

S.C. D. 1682; L. XL.-

Suprema Corte:

-I-

El 11 de agosto de 2004 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la decisión de primera instancia por la cual se había declarado la prescripción de la acción penal respecto del imputado René Jesús Derecho.

Contra ese pronunciamiento la parte querellante interpuso recurso extraordinario, cuyo rechazo motivó la presentación de esta queja.

Lo central de la queja radica en la alegación de que el delito presuntamente cometido en perjuicio de Juan Francisco Bueno Alves, y por el cual se había imputado a René Jesús Derecho, sería un delito de lesa humanidad. El peticionante alega que, toda vez que el delito investigado se subsume en esa tipología del derecho internacional, se trataría de un delito imprescriptible.

Según puede reconstruirse del escrito de queja, Bueno Alves habría sido víctima, los días 5 y 6 de abril de 1988 (al anochecer del primer día indicado y a la madrugada del siguiente), de una serie de hechos ilícitos que habrían comprendido una detención ilegal, la aplicación de golpes y la privación de medicamentos. El autor de estos hechos habría sido René Jesús Derecho, quien era miembro de la Policía Federal. Los ilícitos habrían ocurrido dentro de la División Defraudaciones y Estafas de dicha institución.

El propósito de todas estas conductas, especialmente la aplicación de los golpes, habría consistido, según el apelante, en que Bueno Alves produjera una declaración que comprometiera penalmente a su abogado, el doctor Carlos Pérez Galindo. La motivación policial para proceder de esta manera -es decir, para provocar una declaración de Bueno Alves que sirviera para fraguar un procedimiento contra Pérez Galindo- radicaría en la venganza del “personal policial corrupto” contra este último (conf. fs. 71 vta., 72 vta. y otras correspondientes al recurso de queja). El ánimo de venganza provendría, a su vez, de que el doctor Pérez Galindo, en el marco de su actividad profesional, habría contribuido a que se descubrieran actividades ilícitas de la policía. Todo ello, reitero, según el relato que puede extraerse del escrito del recurrente.

-II-

El recurso intentado es formalmente admisible, toda vez que se halla cuestionada la interpretación de normas de rango constitucional y del derecho de gentes, y la decisión ha sido contraria a la pretensión que el apelante ha fundado en ellas. En efecto, la discusión reside en la determinación de si los hechos investigados -más allá del grado probatorio alcanzado sobre ellos- se subsumen en la tipología de crímenes de lesa humanidad (artículo 14 de la ley 48).

-III-

-A-

S.C. D. 1682; L. XL.-

La comunidad internacional ha realizado un esfuerzo conjunto para definir, en una evolución cuyo último punto sobresaliente lo constituye el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en qué consisten los crímenes de lesa humanidad. La definición a la que se arribó fue no sólo el producto de arduas discusiones, sino que constituye, como se dijo, un último paso estatutario de una larga evolución histórica y legal (Al respecto ver Bassiouni, Cherif M. *Crimes Against Humanity in International Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999, capítulos 1 a 5).

No obstante ello, debe hacerse una aclaración preliminar. En lo que sigue, se explorará la posibilidad de subsumir los hechos supuestamente ocurridos en la categoría de crímenes de lesa humanidad en consideración del desarrollo más reciente de la materia. Ello no implica, sin embargo, que en el momento en que habrían ocurrido los hechos la categoría de crímenes de lesa humanidad no formara parte del derecho internacional y que sus consecuencias (imprescriptibilidad, por ejemplo) no tuvieran plena vigencia –más allá del distinto nivel de positivización de sus normas respecto del alcanzado hoy en día– en la comunidad internacional. En efecto, como se acaba de señalar, la categoría que hoy cuenta con una codificación penal (el Estatuto de Roma) y un cuerpo jurídico de interpretación en constante crecimiento, es también el producto de una evolución histórica que, al menos desde la segunda guerra mundial, ha incorporado con claridad las graves violaciones de los derechos humanos cometidas a través de

la actuación estatal en el catálogo de delitos de lesa humanidad. Como ya señalé al dictaminar en la causa S. 1767, XXXVIII (“Simón Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa nº 17.768-”), el crimen de la tortura como práctica estatal se encuentra prohibido por normas de derecho consuetudinario que preexisten incluso a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984. Esa Convención no es otra cosa que el reconocimiento de prácticas que ya estaban prohibidas por el derecho internacional no contractual desde mucho antes. En ese sentido, las fuentes a las que se recurrirá no son la aplicación de estándares más restringidos a la aceptación de la tortura como crimen de lesa humanidad que los que existían en el momento en el que supuestamente ocurrieron los hechos de la causa. Más bien se trata de constatar que en esa época la tortura como práctica estatal se encontraba claramente prohibida como crimen contra la humanidad y que la codificación más moderna –y la literatura que la comenta– no ha restringido el espectro de lo aceptado como crímenes de lesa humanidad, sino que en todo caso lo ha ampliado, lo cual no puede causarle agravio al recurrente.

-B-

El artículo 7 del Estatuto de Roma contiene el siguiente relevante texto:

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un

S.C. D. 1682; L. XL.-

ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional;
- f) Tortura
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen del apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

b) ...”

Con todo, el Estatuto de Roma no fue el primero que incluyó una definición de delitos de lesa humanidad. En efecto, ya antes el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia incluía el siguiente texto en su artículo 5, que aquí se consulta en su versión en idioma inglés:

“Crímenes de lesa humanidad.

El Tribunal Internacional tendrá la potestad de juzgar a las personas responsables de los siguientes crímenes cuando fueran cometidos en un conflicto armado, ya sea de carácter internacional o interno y dirigido en contra de cualquier población civil:

S.C. D. 1682; L. XL.-

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelación;
- f) Tortura;
- g) Violación;
- h) Persecución por motivos políticos, raciales y religiosos
- i) Otros actos inhumanos.”

También el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda incorporó ya algunos de los elementos distintivos luego adoptados por el Estatuto de Roma al contemplar en su artículo 3 una definición de delitos de lesa humanidad:

“El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas:

- a) Homicidio intencional;
- b) Exterminio;

- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violación;
- h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos

Además, también la doctrina y no menos la jurisprudencia, en vista del texto del Estatuto de Roma y a sus precedentes, han formulado definiciones que en una profusa labor dogmática interpretan y, por lo tanto, configuran también, la definición de la categoría de delitos de lesa humanidad.

Así, por ejemplo, Alicia Gil Gil (Derecho Penal Internacional, Madrid, 1999, editorial Tecnos, p. 151) sostiene que: “Son crímenes contra la humanidad los atentados contra los bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*.” La definición transcrita puede parecer, en un primer momento, sobreabundante. Pero tiene la virtud de poner de manifiesto, de manera concisa y rápida uno de los puntos críticos cuya dilucidación es relevante para trazar la distinción entre crímenes comunes y crímenes contra la

humanidad. El elemento está dado por el hecho de que los crímenes contra la humanidad son también, al igual que los crímenes comunes, atentados contra bienes jurídicos individuales.

Es por lo tanto fundamental buscar un marco teórico que pueda servir para trazar un criterio de distinción. Es claro que para ello debe recurrirse a los elementos descriptos en la definición de crímenes de lesa humanidad. Pero antes puede también intentarse establecer qué criterios de guía más generales se han desarrollado para encontrar el límite. Se comenzará, por lo tanto, por esta última idea (*infra* IV), para luego analizar los requisitos típicos o explícitos de los delitos contra la humanidad (*infra* V).

Como se verá luego, tanto se tome como parámetro una definición más general, orientada a la dilucidación del bien jurídico protegido, como si se hace el análisis de la subsunción del presente caso en algunos de los elementos de la definición de crímenes de lesa humanidad, podrá apreciarse rápidamente, que los hechos supuestamente ocurridos en el presente caso no constituyen delitos de lesa humanidad.

-IV-

Es claro que los crímenes contra la humanidad implican también el ataque en contra del individuo que resulta víctima de la agresión en su carácter de persona individual. En efecto, el asesinato, por ejemplo, contemplado en el inciso "a" del apartado 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma, recae sobre una persona en particular y, por lo tanto, lesiona su derecho a la vida que

tiene como ser humano. Pero también resulta lesionado el derecho a la vida de la víctima de un asesinato que no constituye un crimen de lesa humanidad, como lo sería por ejemplo el asesinato llevado a cabo por un ciudadano cualquiera en perjuicio de otro.

Es decir, los crímenes de lesa humanidad, al igual que los delitos contra las personas, implican ambos la lesión de derechos fundamentales de los seres humanos. La distinción tiene su punto de partida en que los crímenes de lesa humanidad no lesionan sólo a la víctima que ve cercenados por el delito sus derechos básicos, sino que también implican una lesión a toda la humanidad como conjunto. Esta es la característica que fundamenta, entre otras cosas, la jurisdicción universal de este tipo de crímenes. El autor comete un crimen contra toda la humanidad, no sólo contra su víctima directa. En ese sentido, explica Satzger, el autor de un crimen de lesa humanidad, con su conducta, se rebela contra un estándar mínimo de derechos de la humanidad en su conjunto. Los tipos penales de los crímenes de lesa humanidad protegen sólo de manera secundaria los bienes jurídicos de personas individuales (Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden, Alemania, 2005, p. 203).

Ahora bien, lo relatado es hasta ahora una afirmación en gran parte obvia. Lo que falta es un criterio de distinción, una teoría, que marque con un criterio general los casos en los que un asesinato, por ejemplo, no es sólo la lesión a un ser humano sino una lesión a toda la humanidad. A pesar de la abundancia de literatura explicativa y de difusión sobre el tema, no son

muchos los intentos realmente dogmáticos de encontrar un criterio de distinción, o si se prefiere expresarlo con un lenguaje más tradicional, de determinar cuál es la esencia del bien jurídico protegido en los crímenes contra la humanidad.

Uno de esos intentos ha consistido en sostener que el propósito de los crímenes contra la humanidad es proteger la característica propiamente humana de ser un “animal político”, es decir, de agruparse y formar organizaciones políticas necesarias para la vida social (conf. Luban, David. *A Theory of Crimes against Humanity*. *Yale Journal of International Law* 29, año 2004, p. 85 y ss.). El razonamiento del autor mencionado consiste en lo siguiente. La característica humana de vivir en grupo, la necesidad natural de vivir socialmente, tiene por consecuencia la exigencia de crear una organización política artificial que regule esa vida en común. La mera existencia de esa organización, sin embargo, implica una amenaza, al menos abstracta, al bienestar individual. Los crímenes de lesa humanidad representan la amenaza más grave: se trata de casos en los que la política se ha vuelto cancerosa o perversa. El ser humano no puede vivir sin una organización política, pero la constitución de un orden institucional crea el riesgo y la amenaza permanente de que éste se vuelva en contra del hombre (*op cit.*, p. 90 y ss. y p. 117 y ss.). Los casos de crímenes de lesa humanidad son justamente la realización de la peor de esas amenazas, la de la organización política atacando masivamente a quienes debía cobijar. “Humanidad”, por lo tanto, en este contexto, se refiere a la característica universal de ser un

“animal político” y la caracterización de estos ataques como crímenes de lesa humanidad cumple la función de señalar el interés común, compartido por el género humano, en que las organizaciones políticas no se conviertan en ese tipo de maquinaria perversa. El criterio de distinción entonces radicaría no en la naturaleza de cada acto individual (es decir, por ejemplo, cada homicidio) sino en su pertenencia a un contexto específico: “El alto grado de depravación, por sí mismo, no distingue a los crímenes de lesa humanidad de los hechos más crueles que los sistemas locales criminalizan. Más bien, lo que distingue a los crímenes de lesa humanidad radica en que son atrocidades cometidas por los gobiernos u organizaciones cuasi-gubernamentales en contra de grupos civiles que están bajo su jurisdicción y control” (*op. cit.*, p. 120).

Con ello aparece dada una característica general que proporciona un primer acercamiento para dilucidar si determinado delito es también un crimen de lesa humanidad. Se podría configurar ese criterio como un *test* general bajo la pregunta de si el hecho que se pretende poner a prueba puede ser considerado el producto de un ejercicio despótico y depravado del poder gubernamental.

Como puede apreciarse, los delitos de los que habría sido víctima Bueno Alves no se corresponden con el propósito internacional tenido en vista al momento de estatuir crímenes de lesa humanidad. Aun cuando el hecho de la tortura particular se encontrara demostrado, es evidente que en la República Argentina, durante el año 1988, no existía un Estado o una

S.C. D. 1682; L. XL.-

organización dependiente del Estado que evidenciara la característica básica de haberse convertido en una maquinaria perversa de persecución sistemática y organizada de un grupo de ciudadanos, desviándose en su fin principal de promover el bien común y la convivencia pacífica de la sociedad.

Analizada además desde el punto de vista histórico, la pretensión del peticionante resulta por demás carente de razonabilidad. En efecto, la tipología de los fenómenos para los cuales ha sido diseñada la categoría de crímenes contra la humanidad es de una naturaleza absolutamente distante con el supuesto hecho que se investigó en el expediente principal. Al respecto, baste sólo recordar que el concepto moderno de la categoría tuvo su origen en la finalización de la segunda guerra mundial. En ese momento, se hizo evidente, luego de las atrocidades cometidas por el régimen nacionalsocialista, que la categoría de los crímenes de guerra no llegaba a abarcar el caso inédito, al menos en lo que concernía a su magnitud, de los crímenes cometidos por la organización política en contra de sus propios ciudadanos, o bien los cometidos antes del comienzo de la guerra o contra ciudadanos civiles de estados enemigos (conf. Ratner, Steven y Abrams, Jason, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, Oxford- New York, 2001, p. 47. Conf. una breve historia post segunda guerra mundial en Robinson, Darryl, *Defining "Crimes Against Humanity" at the Rome Conference*, en: *The American Journal of*

International Law, Vol. 93, 1999, p. 43 y ss.) En algún aspecto, la categoría, en conjunción con sus efectos de imprescriptibilidad y jurisdicción universal, nace como respuesta a las manifestaciones más terribles del poder estatal pervertido e infractor de los derechos humanos más básicos.

-V-

Los elementos particulares de la descripción de crímenes contra la humanidad comprenden lo siguiente. Se trata, en primer lugar, de actos atroces enumerados con una cláusula final de apertura típica (letra “k”, apartado primero del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). Comprende, entre otras conductas, actos de asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, desaparición forzada de personas, es decir, un núcleo de actos de extrema crueldad. En segundo lugar, estos actos, para ser calificados como crímenes de lesa humanidad, deben haber sido llevados a cabo como parte de un “ataque generalizado o sistemático”; en tercer lugar, ese ataque debe estar dirigido a una población civil. En cuarto lugar, se encuentra un elemento que podría ser descripto como complejo. En efecto, por la forma en que comienza su redacción, sólo parecería que se trata de la definición de un elemento ya enumerado, es decir la existencia de un ataque. El porqué de la reiteración del término “ataque” se explica a partir de las discusiones en el proceso de elaboración del Estatuto, que aquí pueden ser dejadas de lado. Lo relevante es que el final del apartado 1 incorpora realmente otro

elemento, que consiste en la necesidad de que ese ataque haya sido realizado de conformidad con una política de un estado o de una organización, o para promover esa política.

Se analizará ahora brevemente, a la luz de la doctrina, los requisitos típicos más relevantes de los delitos de lesa humanidad.

En primer lugar, el requisito más relevante para que un hecho pueda ser considerado un delito de lesa humanidad consiste en que haya sido llevado a cabo como parte de un ataque que a su vez –y esto es lo central– sea generalizado o sistemático. Este requisito recibió un tratamiento jurisprudencial en el fallo *Prosecutor v. Tadic*, dictado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997. Allí se explicó (apartados 647 y ss.) que la inclusión de los requisitos de generalidad o sistematicidad tenía como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad. Generalidad, significa, según el fallo, la existencia de un número de víctimas, mientras que sistematicidad hace referencia a la existencia de un patrón o de un plan metódico. El citado precedente recurrió, para la explicación, a una transcripción al comentario del Proyecto de Código de la Comisión de Legislación Internacional, que contiene una exposición clara sobre el tema (debe señalarse, empero que el texto del comentario no incluía el término “generalizado” utilizado actualmente, sino el funcionalmente equivalente “gran escala”):

“La cláusula inicial de esta definición establece dos condiciones generales que deben cumplirse para que un hecho prohibido califique como crimen contra la humanidad en los términos del Código. La primera condición requiere que el hecho sea ‘cometido de manera sistemática o a gran escala’ Esta primera condición consiste en dos requisitos alternativos. La primera alternativa requiere que el hecho inhumano sea ‘cometido de manera sistemática’, lo que significa, según un plan o política preconcebido. La implementación de este plan o política podría resultar en la comisión repetida o continua de actos inhumanos. Lo que promueve este requisito consiste en excluir hechos aleatorios que no han sido cometidos como parte de un plan o política más amplios (...) La segunda alternativa requiere que los hechos inhumanos sean cometidos ‘a gran escala’ lo que significa que los hechos sean dirigidos a una multiplicidad de víctimas. Este requisito excluye un hecho inhumano aislado cometido por un autor aislado que actúa por iniciativa propia y dirigido a una sola víctima... La primera condición está formulada en términos de dos requisitos alternativos. Consecuentemente, un hecho puede constituir un crimen contra la humanidad si alguna de estas dos condiciones está presente” (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, texto adoptado por la Comisión de Legislación Internacional en su cuadragésimo octava sesión, 1996).

La cita precedente parece ser el texto “canónico” sobre el tema, y es obligada de todo artículo que lo trate. La incluye también por ejemplo Badar, quien agrega algunas notas

importantes en relación al requisito de sistematicidad. Según este autor, la sistematicidad implica no sólo que exista una política, sino además una implementación altamente organizada y orquestada de ella conforme a un plan (Badar, Mohamed Elewa, *From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes Against Humanity*, en: *San Diego International Law Journal Volumen 5*, 2004, p. 73 y ss., p. 111).

Los requisitos –sobre los que hay un consenso generalizado de que no es necesario que se den acumulativamente, sino que cada uno de ellos es suficiente por sí solo– fueron también definidos por el Tribunal Internacional para Ruanda del siguiente modo:

“El concepto ‘generalizado’ puede ser definido como masivo, frecuente, de acción a gran escala, llevado a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigido a una multiplicidad de víctimas. El concepto ‘sistemático’ puede ser definido como completamente organizado y consecuente con un patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos públicos o privados sustanciales.” (The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu, case N° ICTR-96-4-T). Según Werle, la generalidad del ataque se determinará, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas (conf. Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanc, Valencia 2005, traducido por Díaz Pita y otros, p. 362).

Por otra parte, el ataque debe haber sido llevado a cabo de conformidad con la política de un estado o de una organización. En efecto, los hechos tienen que estar conectados

con alguna forma de política, en el sentido del término que significa las “orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado” (RAE, vigésima primera edición). No es necesario que esta política provenga de un gobierno central. Esencialmente, este requisito sirve también a la exclusión de la categoría de delitos de lesa humanidad de actos aislados o aleatorios (conf. Chesterman, Simon, *An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity*, en: *Duke Journal of Comparative & International Law*, 308 1999-2000, p. 307 y ss., p. 316).

Este requisito tiene también un desarrollo de más de 50 años. En efecto, como señala Badar (*op. cit.*, p. 112), si bien el estatuto del Tribunal de Nüremberg no contenía una descripción de esta estipulación, es en las sentencias de estos tribunales donde se comienza a hablar de la existencia de “políticas de terror” y de “políticas de persecución, represión y asesinato de civiles”. Posteriormente, fueron distintos tribunales nacionales (como los tribunales franceses al resolver los casos Barbie y Touvier y las cortes holandesas en el caso Menten) las que avanzaron en las definiciones del elemento, especialmente en lo relativo a que los crímenes particulares formen parte de un sistema basado en el terror o estén vinculados a una política dirigida en contra de grupos particulares de personas. En conclusión, el elemento, generalmente designado con su nombre inglés “policy element”, sirve para excluir del tipo penal de los crímenes de lesa humanidad hechos aislados, no coordinados y aleatorios y configura el elemento propiamente

S.C. D. 1682; L. XL.-

internacional de esta categoría de crímenes (Conf. Kai Ambos, Internationales Strafrecht, Múnich, 2006, p. 214).

Un aspecto que podría ser especialmente relevante en el caso en examen radica en que se ha establecido, con especial claridad en el fallo *Prosecutor v. Tadic*, dictado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997, que la política de persecución no necesariamente tiene que ser la del estado. Pero aun cuando la fuerza que impulsa la política de terror y/o persecución no sea la de un gobierno, debe verificarse el requisito de que al menos debe provenir de un grupo que tenga control sobre un territorio o pueda moverse libremente en él (fallo citado, apartado 654).

Ahora bien, también la consideración somera de estos requisitos aquí brevemente delineados demuestra que la conducta presumiblemente cometida en perjuicio de Bueno Alves no reviste la característica de constituir un ataque que forme parte de un conjunto de actos y, sobre todo, de una política estatal. El querellante sostiene que la conducta investigada forma parte de una práctica global de la Policía Federal de fraguar procesos judiciales, lo cual obedecería a propósitos diversos, entre ellos, el de mejorar sus estadísticas de eficacia y ejecutar actos de venganza particulares.

De cualquier manera, aun cuando se tuviera comprobada la existencia de una práctica semejante, difícilmente fuera correcto que se tratara de una política del Estado argentino, ni de

un grupo no gubernamental que ejerce un dominio cuasi estatal (es decir, cumpliendo los roles de un Estado pero no siendo reconocido internacionalmente como tal) en un territorio. De haberse comprobado su existencia, ciertamente, se trataría de un caso de corrupción de miembros de la institución policial, pero la responsabilidad de esos hechos no podría ser trasladada sin más al Estado como si se tratara de su política. En efecto, el Estado argentino no persigue, desde la instalación de la democracia en 1983, ni directamente ni por medio de una tolerancia omisiva, ningún plan específico fundado en las razones espurias que dan lugar a los crímenes de lesa humanidad.

Por otra parte es evidente que la fuerza policial, no es el Estado mismo, ni tampoco una organización de las descritas en el texto de la letra “a”, inciso 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma. En efecto, al referirse allí a “una organización” como uno de los entes que también, junto al Estado, pueden ser quien siga o promueva una política de ataque a la población civil, no se hace referencia a cualquier organización, como la que podría constituir un órgano del poder ejecutivo. Se trata en realidad de un término que engloba a organizaciones cuando su posición en la disputa por el poder sea de tal magnitud que pueda hablarse de un cuasi control de un territorio por su parte, o por parte de grupos insurrectos en lucha pareja por el control del estado (conf. parcialmente coincidente con esta interpretación del término “organización”, aunque ampliándola considerablemente, Arsanjani, Mahnoush H., *The Rome Statute of the International*

S.C. D. 1682; L. XL.-

Criminal Court, en: *American Journal of International Law*, enero de 1999, p. 22 y ss., p. 31). De la misma manera lo expresa Kreß, al interpretar que detrás de los crímenes de lesa humanidad debe estar un ente colectivo, aunque no necesariamente estatal; el autor interpreta, sin embargo, que según la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que sirvió de referencia a los delegados en la discusión del Estatuto, debía tratarse exclusivamente de organizaciones semejantes a un estado, que ejerzan el control fáctico sobre un territorio (Claus Kreß, *Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofes Vom 17. Juli 1998*, en Grützner/Pötz (comps.) *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, Heidelberg, 2a ed., 2001 (60a entrega [2003], t. 4, p. 31).

Por lo tanto, aun cuando se entendiera que existe una práctica policial extendida de perjudicar a ciudadanos, no existe ninguna razón para interpretar ese fenómeno como la ejecución por omisión de una política específica del Estado contra algún grupo definible por características comunes.

En conclusión, la pretensión de que el hecho que se denunció en esta causa constituye un crimen de lesa humanidad no es en absoluto correcta. No sólo no resiste el análisis relativo a los textos legales internacionales contemporáneos. Tampoco puede subsumirse el hecho en la categoría de delitos de lesa humanidad si se atiende a la idea central que ha constituido la motivación histórica con la que ha sido modelada la categoría, es decir, en el propósito de distinguir los crímenes de lesa humanidad de los delitos comunes (conf. van

S.C. D. 1682; L. XL.-

Schaack, Beth, *The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence en: Columbia Journal of Tansnational Law*, 1999, p. 787 y subs. *passim*).

-VI-

La circunstancia es oportuna para recordar que el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos no puede constituir fundamento autónomo suficiente para proseguir el ejercicio de una acción penal que ha sido declarada extinguida cuando el hecho investigado no es un delito imprescriptible.

Una interpretación armónica y sistemática de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales, la Constitución Nacional y los propios fallos del máximo tribunal interamericano permite afirmar que lo vedado a los Estados por el deber de garantía (artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es el dictado de leyes o de cualquier otra disposición con la finalidad de impedir la investigación y la sanción de las graves violaciones de los derechos humanos (crímenes de lesa humanidad), pero de ningún modo puede ser entendido como prohibiendo que esos hechos queden sometidos a las reglas generales de extinción de la acción y de procedimiento por la sola razón de que su aplicación pudiera conducir al dictado de una absolución o de un sobreseimiento. Expresado de manera drástica, sería inadmisibles postular que no debería regir la regla de exclusión respecto de una confesión obtenida con tormentos porque ello podría tener como consecuencia que no pudiera

continuarse la persecución penal de un delito que constituye una violación de los derechos humanos. Pero también la auto-limitación en el tiempo del poder punitivo estatal, la irretroactividad de la ley penal y tantos otros institutos jurídicos más son igualmente valiosos y poseen rango de derecho fundamental y, en tanto no haya ninguna sospecha de que la modificación del régimen de alguno de ellos obedece exclusivamente al propósito de otorgar impunidad a personas imputadas por graves violaciones de los derechos humanos, no hay razón para su no aplicación a los casos concretos. En síntesis, la obligación de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos lo es en el marco y con las herramientas del Estado de Derecho, y no con prescindencia de ellas.

Esto, naturalmente, deja abierta la cuestión referida a una eventual responsabilidad internacional del Estado si es que se ha dejado de investigar o sancionar por inactividad, morosidad o cualquier otra falta imputable a sus órganos. Lo que no es admisible es que se prosiga una persecución penal *contra legem* del imputado para evitar una eventual condena internacional al Estado.

Sólo queda por mencionar que el caso difiere entonces, en esta medida, del que fue objeto de dictamen en la causa S. 1767, XXXVIII (“Simón Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. -causa nº 17.768-”), ocasión en la que esta Procuración postuló la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 –en tanto impidiesen el juzgamiento y

S.C. D. 1682; L. XL.-

(eventual) sanción de los crímenes de lesa humanidad atribuidos al imputado- con sustento en la primacía normativa que ostentaba el artículo 1.1. de la Convención Americana en el momento en que dichas leyes fueron dictadas (Fallos: 315:1492). En cambio, la condición de lesa humanidad, y la imprescriptibilidad de los delitos investigados, se predicó con base en normas imperativas del derecho internacional no contractual, fruto de la evolución experimentada a partir de la finalización de la segunda guerra mundial, que vinculaban a nuestro país para la época de los hechos. Precisamente, esa condición de lesa humanidad es la que se halla ausente en el presente caso.

-VII-

A mérito de lo expresado, opino que corresponde hacer lugar a la presente queja, declarar procedente el recurso extraordinario y confirmar el fallo apelado en todo cuanto pudo ser materia de apelación federal.

Buenos Aires, 1 de septiembre de 2006.

ES COPIA

ESTEBAN RIGHI