurso sobre el fondo del asunto”*.

Por lo tanto, no existe una doble persecución penal respecto de los hechos sometidos a proceso en este legajo, no hay violación a la cosa juzgada ni al *ne bis in idem*, ni a ninguna doctrina de la Corte Suprema aplicable al caso, de modo que el recurso debe ser rechazado.

IV. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS COMO CRÍMENES DE GUERRA Y GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS. SU IMPRESCRIPTIBILIDAD.

IV.1. Corresponde definir la calificación jurídica de los hechos a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Humanitario y el Derecho Penal Internacional.



Adelanto que el estudio de la cuestión permite concluir que, entre las calificaciones posibles, todas conllevan la consecuencia de imprescriptibilidad de los hechos. Comenzaremos con aquella calificación que requiere mayores elementos típicos (crímenes de guerra) y seguiremos con la que resulta más abarcativa (graves violaciones a los derechos humanos).

Me apresuro a señalar que ninguna de estas calificaciones exige las características de generalidad o sistematicidad que sí requieren los delitos de lesa humanidad. Esta comprobación es suficiente para dejar de lado los argumentos expuestos por los miembros de la Sala I de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal en la sentencia del 13 de noviembre de 2009 (reg. N1 14927) y del voto disidente emitido en el fallo de la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia.

IV.2. Crímenes de guerra. La criminalización de la tortura y los tratos inhumanos derecho penal internacional.

Me referiré aquí a definiciones del derecho internacional, pero ello no lo será a los fines de su tipicidad objetiva y subjetiva, es decir, no se trata de recurrir a ellas para calificar los hechos a la luz de nuestro derecho penal interno al momento de los hechos delictivos durante la guerra de Malvinas -lo cual será motivo de juzgamiento y encuadre definitivo en el curso de la causa-, sino para demostrar que los mismos hechos estaban previstos en el derecho internacional y, por ello, que quedaron insuflados de sus mismas características, en lo que aquí interesa, de imprescriptibilidad. Estas mismas conductas acaecidas en otros contextos, no tendrían esas características.

La prohibición de la tortura y tratos inhumanos es absoluta e inderogable, aún en tiempos de guerra, en caso de amenaza

a la seguridad nacional o de lucha contra el terrorismo o por cualquier otra razón. Resulta importante destacar que, más allá de su propia codificación, las normas que se plasman en los cuatro Convenios de Ginebra son derecho internacional consuetudinario; es decir, costumbre internacional en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y, en consecuencia, obligatorias para todos los Estados y partes involucradas en el conflicto, sin necesidad de una adhesión oficial¹. Los actuales instrumentos internacionales que prohíben la tortura sólo han recogido el contenido de una obligación consuetudinaria internacional, ya que la práctica de los Estados demuestra un consenso respecto de la obligatoriedad de su prohibición². En el caso “Bueno Alves vs Argentina”, la Corte Interamericana dijo que “en primer lugar, la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como la guerra, la amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”³. Y agregó que “los tratados de alcance universal y regional consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser torturado. Igualmente, numerosos instrumentos

¹ Seoane, Dalila, *Imprescriptibilidad de vejámenes a soldados en el Derecho Penal Internacional*, en Jurisprudencia de Casación Penal, (dirigida por Patricia Ziffer), Hammurabi, Buenos Aires, 2014, T. 8, p. 214.

² Méndez, Juan E., *Obligaciones Internacionales del Estado en Materia de Tortura*, en AAVV, Prevenir y sancionar la tortura en Argentina a 200 años de su prohibición, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2014, p. 29.

³ Corte IDH, caso “Bueno Alves vs Argentina”, sentencia del 11 de mayo de 2007, párrs. 76 y 77.



internacionales consagran ese derecho y reiteran la misma prohibición, incluso bajo el derecho internacional humanitario”.

Sobre la naturaleza de la prohibición de la tortura, el juez Cançado Trindade, en su voto concurrente emitido en la Opinión Consultiva N° 18 de la Corte Interamericana, recordó que “(...) En el caso “A. Furundzija” (Sentencia del 10.12.1998), el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia (*Trial Chamber*) sostuvo que la prohibición de la tortura, efectuada de modo absoluto por el Derecho Internacional tanto convencional (bajo determinados tratados de derechos humanos) como consuetudinario, tenía el carácter de una norma de *jus cogens* (...). Esto ocurría en razón de la importancia de los valores protegidos (...). Tal prohibición absoluta de la tortura, -agregó el Tribunal-, impone a los Estados obligaciones *erga omnes* (...); la naturaleza de *jus cogens* de esta prohibición la “torna uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional”, incorporando “un valor absoluto del cual nadie debe desviarse” (...). “El concepto de *jus cogens* efectivamente no se limita al derecho de los tratados, y es igualmente propio del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados (...) En mi entendimiento, es en este capítulo central del Derecho Internacional, el de la responsabilidad internacional (quizás más que en el capítulo del derecho de los tratados), que el *jus cogens* revela su real, amplia y profunda dimensión, alcanzando todos los actos jurídicos (inclusive los unilaterales), e incidiendo (inclusive más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios fundamentos de un derecho internacional verdaderamente universal”⁴.

⁴ Corte IDH, Opinión consultiva n° 18, sobre “condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, del 17 de septiembre de 2003, párrs. 69 y 70.

La categoría de crímenes de guerra es la más antigua de las categorías de crímenes del Derecho Internacional y fueron los primeros en ser perseguidos. Ya en los Juicios de Leipzig se condenó a soldados alemanes por la violación de “las leyes y costumbres de la guerra”. En esa oportunidad se tomó como base para la criminalización de tales ofensas la regulación anexa a la Convención IV de la Haya de 1907.

Hechos como los que integran el objeto procesal de esta causa siempre fueron castigados por el Derecho Penal Internacional y el Derecho Humanitario Internacional bajo la categoría de torturas como crimen de guerra, que se diferencian de la tortura como crimen contra la humanidad. En la sentencia del 13 de noviembre de 2009 (reg. N° 14927) dictada por la Sala I de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal sólo se descartó esta última categoría pero no la posibilidad de que ella constituya un supuesto de crimen de guerra. Veamos.

Los crímenes de guerra fueron descritos por los Estatutos de los Tribunales de Nüremberg y Tokio. El art. 6, apartado “b” del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 1945, reza: “Crímenes de guerra: a saber, violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Tales violaciones incluirán, pero no se limitará a, homicidio, malos tratos o deportación para el trabajo esclavo o para cualquier otro propósito en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el homicidio o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes”.



Suele pensarse erróneamente que los crímenes de guerra solo pueden ser cometidos solamente contra miembros del bando enemigo. Eso no es así.

El Derecho Internacional Humanitario nos aportó los Convenios de Ginebra de 1949. Particularmente interesa el I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. Su art. 49 contiene la obligación de las Partes Contratantes “a tomar las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente”. Además, las Partes Contratantes “tendrán la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad”.

A continuación, el art. 50 define qué debe entenderse por infracciones graves. Así, establece que “Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, **la tortura o tratos inhumanos**, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”. El art. 51 del Convenio de Ginebra II también castiga estos actos.

La evolución de la definición de los crímenes de guerra continuó con los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex

Yugoslavia (TPIY o ICTY, por sus siglas en inglés) y Ruanda (TPIR o ICTR, por sus siglas en inglés). Aunque esos cuerpos jurisdiccionales carecen de competencia para juzgar estos hechos es importante recordar la invariable voluntad de la comunidad internacional de castigar estos actos. El art. 2 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia define las violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 del siguiente modo: “el Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos contra las personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra aplicable:

- a) Homicidio intencional;
- b) Tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- c) Actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o salud;
- d) Destrucción o apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria;
- e) Uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o a un civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una Potencia enemiga;
- f) Privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías;
- g) Destrucción, traslado o reclusión ilícitos de un civil;
- h) Toma de civiles como rehenes”.

Por su parte, el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda contiene similares previsiones en su art. 4, que dice: “El Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves del artículo 3°



común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas en tiempos de guerra, y al protocolo adicional II a dichas Convenciones del 8 de junio de 1977". Tales violaciones comprenden sin ser taxativa:

a) Los atentados contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, en particular el asesinato, así como tratamientos crueles como la tortura, las mutilaciones o toda forma de castigos corporales;

b) Los castigos colectivos;

c) La toma de rehenes;

d) Los actos de terrorismo;

e) Los atentados contra la dignidad persona, especialmente los tratamientos humillantes y degradantes, las violaciones, el forzar a la prostitución y todo atentado contra el pudor;

f) El pillaje;

g) Las condenas excesivas y las ejecuciones efectuadas sin un juicio previo realizado por un tribunal constituido regularmente y provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados;

h) Las amenazas de cometer los actos precitados".

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI o ICC, por sus siglas en inglés), define los crímenes de guerra en su art. 8, que expresa que: "A los efectos del presente estatuto, se entiende por 'crímenes de guerra':

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: [...]

ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: [...]

xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes”

IV.3. Subsunción de los hechos en la categoría de crímenes de guerra.

Hecha la breve reseña de las normas que castigan esta clase de hechos, corresponde ahora verificar si los investigados presentan los requisitos comunes a todos los crímenes de guerra y si reúnen elementos típicos de la tortura u otros tratos crueles, degradantes, inhumanos, etc., como crimen de guerra. Antes de continuar, es importante recordar que si bien los crímenes de guerra y las graves infracciones a los Convenios de Ginebra no remiten al mismo concepto, actualmente la distinción ha desaparecido en tanto los últimos son una categoría más amplia que incluye a los primeros. Esto fue positivizado por el Protocolo Adicional I a los convenios de Ginebras, cuyo art. 85.5 establece que las graves infracciones a estos instrumentos serán consideradas como crímenes de guerra⁵. Son crímenes de guerra aquellas violaciones graves de las normas

⁵ Seoane, Dalila. *War crimes against one's troops*, Academy of International humanitarian Law and Human Rights, Geneva, (en prensa, artículo alcanzado por la autora), p. 8.



consuetudinarias o convencionales que pertenecen al corpus del Derecho Internacional Humanitario de los conflictos armados⁶.

Lo primero que debemos verificar es si los hechos ocurrieron en el marco de un conflicto armado. De acuerdo a la jurisprudencia del TPIY, hay un conflicto armado cuando existe un recurso a las armas entre Estados o violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado⁷. En este caso no caben dudas de que estamos ante un conflicto armado internacional que involucró a la República Argentina y al Reino Unido de Gran Bretaña⁸. Vale la pena aclarar que el derecho penal internacional de la guerra tiene vigencia, aunque no haya uso de la fuerza, como cuando se lleva a cabo una ocupación total o parcial de un Estado enemigo sin encontrar resistencia militar o cuando existe una declaración de guerra a la cual no siguen operaciones militares. Tampoco puede haber dudas respecto del ámbito temporal de aplicación del derecho penal internacional, toda vez que los hechos tuvieron lugar entre el inicio del conflicto armado y el cese de las hostilidades.

En cuanto al vínculo de la conducta con el conflicto armado, el TPIY dijo que es necesario que el acto esté en una estrecha o evidente relación con el conflicto. Explica Werle que la existencia del conflicto armado debe ser de fundamental importancia para la capacidad del autor de cometer el delito, para su decisión de cometerlo, para el modo de cometerlo o para la finalidad del acto. En muchos casos el autor no habría podido cometer el hecho en tiempos de paz, o no habría podido hacerlo de ese modo. No se requiere que una parte

⁶ Seoane, Dalila. *Imprescriptibilidad de vejámenes a soldados en el Derecho Penal Internacional*, en *Jurisprudencia de Casación Penal* (directora Patricia Ziffer), T. 8, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 18.

⁷ TPIY, Cámara de Apelaciones, caso “Tadic”, decisión del 2 de octubre de 1995, párr. 70.

⁸ Seoane, *Imprescriptibilidad*, op. cit., p. 214.

del conflicto haya ordenado o permitido las conductas, es decir, que no es necesario que el crimen haya sido ejecutado en virtud de una orden o un permiso emanado de una de las partes beligerantes. Igualmente de irrelevante es si el autor cometió el hecho con el fin de servir a los intereses de una de las partes en conflicto o si perseguía fines personales⁹.

Lo señalado es relevante para este caso porque significa que no podrá argumentarse que las conductas reprochadas no constituyen crímenes de guerra por el mero hecho de que no haya formado parte de una acción ordenada por quienes tenían capacidad de mando. Tampoco podría excluirlas de esa calificación por no revestir interés para el objetivo bélico. Si en el marco de sus actividades, los agentes de una de las partes del conflicto, cometen acciones que corresponden al tipo penal de un crimen de guerra, la conexión entre su actuar y el conflicto ha de ser afirmada, sin que sea determinante la concordancia del hecho con la política oficial de una de las partes del conflicto o una estrecha conexión temporal o espacial con las operaciones militares¹⁰.

En el caso no se encuentra discutido el conocimiento de los autores respecto de la existencia del conflicto. No se requiere que se clasifique al conflicto de algún modo considerado jurídicamente correcto.

El Estatuto de la CPI, al igual que otros cuerpos normativos, no requiere que los crímenes de guerra se produzcan a gran escala¹¹. Deben constituir una seria violación del Derecho Internacional Humanitario¹². Al respecto, el TPIY sostuvo que para que la violación sea “seria”, “debe constituir un incumplimiento de una

⁹ Werle, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 461.

¹⁰ Werle, op. cit., p. 463.

¹¹ Pérez-León Acevedo, Juan Pablo, *La responsabilidad Internacional del individuo por crímenes de guerra*, ARA Editores, Lima, 2008, p. 334.

¹² TPIY, Cámara de Apelaciones, caso “Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, *decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, decisión del 2 de octubre de 1995, párr. 94.



regla que protege valores importantes, y el incumplimiento debe importar graves consecuencias para la víctima. Por lo tanto, el hecho de que un combatiente se apropie de un pan en un pueblo ocupado no sería una ‘seria violación del derecho internacional humanitario’...”.

Si bien en un origen, crímenes de guerra e infracciones graves no remitían al mismo concepto dentro del derecho internacional; los primeros estaban dedicados a actos u omisiones cometidos en tiempos de guerra y expresamente penalizados, mientras que las infracciones graves remitían a los Convenios de Ginebra, estableciéndose obligaciones para los Estados de acuerdo a su legislación nacional. A partir del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra se indicó que las infracciones graves de dichos instrumentos eran consideradas crímenes de guerra. Así, la diferencia entre uno y otro concepto se ha matizado, puesto que los crímenes de guerra son una categoría más amplia que las infracciones graves, en la que estas últimas se encuentran incluidas¹³.

En nuestro caso no se halla controvertido que los sucesos investigados no son meras inconductas, pequeñas faltas o delitos de menor entidad, sino que son hechos de suma gravedad por el grado de sufrimiento, humillación y el contexto en que ocurrieron, todo lo cual permitirá calificarlos como tortura.

Como vemos, las conductas investigadas reúnen las características comunes a los crímenes de guerra. Corresponde pasar al verificar si se encuentran reunidos los requisitos típicos del delito de tortura o afines como crimen de guerra.

Se entiende por tortura el causar dolor o sufrimientos graves. El TPIY define la tortura del siguiente modo: 1) Infligir, por

¹³ Seoane, *Imprescriptibilidad*, op. cit., p. 225.

acto o por omisión, un dolor severo o un sufrimiento, sea físico o mental; 2) El acto u omisión debe ser intencional; 3) El acto u omisión debe estar dirigido a obtener información o una confesión, o a castigar, intimidar o coaccionar a la víctima o una tercera persona, o a discriminar, por algún fundamento, contra la víctima o una tercera persona¹⁴.

En el ámbito del sistema europeo de protección de los derechos humanos se ha dicho que el análisis de ciertos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos permite sugerir que el razonamiento judicial ha importado los rasgos característicos de la definición de las Naciones Unidas y, más concretamente, el requisito de que para que haya tortura tiene que existir, además de la intencionalidad, una específica finalidad que, eso sí, puede ser no sólo indagatoria, sino también intimatoria o punitiva. Con todo, el factor decisivo parece seguir siendo la crueldad del sufrimiento apreciado según las circunstancias del caso¹⁵. Entre otros, se consideró como tortura a las cinco técnicas de interrogatorio empleadas por las fuerzas de seguridad británicas en Irlanda del Norte, la aplicación de golpes en la planta de los pies, el llamado colgamiento palestino, las severas condiciones de vida a que fue sometida una persona injustamente condenada a la pena de muerte en espera de su ejecución, la alimentación forzosa de presos en huelga de hambre dado los medios empleados para ello y la ausencia de justificación médica, así como el desproporcionado aporreamiento punitivo de un preso¹⁶.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional la reprime para los conflictos armados internacionales en el art. 8.2.a)ii, primera

¹⁴ TPIY, Cámara de Apelaciones, caso “Kunarac et al.”, sentencia del 12 de junio de 2002, párr. 142, que citó el párr. 497 de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio en aquel caso. En igual sentido, TPIY, Cámara de Apelaciones, caso “Haradinaj et al.”, sentencia del 19 de julio de 2010, párr. 290.

¹⁵ Santamaría Arinas, René y Bolaño Piñeiro M. Carmen, *Prohibición de la tortura*, en Lasagabaster Herrarte, Iñaki (Dir), Convenio Europeo de Derechos Humanos, tercera edición, Thomson Reuters, Navarra, 2015, p. 80.

¹⁶ Idem, p. 81.



alternativa. A diferencia de lo que ocurre con la definición contenida en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, en la tortura como crimen de guerra no exige que el autor actúe en ejercicio de funciones públicas. Werle entiende que el maltrato debe servir a los fines previstos en el art. 1.1 de la Convención contra la Tortura, esto es “obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”¹⁷. Esto es lo que distingue a la tortura como crimen de guerra de la tortura como crimen de lesa humanidad.

En el caso bajo estudio, los malos tratos revistieron la intensidad necesaria para afirmar su gravedad. El dolor causado, el frío extremo, la lejanía, las lesiones, el contexto bélico y la humillación provocada permiten descartar cualquier posibilidad de afirmar que las víctimas no experimentaron un gran sufrimiento. Por la forma en que fueron realizados, no caben dudas de que se realizaron de manera dolosa. Como vimos, es irrelevante que los actos no hayan sido ejecutados como parte de las funciones ejercidas por los imputados, es decir, como un acto de servicio. Según la prueba reunida hasta el momento, el objetivo de las conductas era el castigo de las víctimas por supuestas inconductas. Como tal, se encuentra comprendido dentro de las finalidades que caracterizan a la tortura como crimen de guerra. La pretensión de escudarse en la aplicación de los reglamentos de disciplina militar por entonces vigentes no puede prosperar, porque no

¹⁷ Wele, op. cit. p. 478.

se dispusieron contra hechos de las víctimas que pusiesen en peligro o siquiera perturbaran las acciones de contenido bélico de nuestras fuerzas armadas. Es un argumento ya empleado para los delitos durante el terrorismo de estado, este es, la obediencia debida a las torturas con picana eléctrica o a la apropiación de bebés.

Para el caso de que no se comparta esta postura, observo que existe otra figura del derecho internacional en la que pueden subsumirse las conductas imputadas, esto es, el delito de infligir sufrimientos o daños a la salud, previsto en el art. 8.2.a)iii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Se distingue de la tortura como crimen de guerra en que en este supuesto no se requieren móviles específicos del autor al causar el daño. Por ello, todo crimen de guerra de tortura satisface también el tipo penal de infligir deliberadamente grandes sufrimientos¹⁸.

Para no perdernos en esta larga explicación, debemos recordar que todo esto estaba tipificado penalmente en nuestro código penal con anterioridad a los hechos de la causa y lo sigue estando, como lesiones, apremios ilegales, vejaciones, severidades, tormentos, etc. (arts. 90, 144 bis y 144 ter, etc., Código Penal argentino). Aquí solo estamos discutiendo sobre si, además de ello, por ser también crímenes del derecho internacional, son imprescriptibles.

IV.4. El asunto del estatus del sujeto pasivo en los crímenes de guerra: un miembro de la propia fuerza como víctima de crímenes de guerra.

Hemos dejado para un apartado especial el asunto de la calidad del sujeto pasivo de estos crímenes. Lo curioso en este caso radica en el hecho de que las víctimas y los victimarios (sujetos pasivos y sujetos activos) pertenecen a la misma fuerza armada o bando

¹⁸ Werle, op. cit., p. 479.



beligerante. No está en tela de juicio que los soldados tenían “estado militar”. Pero alguien podría argumentar que la penalización de los crímenes de guerra protegen sólo a los prisioneros bajo custodia de la fuerza enemiga o a la población civil de un territorio ocupado. Sin embargo, la respuesta es afirmativa y ya está resuelta en el caso “Ntaganda”¹⁹ de la Cámara de Apelaciones de la Corte Penal Internacional.

Existen razones para concluir que los soldados que resultaron víctimas de los hechos investigados en esta causa pueden considerarse protegidos por los Convenios I y II de Ginebra que establecen la obligación de proteger y dar trato humano a aquellos combatientes heridos, enfermos o náufragos, en todas las circunstancias y sin distinción. A priori, los heridos, enfermos y náufragos de las propias fuerzas armadas podrían estar protegidos bajo los Convenios de Ginebra I y II, toda vez que no se requiere que el sujeto protegido se encuentre en manos del enemigo²⁰. Esto fue reconocido por el Comité Internacional de la Cruz Roja²¹. El concepto de heridos y enfermos hace referencia a aquellas personas que están “muy débiles para defenderse contra los maltratos de otros” o que están “impedidos en su movilidad y, por lo tanto, menos capaces para evadir ciertos daños”, así como aquellas personas cuya “condición médica empeorará si no es tratada”²². En este caso, la situación sufrida por las tropas argentinas en Malvinas fue la consecuencia de una privación deliberada de alimento, sueño y las torturas y maltratos que

¹⁹ Cámara de Apelaciones de la Corte Penal Internacional. “Prosecutor v. Bosco Ntaganda”. No. ICC-01/04-02/06 OA5. Sentencia del 15 de junio de 2017.

²⁰ Seoane, *War crimes*, op. cit., p. 10.

²¹ ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention*, Cambridge University Press, 2016, article 12, §1337 y 1368.

²² Seoane, *War crimes*, op. cit., p. 15.

les impusieron sus superiores. Es evidente que las víctimas carecían de capacidad para resistir esos abusos.

Estas razones permiten afirmar que las previsiones de los Convenios de Ginebra I y II son de aplicación a este caso, en tanto las víctimas se vieron afectadas por la falta de alimentación y el frío extremo, maniatados y estaqueados mientras el enemigo avanzaba. En este sentido, Seoane afirma que “los soldados de Malvinas, en particular los conscriptos por su falta de entrenamiento y corta edad, se encontraban en una situación de indefensión tal, agravada por los actos aberrantes que se cometían contra ellos. Debían ser objeto de un tratamiento humanitario por su especial condición y es aquí donde cobra mayor virtualidad la amplia definición del concepto de heridos o enfermos, abarcando a las víctimas de los vejámenes producidos por sus propios superiores”²³. Con cita de Henry Durant, recuerda que el Derecho Internacional Humanitario y las reglas convencionales aplicables indican que aquellos que han depuesto las armas y se han puesto fuera del combate [*hors de combat*] deben ser protegidos y tratados humanamente, independientemente del bando al que pertenezcan. En este sentido –explica– está expresamente prohibido cometer tortura y ultrajes contra la dignidad de la persona en perjuicio de los miembros de las fuerzas armadas fuera del combate, por heridas o enfermedad, sean amigos o enemigos²⁴.

Otra posibilidad es la de considerar a las víctimas como sujetos fuera de combate [*hors de combat*] “por cualquier otra causa”, en los términos del art. 3 del III Convenio de Ginebra. Si bien este instrumento se refiere específicamente a conflictos armados no internacionales, se ha interpretado que sus previsiones no deben restringirse a cierta clase de conflictos, en tanto su contenido se refiere

²³ Seoane, *Imprescriptibilidad*, op. cit., p. 243.

²⁴ Seoane, *War crimes*, op. cit., p. 1.



a un mínimo de humanidad que debe aplicarse a cualquier conflicto²⁵. Esta categoría de sujetos protegidos es más amplia que las que veníamos tratando. El Comité Internacional de la Cruz Roja ha reafirmado esta postura al sostener que “todas las partes del conflicto deben, como mínimo, garantizar trato humano a sus propias fuerzas armadas, sobre la base del [III Convenio de Ginebra]”²⁶. En consecuencia, Seoane entiende que la situación de indefensión derivada de los “estaqueamientos”, “enterramientos”, falta de alimentación y otros tipos de torturas y tratos degradantes a la que fueron sometidos los soldados, permite inferir que pueden ser considerados como sujetos fuera de combate y, por lo tanto, que no participaban activamente en las hostilidades. Además, es claro que esos actos están prohibidos en cualquier tiempo o lugar y que constituyen serias violaciones del Derecho Internacional Humanitario.

Por si hubiera alguna duda, como se adelantó, la actual jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ya ha considerado que las propias tropas son sujetos protegidos por el Derecho Internacional. En el precedente “Ntaganda”²⁷ de la Cámara de Apelaciones de la Corte Penal Internacional sostuvo que, teniendo en cuenta el marco establecido del derecho internacional, los miembros de una fuerza armada o grupo no están categóricamente excluidos de la protección contra los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual bajo el artículo 8 (2) (b) (xii) y (2) (e) (vi) del Estatuto de Roma cuando son cometidos por un miembro de la misma fuerza armada o grupo. Aclaró que se debe establecer que la conducta en cuestión “tuvo lugar en un contexto y asociada con un conflicto armado” de naturaleza

²⁵ Seoane, *War crimes*, op. cit., p. 18.

²⁶ Seoane, *War crimes*, op. cit., p. 19.

²⁷ Cámara de Apelaciones de la Corte Penal Internacional. “Prosecutor v. Bosco Ntaganda”. No. ICC-01/04-02/06 OA5. Sentencia del 15 de junio de 2017.

internacional o no internacional. Afirmó que este es el nexo suficiente y apropiadamente distingue los crímenes de guerra de los crímenes ordinarios. En este sentido, sostuvo que “en contraste, las Convenciones de Ginebra I y II, que protegen a los heridos y enfermos en tierra y a los heridos, enfermos y náufragos en el mar respectivamente, provee protección ‘en todas las circunstancias [...] sin distinción fundada en sexo, raza, nacionalidad’ y prohíbe la violencia contra ellos. Más importante, tal estatus de protección no está limitado a personas que pertenezcan a las fuerzas armadas del enemigo, sino que incluye heridos, enfermos o náufragos que pertenezcan a las propias fuerzas armadas, una regla que corresponde al entendimiento del alcance de la protección desde que la primer Convención de Ginebra fue adoptada en 1864. De ello se sigue que la noción de graves violaciones a las Convenciones de Ginebra I y II incluye violaciones cometidas contra miembros de la propia fuerza armada”²⁸. Concluyó que, “bajo un examen más detallado de los principios del caso, la Cámara de Apelaciones está persuadida de que **el Derecho Internacional Humanitario no contiene una regla general que categóricamente excluya a los miembros de un grupo armado de la protección contra los crímenes cometidos por miembros del mismo grupo**”²⁹.

Aunque este fallo se refiere a los delitos de violación y esclavitud sexual, el mismo artículo 8, (2) (B) del Estatuto, en el apartado (XXI), castiga el “cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes”, por lo que todos los argumentos empleados por la Cámara de Apelaciones resultan de aplicación para la clase de delitos aquí juzgada.

Aquí lo relevante es que el tribunal internacional dijo que lo que distingue a los crímenes de guerra de otro tipo de crímenes

²⁸ Ídem, párr. 59.

²⁹ Ídem, párr. 63. El resaltado me pertenece.



no es el estatus de la víctima, sino que el hecho ocurra en el contexto de un conflicto armado. Así, señaló que “la Cámara de Apelaciones enfatiza en este contexto que los Elementos del Crimen para cada crimen de guerra contienen un requisito de nexo expreso que debe ser establecido en cada caso instancia particular. Por tanto, se debe establecer que la conducta en cuestión ‘tuvo lugar en el contexto de y estuvo asociado con un conflicto armado’ de carácter internacional o no internacional. A juicio de la Cámara de Apelaciones, es este requisito de nexo, y no el supuesto requisito de estatus, el que suficiente y apropiadamente delimita los crímenes de guerra de los crímenes ordinarios.

IV.5. La imprescriptibilidad de los hechos, en tanto crímenes de guerra.

Uno de los componentes principales derivado de la obligación de prohibición de la tortura es la obligación estatal de investigar, enjuiciar y, cuando corresponda, castigar a todos los culpables de los actos que la constituyen. Esta obligación surge directamente de los arts. 12 y 7 de la Convención contra la Tortura, pero también ha sido interpretada por el Comité de Derechos Humanos como uno de los contenidos del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce el derecho a la integridad personal³⁰.

Sobre la imprescriptibilidad de estos delitos -como ocurre también con los delitos de lesa humanidad-, ya nuestra Corte Suprema ha dicho “que el Preámbulo de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad señala que una de las razones del establecimiento de

³⁰ Méndez, op. cit., p. 29.

la regla de la imprescriptibilidad fue la “grave preocupación en la opinión pública mundial” suscitada por la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, “pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”. A ello se agrega el texto del art. IV, de conformidad con el cual los Estados Partes “se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los arts. I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida”. Tales formulaciones, si bien no resultan categóricas con respecto a la retroactividad de la convención, indican la necesidad de un examen de la cuestión de la prescripción diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad”³¹. Y agregó “que esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, 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”³². Explicó que esta clase de delitos atenta contra el derecho de gentes, en los términos del art. 118 CN; lo cual fue reiterado el 14 de junio de 2005 en la causa “Simón” (Fallos: 328:2056).

Debe quedar claro que la invocación del Derecho Internacional en este dictamen no es retroactiva, sino que se trata de la aplicación de normas de *ius cogens* que ya estaba vigente al momento de los hechos que, como es de público conocimiento, no tiene como

³¹ CSJN, “Arancibia Clavel”, Fallos: 327:3312, consid. 26.

³² ídem, cons. 28



única fuente el derecho positivo (en este caso, el convencional), sino también la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de las naciones civilizadas. Y esa aplicación es obligatoria para nosotros porque es nuestra propia Constitución la que recepta el derecho internacional (art. 118 C.N.) que, no se ciñe al derecho escrito. Nuestra Ley Fundamental ha reconocido y recibido una categoría que entre sus fuentes productoras del derecho, tiene a la costumbre internacional de las naciones civilizadas, y esto también debe ser compatibilizado con los principios de los artículos 18 y 19 de la Constitución.

En el caso “Almonacid”, la Corte Interamericana recordó que en la resolución 2583 (XXIV) de 1969 la Asamblea General de las Naciones Unidas sostuvo que la “investigación rigurosa” de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, “son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”. Además recordó que, tiempo después, en la resolución 3074 (XXVIII) de 1973, la Asamblea General afirmó que “los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas” [...] “Los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de

los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”³³.

Como se ve, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad generan la misma obligación internacional para los Estados en cuanto al deber de búsqueda, detención, enjuiciamiento y - de corresponder- castigo de los responsables. Obstáculos como el instituto de la prescripción de la acción penal no son admisibles para incumplir con esas obligaciones. Como afirmó la Corte Suprema, se trata de normas de *ius cogens* ya vigentes al momento de los hechos.

IV.6. Subsunción de los hechos en la categoría de grave violación a los derechos humanos.

El caso que nos convoca también puede ser calificado como constitutivo de graves violaciones a los derechos humanos.

Para que las violaciones a derechos humanos sean graves no se requiere sistematicidad. En nuestro ámbito ello ha quedado claro a partir del precedente “Derecho, René Jesús” (Fallos: 334:1504), motivado por la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso “Bueno Alves vs. Argentina”. Allí la Corte Interamericana consideró que los hechos denunciados en la instancia internacional constituían un caso de torturas y que, si bien “no significaban que debían ser calificados ‘per se’ como delito de lesa humanidad”, sí se trataban de una vulneración grave de derechos humanos. Respecto de ellos afirmó que “la obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado”³⁴. Como consecuencia de aquél precedente, la Corte Suprema debió revocar su anterior fallo en el que había

³³ Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006 párr. 106. Esta cita fue invocada también por nuestro Máximo Tribunal en el precedente “Mazzeo” de Fallos 330:3248.

³⁴ Corte IDH, “Bueno Alves vs. Argentina”, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 90.



confirmado la declaración de la prescripción de la acción penal en el caso.

Actualmente, el concepto de “serias violaciones a los derechos humanos” se usa más ampliamente y aparece en la jurisprudencia de muchos cuerpos jurisdiccionales regionales, así como en documentos de organismos de la ONU, de gobiernos, organizaciones no gubernamentales, etc.³⁵ Algunos instrumentos las definen mediante su enumeración. Así, en la declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que se celebró en Viena en 1993, se condenó a las graves y sistemáticas violaciones y situaciones que constituyen serios obstáculos para el disfrute de todos los derechos humanos que siguen ocurriendo en todo el mundo. Con este concepto se refirió expresamente a violaciones como la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, las ejecuciones sumarias y arbitrarias, las desapariciones y las detenciones arbitrarias.

Hay dos documentos de la ONU que son particularmente relevantes. El primero, titulado “Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación”, publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), expresa que “en el derecho internacional no existe una definición única de qué constituye una violación grave de los derechos humanos aunque, en general, se considerarían incluidas las siguientes prácticas: el genocidio, las prácticas de esclavitud y similares a la esclavitud, las ejecuciones sumarias o arbitrarias, la tortura, las desapariciones

³⁵ Karimova, Takhmina, *What amounts to ‘a serious violation of international human rights law’? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Academy briefing No. 6, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Genève, August 2014, p. 11.

forzadas, la detención arbitraria y prolongada y la discriminación sistemática”³⁶.

El segundo es el documento titulado “Política de diligencia debida en materia de derechos humanos en el contexto del apoyo de las Naciones Unidas a fuerzas de seguridad ajenas a la Organización”. Su art. 12 expresa que “a los efectos de la presente política, por ‘violaciones graves’ se entiende: [...] “la comisión de ‘crímenes de guerra’ o de ‘crímenes de lesa humanidad’, conforme se definen en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, o de ‘violaciones graves’ de los derechos humanos, incluidos las ejecuciones sumarias y extrajudiciales, los casos de tortura, desaparición forzada, esclavización, violación y violencia sexual de gravedad comparable, o los actos de devolución con arreglo al derecho de los refugiados cometidos a escala significativa o con una frecuencia significativa (es decir, que sean algo más que fenómenos aislados o meramente esporádicos)”.

La Comisión Internacional de Juristas también reconoció a la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y las desapariciones forzadas como constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, pero agregó que uno de los elementos que caracteriza como “grave” una violación es el carácter inderogable de los derechos humanos afectados y/o la vulneración de normas imperativas del derecho internacional (*jus cogens*)³⁷. Entre esas normas de *jus cogens* figuran las prohibiciones relativas a la tortura³⁸. Explicó que las graves violaciones de derechos humanos constituyen

³⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación, Nueva York y Ginebra, 2012, p. 7.

³⁷ Comisión Internacional de Juristas, *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos*. Guía para profesionales No. 3, Ginebra, 2008, p. 20.

³⁸ TPIY, “Fiscal c. Anto Furundzija”, sentencia No. IT-95-17/1-T, párr. 154; TPIY, “Fiscal c. Delalic y otros”, Sentencia No. IT-96-21-T, párr. 454; TPIY, “Fiscal c. Kunarac”, Sentencia No. IT-96-23-T e IT-96-23/1-T (de 22 de febrero de 2001); Resolución A/RES/59/183 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; Resolución E/CN.4/RES/2005/39 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; e informe del Relator Especial sobre la Tortura de las Naciones Unidas (Documento de Naciones Unidas E/CN.4/1986/15, párr. 3, del 19 de febrero de 1986).



delitos conforme al derecho internacional, o ilícitos respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas. Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha recordado reiteradamente que la tortura es un crimen bajo el derecho internacional y que “los responsables de todos los actos de tortura deben ser procesados y castigados”³⁹.

Del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH surge que las violaciones a la Convención que comprenden desapariciones forzadas, muertes sumarias o arbitrarias o extrajudiciales y torturas, son consideradas “serias” o “graves”⁴⁰. Así, en numerosas ocasiones la Corte Interamericana consideró a los casos de tortura como graves violaciones a los derechos humanos⁴¹.

IV.7. Imprescriptibilidad de las graves violaciones a los derechos humanos.

Respecto de la imprescriptibilidad de esta clase de hechos, en el caso “Gelman vs. Uruguay” la Corte IDH afirmó que “a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de adoptar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la

³⁹ Ver, entre otros, resolución 61/53 “la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” del 19 de diciembre de 2006, párr. 6 y resolución 60/148 “La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” del 16 de diciembre de 2005, párr. 5.

⁴⁰ Karimova, Takhmina, *What amounts to ‘a serious violation of international human rights law’? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Academy briefing No. 6, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Genève, August 2014, p. 24. Ver también Corte IDH, “Vera-Vera y otra. vs. Ecuador”, sentencia de 19 de mayo 2011, párr. 117.

⁴¹ Ver AAVV, Convención Americana sobre derechos humanos. Comentario, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, p. 48. Véanse, entre muchos otros: Corte IDH. caso “Loayza Tamayo vs. Perú”. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33; Corte IDH. caso de la “Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala”. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37; Corte IDH. caso “Cesti Hurtado vs. Perú”. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56; Corte IDH. caso “Cantoral Benavides vs. Perú”. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69; Corte IDH. caso “de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; Corte IDH. caso “Tibi vs. Ecuador”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención y, una vez ratificada la Convención americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos”⁴². En este sentido, en los precedentes “Anzualdo Castro vs. Perú” y “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”, la Corte IDH consideró que las leyes de amnistía que impedían la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos eran incompatibles con la Convención Americana y carecían de efectos jurídicos⁴³. De particular interés para este caso es lo resuelto en el precedente “Albán Cornejo vs. Ecuador”, donde la Corte expresó el criterio consistente en que “la prescripción de la acción penal es inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado”⁴⁴. Esta postura fue reiterada en el caso “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, donde sostuvo que “en ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisibles e inaplicables la prescripción, así como las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas”⁴⁵.

⁴² Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 228.

⁴³ Corte IDH, caso “Anzualdo Castro vs. Perú”, de 22 de septiembre de 2009, párr. 163, y caso “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”, de 24 de noviembre de 2010, párr. 174.

⁴⁴ Corte IDH, caso “Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador”, de 22 de noviembre de 2007, párr. 111.

⁴⁵ Corte IDH, caso “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, de 1 de septiembre de 2010, párr. 207.



De esta reseña surge con claridad que los hechos que constituyen el objeto de esta causa pueden también ser calificados como graves violaciones a los derechos humanos en tanto se trata de sucesos con una gravedad análoga a aquellos casos de tortura que todo el derecho internacional de los derechos humanos calificó dentro de esa categoría. Como tales, también en este supuesto son inadmisibles los obstáculos legales que quiten vigencia al poder punitivo del Estado, como prescripción de la acción penal. Lo contrario generaría responsabilidad internacional del Estado Nacional.

V. EL AMICUS CURIAE.

Mientras nos encontrábamos confeccionando este dictamen, una asociación civil se presentó como Amicus Curiae y expuso una serie de argumentos para concluir en que la resolución impugnada debía revocarse porque los hechos imputados estaban prescriptos y habían sido tratados en la resolución anterior en el ya citado legajo “Taranto”.

Como muchos de sus planteos ya han sido refutados a lo largo de este escrito, aquí me referiré de una manera sintética a otros que no abordé porque los di por conocidos por VV.EE., además de estar debidamente consolidados por nuestra más alta jurisprudencia. Lo hago porque dado el tenor de la presentación alguien podría pensar que se trata de razonamientos novedosos y contundentes.

La cuestión sobre la exclusión de la jurisdicción militar (que era de naturaleza administrativa y no judicial) para juzgar hechos cometidos por militares argentinos durante el período 1976-83, ya ha sido tratada y resuelta en Fallos: 306:2101 “Videla” del 27 de diciembre de 1984 y en Fallos: 307:2487 “Camps” del 30 de noviembre de 1985, antes de la derogación del Código de Justicia Militar a partir de la

sentencia de la Corte Suprema en el *leading case* “López” (del 6 de marzo de 2007). Ya desde 1984 y 1985 se ha resuelto que los hechos fueran juzgados por la justicia civil e, inclusive, por las competencias asignadas a los tribunales por leyes permanentes con posterioridad a su comisión, y que ello no violaba ningún principio o garantía constitucional.

En la Argentina no se conformaron tribunales ad hoc para juzgar estos hechos, sino que se hizo y viene haciendo con los tribunales comunes y permanentes.

Aquí no se ha sostenido que los hechos imputados formen parte del Plan Sistemático llevado a cabo con el alegado fin de eliminar la subversión o cosas por el estilo, instaurado por los gobernantes de facto a partir de 1976 (y con anterioridad también), sino que se trata de crímenes de guerra o de graves violaciones a los DD.HH. que no exigen ningún plan previo, ataque generalizado o sistemático, sino que alcanza con que sean cometidos por funcionarios actuando en servicio en el contexto de una guerra y que consistan en graves lesiones a los derechos de las víctimas.

Es el propio escrito del Amicus Curiae el que se coloca en una posición de equiparación de los hechos de los militares aquí acusados y los perpetradores de graves delitos durante el terrorismo de estado. Ello surge no sólo del estatuto de la asociación sino de su presentación, en la que en forma reiterada se refiere a “los juicios de venganza”, y lo hace porque pretende aplicar los argumentos conocidos para descalificar los juicios por delitos de lesa humanidad al caso de autos que en realidad, no son asimilables desde el punto de vista fáctico.

Corresponde despejar una confusión en la que suele incurrir la doctrina y cierta jurisprudencia. Los delitos que se imputan en estos casos ya estaban previstos en el Código Penal Argentino antes



de su comisión. No se trata de tipicidades del derecho internacional aplicadas retroactivamente. La materia de prohibición ya estaba vigente. Para lo único que se aplican las categorías de delitos internacionales es para hacer operativa la obligación de su juzgamiento e imprescriptibilidad, no para crear prohibiciones punibles. La Argentina aplica los delitos de su código penal, y no recurre a tipos penales creados ad hoc con posterioridad a los hechos. Tanto es así que ese método, propiciado por el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue motivo de una Reserva por parte de la República Argentina, por considerarse que violaba el art. 18 CN (art. 4, ley 23.313).

Por las mismas razones, debe reafirmarse que cualquier delito común puede transformarse en delito de lesa humanidad, crimen de guerra o grave violación a los DD.HH. según el contexto en el que son cometidos. Así ha ocurrido con lesiones, apremios ilegales, privaciones de la libertad, violaciones, falsedades documentales, robos, apropiaciones de chicos, etc. etc. que, por el contexto en el que fueron perpetrados, fueron considerados de jurisdicción universal, imprescriptibles, no amnistiables, no indultables, que no puede haber cosa juzgada formal sino que se exige la material, etc. etc.

La resolución anterior de esta misma Sala I -con otra composición-, es de ningún efecto porque no se refirió a los hechos de este legajo y porque aunque lo hubiera hecho, sólo se avocó a considerar que los hechos no eran de lesa humanidad, pero omitió tratar que eran crímenes de guerra y/o graves violaciones a los DD.HH. Ante una declaración formal de sobreseimiento, como lo es el que se dicta por prescripción de la acción penal, sin que haya habido un juzgamiento sobre el fondo y sanción de los responsables -como

exige la jurisprudencia internacional y constitucional-, toda declaración anterior no puede ya tener vida jurídica. Así lo ha resuelto la mismísima Corte Suprema en varios casos donde hasta dejó sin efecto sus propias sentencias firmes en los mismos casos y por los mismos hechos.

Se amplía algo que ya se dijo en el curso de este dictamen. La circunstancia de que las reglas de prescripción de las acciones penales integren el principio de legalidad a la par que la prohibición y la sanción, es algo decidido jurisprudencialmente en la Argentina (sentencia de la Corte en el caso "Mirás"), pero ello no es pacífico en todo el mundo. De hecho, en Alemania, no se consideran violatorias del principio de legalidad las leyes de prórroga de los tiempos de prescripción de las acciones penales de los hechos del régimen nacionalsocialista. Y por eso la doctrina suele distinguir entre lo que es materia de prohibición (el desde cuándo) y lo que es la persecución (el hasta cuándo), porque la primera norma va dirigida a los habitantes mientras que las segundas lo son a las autoridades.

Ahora bien, ese asunto se ha solucionado en la Argentina de otra manera. La regla de imprescriptibilidad de esta clase de hechos surge del derecho de gentes que desde siempre fue reconocido por nuestro derecho constitucional (art. 118 CN, ley 48, etc.). Esta rama del derecho también se integra por la costumbre, detalle que ha sido desatendido por la doctrina penalista. Por tal razón nuestra doctrina y más alta jurisprudencia que deja con valor y efecto todas las ramas del derecho de jerarquía constitucional vigente ha dicho que convenciones tales como la de Imprescriptibilidad de los hechos constitutivos de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, solo reconocieron de manera escrita para el derecho positivo, un principio o regla que ya estaba vigente con anterioridad a 1968 cuando fue promulgada o 1970 cuando entró en vigencia (con total



independencia de cuándo fue incorporada al derecho positivo argentino). Inclusive se ha explicado que ello surge de su preámbulo. Y que esa regla, por ser previa a los hechos, no viola el principio constitucional de legalidad (art. 18 CN). No existe aplicación retroactiva alguna de una parte más gravosa del precepto penal, sino de una regla vigente y de superior jerarquía a las reglas de prescripción de las acciones penales.

Por considerar que ello debe ser discutido en las instancias correspondientes, no me referiré a las cuestiones del encuadre jurídico penal de las conductas, ni a la obediencia debida, ni a otros asuntos propuestos en la presentación a la que me vengo refiriendo.

VI. PETITORIO.

Por todo lo expuesto, solicito:

1) Que se declare que los hechos investigados en las actuaciones son crímenes de guerra o graves violaciones a los derechos humanos, y

2) Se rechace el recurso de la defensa y se confirme la resolución de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, con el alcance dado en el presente dictamen.

3) Hago reserva del caso federal, debido a que se encuentra involucrada la interpretación de normas de naturaleza federal (del derecho internacional, tratados y constitucionales, fallos de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana, etc., citados a lo largo de este dictamen) y para el caso de que la inteligencia dada por la Cámara fuese contraria a nuestro interés fundado en ellas, en tanto se encuentra involucrada la responsabilidad internacional de Estado Argentino.

4) Se rechacen los argumentos del amicus curiae.

Proveer de conformidad, será justicia.

Fiscalía General N° 4 ante la Cám. Fed. Casación Penal, 19 de junio de 2019.

MF/RN