

LESA HUMANIDAD: TÉCNICA DE UNA INJUSTICIA

Fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina:

“ARANCIBIA CLAVEL” - “SIMON” - “MAZZEO” - “BATALLA”



**GUILLERMO PALOMBO
SANTIAGO MARIO SINOPOLI**

LESA HUMANIDAD: TÉCNICA DE UNA INJUSTICIA

Fallos de la Corte Suprema de Justicia
Argentina:
“ARANCIBIA CLAVEL- “SIMON”- “MAZZEO”-
“BATALLA”

GUILLERMO PALOMBO
(HISTORIADOR)

SANTIAGO MARIO SINOPOLI
(DOCTOR EN CIENCIAS JURÍDICAS)

Lesas Humanidad: Técnica de una Injusticia

© 2021: **Guillermo Palombo y Santiago Mario Sinopoli**

Diseño de portada

Ayelen Bosco

Diseño y Maquetación

Martín Cairns

Ediciones Liliun

Buenos Aires, Argentina

www.edicionesliliun.com.ar

edicionesliliun@gmail.com

Nº ISBN: 978-987-8344-53-9

Buenos Aires, Argentina en Junio 2021

LIBRO DE EDICIÓN ARGENTINA

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del Autor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446.

Sinopoli, Santiago Mario

Lesas Humanidad : técnica de una injusticia : fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina : Arancibia Clavel-Simón- Mazzeo-Batalla / Santiago Mario Sinopoli ; Guillermo Palombo. - 1a ed. - Olivos : Liliun, 2021.

Libro digital, EPUB

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-8344-53-9

1. Delitos de Lesas Humanidad. 2. Fallos de la Corte. 3. Justicia. I. Palombo, Guillermo. II. Título.

CDD 345.0235

ÍNDICE

PRÓLOGO

CASO: “ARANCIBIA CLAVEL” De cómo la Corte Suprema de Justicia Argentina, abrió la puerta para la “justicia- venganza”, en las llamadas “causas de lesa humanidad”

CASO: “SIMÓN” Nulificaron de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final: Un paso más en pro de la “justicia-venganza”

CASO: “MAZZEO” Negación de las “Cosa Juzgada”:
Consolidación de la “justicia - venganza”

CASO: “BATALLA” La “desaparición forzada” del principio de ley penal más benigna

EPÍLOGO

BIBLIOGRAFÍA

PRÓLOGO

“Con el juicio con que juzguéis, seréis juzgados, y con la medida con que midáis, se os medirá a vosotros”.

Mateo 7; 2

I

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tribunal considerado como *el guardián de la Constitución*, ha declarado que “el leal acatamiento a sus fallos resulta indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones” (C. S., Fallos, 326:417). Generaciones venideras juzgarán si la Corte, en los juicios llamados “de lesa humanidad”, se ha comportado como *el guardián de la Constitución*, y si verdaderamente sus fallos han contribuido —o no— a la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones. El tiempo dirá si esos fallos merecen ser considerados como ejemplares y modélicos o como funestos y olvidables precedentes.

Si bien el objeto de nuestra exposición son ciertos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causas por delitos de lesa humanidad, cabe decir inicialmente que los procesos tramitados en el fuero federal con ese objeto, en las diversas instancias del inframundo judicial (jueces de primera instancia, cámaras de apelaciones, tribunales orales y Cámara Federal de Casación Penal), revelan una praxis jurídica cuyas principales notas características podrían resumirse en: falta de imparcialidad del juez;

orientación del sistema de pruebas en pos de la condenación del reo indiciado de culpabilidad; inferioridad procesal del reo; empleo de doctrinas interpretativas arbitrarias; reducción de las garantías procesales probatorias de la culpabilidad, como medio para facilitar la persecución y castigo de los delitos; excesivo margen de arbitrio judicial; y confusa estructuración de las instituciones de administración de justicia penal. Amén de las influencias de naturaleza política o ideológica que muchas defensas han denunciado operan externamente o desde el ministerio fiscal, a manera de primer motor.

II

En tales juicios, fue incorporada la novedosa figura del “testigo de contexto”, referida a un supuesto especialista ofrecido como prueba testimonial: por lo general, antropólogos, historiadores, sociólogos y periodistas que, propuestos por las querellas y los organismos de derechos humanos, han investigado acerca de diversos aspectos de la historia reciente.

Pero ¿qué síntesis puede hacerse de años trágicos de un país en una declaración de minutos u horas? ¿Por qué necesitarían los jueces que alguien les explique un contexto histórico referido en una abundante bibliografía, en la cual se supone deberían haberse interesado, siquiera mínimamente?, ¿qué valor puede tener esa declaración, ajena a aspectos técnicos específicos?

Ante el Tribunal Militar de Roma fue sustanciada la causa seguida en Italia contra Erich Priebke y otros oficiales alemanes, por la muerte de 335 personas, en su mayoría

ciudadanos italianos, militares (entre ellos, el general Simone Simoni) y civiles (incluidos integrantes de la comunidad judía romana) que no tomaban parte en las operaciones bélicas. Fueron ejecutados a disparo de arma de fuego, en la localidad romana conocida como Cave Ardeatine, el 24 de marzo de 1944, durante el estado de guerra entre Italia y Alemania. El Tribunal emitió su sentencia el 1. ° de agosto de 1996. Durante el proceso, la defensa convocó a un consultor técnico para que explicara el derecho militar germano en la Segunda Guerra Mundial, en tanto que el Ministerio Público presentó en tal carácter al eminente historiador alemán Gerhard Schreiber (1940-2017), Fregattenkapitän y Dr. Phil por la Universidad de Hamburgo, agregado al Bundesarchiv-Militärarchiv, en Friburgo, a fin de que ilustrara al Tribunal sobre la aplicación del código penal militar alemán de 1926, vigente al tiempo de los hechos, y en especial a la eximente de obediencia debida.

Schreiber fue autor de una importante obra sobre el Ejército alemán en Italia durante la Segunda Guerra. No se les hubiera ocurrido a los miembros del Tribunal citar a periodistas “de investigación” ni a historiadores civiles para que opinaran sobre reglamentos y cuestiones de derecho militar.

Pero en el caso argentino, las declaraciones de tales testigos presentan un fuerte contenido ideológico, cuya finalidad no parece haber sido otra que contribuir a reforzar el propósito de juzgar no solo a un puñado de

responsables, sino, en virtud de la irradiación que genera toda explicación contextual, a todo un régimen, con la consiguiente ampliación de la calificación de los delitos, como así también de la nómina de los responsables.

También se ha intentado promover en la instancia judicial la calificación de genocidio, previamente instalada en las consignas políticas, planteando como objetivo de la represión eliminar a una fracción determinada de la población, un “grupo nacional”, para desestructurar a la sociedad y rearmarla sobre la base de relaciones sociales diferentes. Así, en el juicio celebrado en La Plata en el año 2013 por los delitos cometidos en el centro de detención conocido como La Cacha, 15 de los 17 acusados fueron condenados como “cómplices de genocidio”, que, como explicó en 2014 el presidente del Tribunal, juez Carlos Rozanski, tiene un valor específico porque “la figura de genocidio da al proceso un contexto adecuado de donde deben ser entendidos los hechos”. La calificación jurídica no pasaba de ser un disparate, pero desnudó la intención política que la animaba. La guerra antisubversiva de los 70, para el sector “revolucionario”, continuaba no ya con las armas, sino a través del relato.

III

De los magistrados se espera un delicado equilibrio en la consideración de los derechos tanto de las víctimas como de los acusados, fatalmente quebrado cuando a estos últimos se les da un tratamiento no acorde con el que, precisamente, se les imputa no haber respetado. En el dilema entre el castigo a las violaciones de los derechos

humanos y el respeto por los derechos humanos del acusado debe prevalecer, como prioridad, la protección al imputado.

Sin duda, la objetividad de los jueces no se obtiene con el nombramiento formal como tales. Resulta de una psiquis impregnada de valores republicanos. Esto no se improvisa, se adquiere desde temprana edad. Pero no faltan quienes, en pugna constante con los límites del orden jurídico, consideran que el respeto irrestricto de los derechos debe ceder para no favorecer la impunidad, remarcando la necesidad de remover todo obstáculo opuesto a ese fin. De ese modo el castigo legal se transforma en venganza del ofendido, un principio de costoso desarraigo en la historia de la civilización occidental.

IV

Carlos S. Nino, uno de los principales ideólogos del juicio llevado a cabo en 1985 a las Juntas Militares, en *Juicio al mal absoluto* (2005) criticó la posición de los grupos denominados “de derechos humanos” por considerar que su postura frente a la justicia retroactiva era “intransigentemente retributiva” y por ende, con visión kantiana, solamente buscaba el castigo de todos los militares, sin exclusión. Así pues, los activistas y las organizaciones se habrían convertido en defensores del neopunitivismo más radical.

De acuerdo con esa visión regresiva, los acusados deben ser castigados porque moralmente lo merecen y, al hacerlo, se materializa el valor justicia. El castigo sería un bien en sí mismo, incluso si de él no fluyen otras consecuencias

positivas. Para los partidarios del retribucionismo el enjuiciamiento de las pasadas violaciones de derechos humanos permite ciertas respuestas injustificadas para el común de los delitos. Por ello para los de lesa humanidad se han aplicado reglas diferentes a las establecidas por el derecho para juzgar los comunes, considerados insuficientes para abordar fenómenos como la planificación del “exterminio masivo”, para cuyos autores se desean las torturas que Dante imaginó para los réprobos.

La deriva neopunitivista no logra encontrar una justificación intelectual. Además de herir de muerte al principio de igualdad ante la ley, consagra no solamente perpetradores de primera y de segunda clase, sino también víctimas de primera y segunda clase, y genera la sensación de un Estado con menor interés por la represión de los delitos comunes, cualquiera fuese su entidad.

Si todos los acusados de haber cometido un delito deben ser tratados de la misma forma, una justificación retribucionista no puede estar disponible para algunos si no está disponible para todos, lo cual es una monstruosidad jurídica. O seguimos el criterio de la mínima aflicción necesaria o volvemos a las penas aflictivas del derecho penal de la monarquía absoluta elaboradas en defensa del *jus puniendi*, cuyas características fueron puestas de relieve en su momento por Francisco Tomás y Valiente.

El respeto hacia los principios del ordenamiento jurídico y de las garantías constitucionales es la base inexcusable en la construcción del Estado de derecho. Vulnerar

criterios que se enseñan como base de la pena, desarrollados en más de doscientos años de cultura jurídica, significa aproximarse a la degradación del derecho punitivo.

Por otra parte, los organismos de protección de los derechos humanos y las asociaciones de activistas únicamente deberían estar al lado del imputado enfrentado al poder y nunca del lado del poder enfrentado al individuo, pues, en este último caso, su labor se neutraliza y desaparece, al desvanecerse su credibilidad y su autoridad moral. No cabe duda sobre la existencia de un abismo entre la ciencia del derecho penal y los cultores del castigo público. Y sería del caso replantear socialmente que, si el objetivo de tales organizaciones es seguir representando el inapropiado rol de acusadores neopunitivistas, desprestigiando el valor estratégico de los derechos humanos, entonces, tal vez llegue el momento oportuno para establecer nuevos organismos y nuevas organizaciones destinadas a proteger seriamente los derechos fundamentales de los individuos acusados y sometidos al poder penal y que los protejan no solo frente al Estado, sino también ante aquellos organismos y organizaciones, nacidos para brindar esa protección frente al poder penal público, devenidos en promotores de un poder penal absoluto.

V

También se ha alegado, en pro del formato de los juicios por delitos de lesa humanidad, que ellos facilitan la averiguación de la verdad en forma más certera que la que

podría suministrar otro formato más laxo, considerando como tal el de las *comisiones de verdad*. De allí la elección de un camino distinto al que, en situación análoga, llevó a cabo Sudáfrica cuyo resultado fue, como dijo Thabo Mbeki, su vicepresidente en el período 1994-1996 y presidente en el de 1999-2008:

Juntos, decidimos que en búsqueda de una solución para nuestros problemas nadie debía ser demonizado o excluido. Acordamos que todos debían formar de la solución, sin importar lo que hubieran hecho o representado. Acordamos que no tendríamos tribunales de crímenes de guerra ni tomaríamos el camino de la revancha y retribución.

Como resultado de transitar el camino retributivo, los indicadores marcan que en las diversas instancias se hizo todo lo posible para sostener una “justicia venganza” en el juzgamiento sobre todo de las fuerzas militares y de seguridad a quienes les cupo enfrentar al terrorismo en la década del 70, recurriendo a todo tipo de ficciones legales.

VI

Todo lo hasta aquí apuntado someramente forma parte del impacto negativo más notable en el campo jurídico penal producido por tales procesos. Los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios logrados sobre esa base no han tenido eco favorable en el ámbito académico-jurídico argentino, ni lugar preponderante en los planes de estudio de Facultades de Derecho, por considerarse que lo producido en esos juicios, pese a su tramitación en los

tribunales federales de todo el país, resulta ajeno a las disciplinas jurídico-penales. Se da así una gran paradoja: los cuestionadores de una dogmática de gran calidad (como la argentina, la alemana, la italiana y la española) son, a su vez, mirados con recelo y sus estudios valorados como producciones ideológicas y de bajo nivel científico.

Un poder punitivo absoluto como el pregonado por organismos y activistas es el modelo jurídico que con más fuerza argumental resulta refutado por la ciencia penal.

En las obras más importantes de derecho penal solo aisladamente se propicia privilegiar a la víctima de graves violaciones de los derechos humanos al punto de abandonarse la protección de esos mismos derechos a los sospechosos de haber cometido tales crímenes, al punto que para ellos no rijan los principios clásicos limitadores del poder penal. La literatura más significativa al respecto, desde la Ilustración en adelante, no revela una tendencia neopunitivista comparable a la de organismos y activistas actuales.

Las obras del derecho penal están mayoritariamente dedicadas a desarrollar mecanismos para limitar y controlar el ejercicio del poder punitivo, no para ampliarlo. En ellas se puede ver un gran esfuerzo intelectual por establecer regímenes generales de aseguramiento de los valores de un derecho penal respetuoso de los derechos fundamentales de la persona que sufre el ejercicio del poder penal. Por ello, no deja de ser llamativo que muchos de quienes promueven la búsqueda de una punición

infinita, pregonan y aplican el neopunitivismo del derecho penal de los derechos humanos, aleguen trabajar para conseguir un mundo mejor, sin darse cuenta de su imposibilidad por medio del derecho penal y menos por el neopunitivista, mucho peor al ya para algunos desafortunado, pero al menos racional y limitado derecho penal liberal clásico.

Por otra parte, escasos intereses han demostrado por esos desarrollos muchas cátedras, y también estudiantes (para muchos de ellos los conflictos del siglo XX, que no vivieron, les resultan ajenos y pertenecen en todo caso a la cartera de las cuentas incobrables de un lejano pasado) salvo —claro está— reducidos grupos, institutos o centros de estudio o Facultades regidas por la militancia ideologizada y sobre todo en carreras ajenas al Derecho.

No existe consenso acerca del virtuosismo de esos desarrollos doctrinales objeto de encomio y mucho menos que merezcan ser colocados en el centro del universo jurídico. Amplios sectores los ven como un compendio que es copia fiel de olvidados anacronismos, producto del impulso exclusivo de quienes estuvieron involucrados en la cuestión y tratan de evadir su propia responsabilidad en aquellos lejanos sucesos. Y, por ende, desarrollos no dignos de ser atendidos como avances de la ciencia jurídica, sino valorados como un producto con rasgos demasiado visibles de una persecución judicial sistemática y planificada cuyos aspectos notorios ofrecen una gama de posibilidades, desde la probabilidad hasta la certeza, acerca de que los militares

enjuiciados, aun cuando hubiesen sido culpables, fueron, en definitiva, mal condenados.

VII

Por más intolerables que sean los crímenes caracterizados como “de lesa humanidad”, ello no habilita a los tribunales para tirar por la borda algunos principios consagrados en todas las constituciones de los países civilizados y en las convenciones internacionales de derechos humanos, cuya razón de ser es la protección de esos derechos.

El principio *nullum crimen sine lege* está expresamente contemplado tanto en el art. 18 de la Constitución Nacional como en el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales. Para que una persona pueda ser penada, se requiere una ley previa y vigente que prevea como delito el acto que ella haya cometido. Y comprende la prohibición de la retroactividad en materia penal. Coincide con este principio el artículo 7 del estatuto del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos según el cual, en materia penal, la condena solo puede basarse en una norma existente al momento del acto u omisión (irretroactividad de la ley penal) y la imposibilidad de imponer una pena más gravosa que la aplicable al tiempo de comisión del hecho delictivo (irretroactividad de la pena).

La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por resolución 2391 de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, entró en vigencia el 11 de noviembre

de 1970, fue ratificada por la República Argentina en noviembre de 1995, por medio de la Ley 24.584, y elevada a norma con jerarquía equiparable a las de la Constitución Nacional en 2003, por la Ley 25.778.

En oposición a su propia doctrina como tribunal y contra las opiniones previamente publicadas de algunos de sus miembros, la Corte ha argumentado que, si bien la imprescriptibilidad fue introducida formalmente en nuestro derecho con posterioridad a los hechos bajo juzgamiento, existía como principio internacional desde mucho tiempo atrás y figuraba implícita en el derecho consuetudinario internacional como norma *jus cogens*. De ese modo, no se violaba el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Relleno doctrinario de una postura ya adoptada.

Argumento a primera vista sutil, pero deja de serlo al advertirse no haberse aportado prueba alguna de que la *inveterata consuetudo* preconvencional incluyera la imprescriptibilidad, en cuya virtud la explicación deviene en una afirmación meramente dogmática, la conclusión de un silogismo sin premisas, y presenta el aspecto de haberse echado mano de una vaguedad frente a una situación incómoda.

¡Tenía que ser precisamente la costumbre, electa como fuente, cuando nuestra dogmática siempre le ha negado tal valor en materia penal!

Se recurrió a ella por su carácter funcional y para salir del paso. A ningún tribunal se le ocurriría aplicar retroactivamente el principio de imprescriptibilidad

fundándose en la costumbre anterior a la convención (¿para qué, entonces, se habría suscripto esta última?) y mucho menos si no existe prueba de ello. Por otra parte, en el tema de la costumbre internacional, aparecen confundidos el problema jurídico (los fundamentos y la prueba) y el histórico (los orígenes).

VIII

No hay cuestionamiento alguno acerca de la imprescriptibilidad de los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la convención antes mencionada y, en relación con el juzgamiento de los hechos ocurridos con anterioridad a ello, como lo viene haciendo la Justicia federal en la Argentina con el aval de la Corte Suprema, tal vez pronto ya no habrá oportunidad de seguir practicando tan gravemente errónea interpretación, pues, debido a la alta edad de los acusados, las acciones penales se extinguirán con su desaparición física y el error cometido no tendrá corrección posible. Se habrá cerrado una página, los expedientes serán archivados y todo quedará reducido a una cuestión histórica de interés para la arqueología jurídica. A partir de ese momento, la voz de los tribunales callará y tomarán la palabra los historiadores.

A propósito de esto, quizá algún jurista dirá que la etapa judicial de lesa humanidad ya es cosa abstracta o va en camino de serlo, siempre y cuando carezca de la suficiente perspicacia como para no advertir que, desde lo psicológico, el impacto en generaciones venideras no lo producen los hechos de la historia, sino la huella en lo

emocional. No podría descartarse que la justicia impartida a medias y violando elementales principios de convivencia social habilite a muchos en el futuro a imitar la conducta de los terroristas del siglo pasado. Por otra parte, en su futuro desempeño las fuerzas públicas padecerán el trauma histórico de ser descartadas si su accionar, más allá de ser necesario para mantener la paz, se tornase “inconveniente” para sectores políticos del país.

Dentro del pensamiento freudiano, la “ley del padre” debería ser el límite para todos y no para un sector de la sociedad. La ausencia de reglas claras y sanciones igualitarias promueve conductas enmarcadas en el “todo vale”; quizá es por ello que tenemos a la Argentina sumida en un permanente caos, que, por ejemplo, no puede hacer respetar el orden de prelación de la vacunación contra el COVID-19.

IX

Las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con voto mayoritario, en los casos “Arancibia Clavel” del 24 de agosto de 2004, “Simón” del 14 de junio de 2005, “Mazzeo” del 13 de julio de 2007 y “Batalla” del 4 de diciembre de 2018, que ocuparán los capítulos que siguen, sorprenden por su desconocimiento de la prescripción de la acción penal impuesta por ley en beneficio del imputado; del principio de legalidad en materia penal; por la aplicación retroactiva de normas penales más gravosas para el imputado, la negación de la *cosa juzgada* y la invalidez de ciertas leyes e indultos dictados con estricto apego a la ley fundamental.

X

La disparidad de fundamentos ofrecidos por los jueces integrantes de la mayoría del tribunal que posibilitó esos pronunciamientos y los severos cuestionamientos emergentes de los votos pronunciados en disidencia, revelan la discordia entre colegas. Caso hubo en el cual ninguno de los magistrados de la mayoría compartiese los fundamentos: recurrieron al voto individual, el cual más allá de algunos puntos básicos de contacto, sigue líneas de argumentación con matices propios y diferenciales.

Esa falta de unanimidad impide el surgimiento de una doctrina. En virtud de ese déficit, califican entonces los votos disidentes. No sería la primera vez en la historia judicial argentina de los tiempos modernos que la razón esté en la disidencia cuya opinión sobre la solución del caso sienta de manera solitaria, pero con saber jurídico, ofreciendo soluciones aceptadas con el tiempo, que sumen en el descrédito a la opinión contraria, más allá de su éxito transitorio.

Los jueces verdaderamente creadores son quienes —a veces con imaginación— se anticipan a corrientes doctrinarias que, más temprano o más tarde, terminan imponiéndose. En tal sentido, vale recordar la severa disidencia del juez Tomás D. Casares, en junio de 1948, en el caso “Merck Química Argentina S. A”. O algunas disidencias de Luis María Boffi Boggero: designado en 1958 juez de la Corte por el presidente Frondizi, llegó a esa magistratura identificado con el partido y el gobierno del nombrado, pero pronto demostró su independencia de

criterio y su predisposición a sostener un pensamiento jurídico apartado de las alternativas políticas que se vivieron en este período, demostrando sus condiciones de juez creador que supo ver más allá de su tiempo.

Respecto de los cuatro casos jurisprudenciales que nos han de ocupar, la línea de disidencias tiene su origen en las advertencias de los jueces Ricardo Levene (h.) y Augusto Belluscio, en el caso “Priebke”, y sigue escalonándose con los votos en total disidencia de Adolfo Vázquez, Belluscio y Carlos Fayt en “Arancibia Clavel”; de Fayt en “Simón”; de Fayt y Carmen Argibay (esta última parcialmente) en “Mazzeo”, y culmina —al menos, por el momento— con el de Carlos Rosenkrantz en “Batalla”.

XI

Los fallos mencionados, abordan puntos neurálgicos de nuestro orden jurídico. Su análisis permite conocer las estrategias discursivas empleadas por los magistrados que los dictaron en la construcción de la opinión judicial y el afán de legitimar intelectualmente sus decisiones en la línea de lo “políticamente correcto”. La reconstrucción del modo de pensar y argumentar en esas causas constituye una pieza esencial para conocer la *forma mentis* de esos jueces, es decir, su formación mental, sus motivaciones, el modo de percibir y concebir el mundo, sus bases axiológicas y conceptuales, y, en definitiva, su posición y actitud frente a la alta función orientadora en el resguardo de las garantías constitucionales que les compete en grado de función primigenia. También permite evaluar el actual estado de la cuestión en un sector de la ciencia jurídica que

canta el panegírico de esos procesos, creyendo ver en ellos la clave para la reconstrucción de la democracia y el derecho para los argentinos del siglo XXI.

XII

Advertimos sin esfuerzo que, en el tratamiento de la violación a los derechos humanos con motivo de la lucha contra la subversión, la Corte Suprema de Justicia ha oscilado haciendo “depender” su independencia de las políticas desarrolladas sobre el tema por el Poder Ejecutivo Nacional. Así, durante el gobierno del presidente Raúl R. Alfonsín (1983), acompañó el criterio de una responsabilidad acotada, la cual implicaba el procesamiento de los integrantes de las Juntas Militares y de los cabecillas subversivos y se consideraron constitucionales las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Posteriormente, durante la etapa de los indultos del presidente Carlos S. Menem (1989), la Corte y el Ministerio Público Fiscal se mantuvieron en un “silencio conveniente”. Finalmente, sobre todo a partir del presidente Néstor Kirchner, la Corte volvió sobre sus pasos y, en consonancia con la nueva política del Poder Ejecutivo en el tratamiento de la guerra contra el terrorismo, comenzó a generar fallos atribuyendo responsabilidad solo a las fuerzas públicas, excluyendo al sector de la guerrilla combatiente.

¿Qué seguridad jurídica puede ofrecer un país en el que se cierran asuntos propios de una generación por más de una década y luego otra generación los reabre? Esto no sucedió en el caso de los crímenes del nacionalsocialismo

alemán, que nunca se dejaron de perseguir. Tan grave como ello es no haber aplicado el sistema penal normal, sino uno “armado” para la ocasión y de forma poco ortodoxa en el respeto de los derechos fundamentales de los acusados que desembocó en un poder penal de mera instrucción, de pura prisión preventiva y amplificación por los medios, pero pocas sentencias en los procesos prolongados por años.

XIII

No es novedad para nadie el deseo que cada gobierno tiene de contar con jueces del mismo signo político. No pocas veces la lucha por el sentido de la Constitución se transforma en una pugna por quiénes serán los jueces que lo definan. En teoría, el control constitucional de las leyes no debe ser confiado a magistrados que no sean independientes. En la práctica, si los jueces de la Corte Suprema son quienes controlan e interpretan a la Constitución, entonces el problema del poder político de turno de una democracia muy frágil radica en cómo controlar a esos jueces. El argumento aparente exhibido siempre es “la necesidad de una reforma”. Pero, en realidad, las formas bajo las cuales se intenta hacerlo no van más allá de limitar su jurisdicción hasta alterar, por aumento o disminución —según la necesidad política del momento—, el número de sus integrantes. Aunque se alegue *pour la galerie* una necesidad funcional, el objetivo real es asegurar una mayoría acorde con la integración oficialista del Congreso, a fin de que los tres poderes

actúen al unísono. Cuando ello no se logra, prevalece el ataque contra los jueces, en forma individual o en conjunto.

Entonces, las “operetas” (y no las francesas de Jacques Offenbach o las vienasas de los Strauss o de Franz Lehár) quedarán a cargo de los espadachines o lenguaraces *a la violeta* del gobierno de turno. Conforme su bajo vuelo, esgrimirán como argumento central que los jueces no han sido elegidos por un procedimiento democrático (electoral). Inevitablemente, cuando la política va a la Justicia, vacía a la Justicia de juridicidad y obtiene un producto político con apariencia de jurídico.

No es posible pensar que la Corte haya logrado escapar al viento de la política para su encumbramiento o para su derrumbe. Entre los años 2002 y 2005, siete de los nueve jueces nombrados por el presidente Carlos S. Menem dejaron sus sitials. Gustavo Bossert alegó motivos de “cansancio moral” y renunció en 2002. En diciembre de ese año, fue nombrado Juan Carlos Maqueda por el presidente Eduardo Duhalde. Removidos a través de juicio político resultaron Eduardo Moliné O’Connor en 2003 y Antonio Boggiano en 2004. Renunciaron ante la amenaza de destitución Julio Nazareno en 2003, Adolfo Vázquez y Guillermo López en 2004. Y finalmente Augusto César Belluscio dimitió en 2004 a los 75 años ante el nuevo límite de edad introducido por la reforma de 1994.

Subsistieron Carlos S. Fayt y Enrique Petracchi, ambos designados en 1983 por el presidente Raúl Alfonsín.

En menos de dos años —entre octubre de 2003 y febrero de 2005—, fueron nombrados cuatro nuevos jueces por el presidente Néstor Kirchner: Eugenio Raúl Zaffaroni, Elena Highton de Nolasco, Ricardo Luis Lorenzetti y Carmen Argibay, inaugurándose con estas designaciones el nuevo procedimiento instaurado por el decreto 222/03 y aprobado en el Senado, con una serie de reglas procedimentales y de plazos, publicidad de los perfiles de los candidatos y admisión de objeciones y aportes de la ciudadanía. Además, los jueces tuvieron la obligación de mostrar públicamente sus posturas frente a cuestiones institucionales propias del tribunal y a los derechos constitucionales.

La Corte quedó integrada por los ministros Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Argibay y Lorenzetti.

En 2014 renunció Zaffaroni y fallecieron Argibay y Petracchi. Fayt presentó su renuncia a fines de 2015, destinada a hacerse efectiva al principio de 2016, logrando burlar así los furibundos ataques del gobierno nacional saliente que, antes de abandonar el poder, buscó infructuosamente su destitución por todos los medios posibles a su alcance para apoderarse de la vacante a fin de cubrirla con un partidario. Finalmente, Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti fueron designados por el presidente Mauricio Macri en 2016, primero —producto de un muy deficiente asesoramiento jurídico— mediante un procedimiento objetable, subsanado ante las críticas recibidas.

XIV

Muchas actividades siguen un método o procedimiento, es decir, una técnica. Todo tiene su técnica, no solamente la ciencia. Para algunos la investigación y el juzgamiento de causas de lesa humanidad por violaciones de derechos humanos cometidas durante el gobierno militar de 1976-1983 conforman no solamente el fenómeno judicial más importante de nuestro tiempo, sino que en ellos reside la clave para la reconstrucción de la democracia y el derecho para los argentinos del siglo XXI. Para sus apologistas, esos procesos judiciales han dado lugar a novedosos desarrollos doctrinarios, jurisprudenciales y normativos, como así también a nuevas prácticas de litigio y nuevas formas de organización de la administración de justicia.

Se alegan como ejemplos de tales desarrollos y transformaciones los debates sobre el fundamento filosófico-jurídico de la potestad estatal de perseguir y juzgar estos delitos; la implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito local; las elaboraciones dogmáticas y jurisprudenciales referidas a la autoría, los tipos penales y las causas de justificación aplicables a los crímenes de Estado; el resurgimiento de las víctimas como actores relevantes en los procesos; las estrategias implementadas por el Poder Judicial para hacer frente a la investigación y el juzgamiento de crímenes masivos, entre muchas otras supuestas contribuciones que, en un sentido metajurídico, se supone que provocarán un cambio social.

Todos esos aspectos vistos en su conjunto son el resultado de una técnica, un conjunto de procedimientos o recursos puestos en movimiento en la actividad judicial. Requieren la habilidad de los operadores jurídicos para sortear los obstáculos que se presenten, incluido el derecho. Porque también el derecho es a veces un obstáculo al cambio social, como sostenía Eduardo Novoa Monreal, y siempre hay personajes dispuestos a remover o superar esos obstáculos de cualquier forma, para obtener un resultado determinado y efectivo: en el caso, satisfacer un no siempre encubierto y primario deseo vindicativo de los grupos interesados en ello, mediante el empleo del mecanismo jurisdiccional. Y como la principal carta de triunfo del pensamiento autoritario es tratar de no parecerlo, tales innovaciones son presentadas como productos elaborados en defensa de la democracia, porque es imposible rechazar la democracia como principio de legitimación.

XV

En las páginas siguientes, a través del último reflejo de esos procesos en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, trataremos de desentrañar la técnica que condujo a una injusticia en el tratamiento de las garantías constitucionales de los imputados. Estos en su mayoría militares, fueron juzgados fuera de las leyes de la Republica, a cualquier precio, la cosa era “purgar” la culpa que todos tenían, en la deshumanización de la política que se vivió durante la guerra contra el terrorismo, a través del

juzgamiento de unos pocos, que hacían y hacen de “chivos expiatorios”.

CASO: “ARANCIBIA CLAVEL”

De cómo la Corte Suprema de Justicia Argentina, abrió la puerta para la “justicia- venganza”, en las llamadas “causas de lesa humanidad”

|

Enrique Lautaro Arancibia Clavel, considerado partícipe necesario del homicidio del general chileno Carlos Prats y de su esposa Sofía Cuthbert (ocurridos en Buenos Aires el 28 de septiembre de 1974) e integrante de una asociación ilícita, fue condenado a reclusión perpetua por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 6. La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo al entender que la conducta del imputado resultaba típicamente adecuada a la figura del delito de asociación ilícita simple, y sobreseyó en la causa y a su respecto por considerar extinta por prescripción la acción penal respecto del mencionado delito, en virtud de haber transcurrido el plazo máximo señalado en el Código Penal, computando el tiempo transcurrido desde la fecha en que Arancibia Clavel había cesado de cometer el delito motivante de su detención hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria.

Interpuso recursos extraordinario y de hecho el Estado de la República de Chile representado por los Dres. Alejandro Carrió y Hernán Gulco.

Por cinco votos (jueces Zaffaroni, Highton de Nolasco, Petracchi, Boggiano, y Maqueda, los tres últimos según su voto) contra tres (disidencia de los jueces Belluscio, Fayt y Vázquez), el 24 de agosto de 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto, determinó la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, sosteniendo por mayoría que los hechos por los que Arancibia Clavel había sido condenado ya revestían tal carácter para el derecho internacional al momento de cometerse, y dejó sin efecto la sentencia apelada, ordenando devolver los autos al tribunal de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento con arreglo al fallo.

La trascendencia de las cuestiones discutidas en el presente caso, como las especiales particularidades que este presenta, justifican analizar primero lo relativo a la imprescriptibilidad y el derecho de gentes y convencional y, en segundo lugar, lo atinente a la irretroactividad de la ley penal y la imprescriptibilidad, teniendo presente la incidencia en el caso de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968.

II

El *thema decidendum*, planteado en el considerando 12.º del voto mayoritario de la Corte, era la imprescriptibilidad de una asociación ilícita cuyo objeto había consistido en la comisión de crímenes, y la determinación de si el instrumento normativo que debía regir la interpretación era la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los

Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, si bien aprobada por resolución 2391 de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, entró en vigencia el 11 de noviembre de 1970, fue ratificada por la Argentina en noviembre de 1995 por medio de la Ley 24.584 y elevada a norma con jerarquía equiparable a las de la Constitución Nacional en 2003, por Ley 25.778.

Los argumentos de la mayoría fueron desplegados en una docena de considerandos, pero el núcleo argumental decisivo se encuentra en el 28.º:

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.

Y también en el considerando 29.º:

[...] así cómo 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.

¿Qué valor era posible atribuir a la costumbre alegada, después supuestamente convencionalizada?