

Poder Judicial de la Nación

//del Plata, 20 de mayo

de 2013.

REGISTRADA AL	
Tomó <u>CXLV III</u> Folio <u>19107</u>	FOLIO
Año <u>2013</u>	<u>172</u>
DEL LIBRO DE SENTENCIAS	

CÁMARA FEDERAL DE AP. MAR DEL PLATA

VISTOS:

Estos autos caratulados "BOZZI, Carlos c/ ESTADO NACIONAL s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - ORDINARIO". Expediente N° 13.139 del registro interno del Tribunal, procedentes del Juzgado Federal N° 2, Secretaría N° 1 de esta ciudad (Expte. 77.331).

Y CONSIDERANDO:

El Dr. Ferro dijo:

Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal, en virtud del recurso de apelación deducido a fs. 143, contra la resolución dictada por el Sr. Juez a quo a fs. 132/138 por medio de la cual rechazó la defensa de prescripción opuesta por la accionada con costas en el orden causado, acogió la de defecto legal con costas al actor y por último rechazó la excepción de cosa juzgada con costas al excepcionante.

Que los agravios vertidos por la demandada a fs. 149/154 se dirigen a cuestionar la sentencia por cuanto entiende que el juzgador se ha pronunciado sobre el fondo de la cuestión al expresar que si el Estado genera daños a través de ilícitos considerados de lesa humanidad y repudiados internacionalmente, no debe ampararse en el instituto de la prescripción. En segundo lugar, alega que la prescripción no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandable, siendo en este caso necesaria una mayor amplitud de debate y prueba y resultando por ende prematura la posición adoptada por el sentenciante ya que no se trata de una excepción que pueda tratarse como previa por no ser patente y manifiesta, ni de puro derecho y cita al respecto abundante jurisprudencia. En tercer término, manifiesta que la indemnización por los días de detención (8 al 20 de julio de 1977) le han sido reconocidos por la ley 24.043 y concedida la suma indemnizatoria por la resolución N° 559/06. Contra dicha resolución no se dedujo el recurso directo por ante la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, conforme lo dispuesto en el art. 3° de la citada ley, por lo que la misma quedó firme y consentida, a lo que agrega que el actor en dicha oportunidad no solicitó el beneficio por exilio que ahora solicita en la presente demanda, la que se interpone en forma extemporánea.

En el mismo orden de ideas y punto de apelación, la parte sostiene que el actor incurre en un error conceptual al calcular el plazo de prescripción para interponer la presente acción desde el dictado de la resolución N° 559/06 y no desde la fecha de su detención ilegal y alega que la actora se sometió voluntariamente a los términos del articulado de ley 24.043 que ahora tacha de inconstitucionales. Seguidamente manifiesta que el actor no tuvo impedimento

USO OFICIAL

legal para accionar si se consideraba con derecho a hacerlo, sin embargo no lo hizo y por tanto opera la prescripción de la acción resarcitoria. Asimismo indica que la acción se encuentra prescripta en los términos del Código Civil, como asimismo en el derecho internacional dado que este último se refiere a la acción penal cuando habla de imprescriptibilidad. En el quinto punto de los agravios, se resume el sistema de reparación económico previsto para quienes han sufrido en su persona o sus descendientes actos de lesa humanidad durante la dictadura militar y resaltando el carácter excepcional de dichas leyes y sistema resarcitorio. En sexto lugar se refiere al rechazo de la excepción de cosa juzgada en la sentencia atacada. En este sentido considera que el actor debió recurrir la resolución N° 559/06 dentro del plazo previsto por la ley 24.043 para ello (diez días hábiles) dado que lo peticionado y consentido por no seguir los recursos judiciales previstos se superpone con lo peticionado en la presente demanda. En este orden de ideas expone que el actor impugnó el monto indemnizatorio, pero no la resolución. Por último la demandada se agravia por la imposición de costas impuestas en virtud del rechazo de la excepción de cosa juzgada y solicita que esta Alzada pondere que pudo creerse con derecho a interponer dicha defensa.

Por todo lo expuesto solicita se revoque en los aspectos atacados el fallo apelado y formula reserva del caso federal.-

Concedido el recurso interpuesto a fs. 145, se corre el traslado de ley y la actora conforme los términos que lucen expuestos a fs. 158/162 vta, contesta los agravios mencionando que el actor inició una acción de reclamación administrativa fundada en la Ley 24.043 de acuerdo a la cual obtuvo una indemnización que consideró exigua dados los sufrimientos de diversas índoles padecidos en su persona y en su familia; intimó al Estado Nacional mediante carta documento e inició la presente acción civil resarcitoria en la que reclama una reparación integral, de acuerdo a normas de derecho internacional acogidas por nuestro ordenamiento interno.

El actor argumenta en favor de la imprescriptibilidad de la acción civil de reparación derivada de un delito de lesa humanidad, estimando que la defensa opuesta por el estado es inmoral dado que predica sobre los derechos humanos pero no está dispuesto a repararlo en forma justa y equitativa. Agrega además, que el Estado Nacional ha iniciado acciones contra cómplices civiles del terrorismo de Estado por considerar nulas las transferencias accionarias de Papel Prensa alegando para ello que no hay plazo de prescripción alguno para reclamar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados en el marco de los delitos de lesa humanidad, por ende no puede aquí alegar que la acción civil se encuentra prescripta. Por último y en referencia al agravio de rechazo de excepción de cosa juzgada el actor estima que no hay sentencia judicial alguna, sino un mero acto

Podex Judicial de la Nación

administrativo. Por ello, solicita se confirme en todas sus partes la sentencia cuestionada y se rechace el recurso interpuesto.-

Elevados que fueron estos autos a la alzada, quedan con el decreto obrante a fs. 169 en condiciones de ser resueltos.

Analizando la cuestión traída a debate de este Tribunal cabe mencionar primeramente lo que el Código Civil define como prescripción en su artículo 3949: "...una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere". La prescripción viene a ser un instrumento de seguridad y paz social, que tutela valores como el orden y la seguridad jurídica y en tanto es una institución jurídica que conduce a la aniquilación de un derecho, debe ser interpretada restrictivamente, conf. Highton y Areán ¹.-

Claramente de lo expuesto surgen contradicciones respecto a la delicada cuestión planteada, que es la aplicación del instituto de la prescripción a una acción civil resarcitoria naciente de los delitos de lesa humanidad. La invocación de la seguridad jurídica para fundar dicha prescripción me parece a priori, no resulta comprensible, ni que sea compatible con lo que se reclama, si se acredita lo que es objeto de demanda. Tengo en eso una posición muy clara.

Analizando la cuestión de la excepción de prescripción incoada, más allá que se la hubiere planteado "como de previo y especial pronunciamiento", solo es admisible como tal cuando pudiere resolverse como de puro derecho (art. 346 CPCCN) y en la especie su análisis no se reduce a un mero cómputo de plazo por haberse invocado hechos susceptibles de comprobación, sino por la existencia de circunstancias a las cuales se les puede asignar virtualidades suspensiva, interruptivas o no.

Si bien es cierto que tal excepción no puede tratarse como previa la excepción de prescripción cuando su planteo está íntimamente vinculado con las circunstancias fácticas que debe ser materia de dilucidación y análisis, por lo cual corresponde su resolución en la sentencia definitiva², posición que comparto, no lo es menos que la pretensión actual del actor estriba en reclamar una mayor indemnización pecuniaria respecto de la que le concedió la Resoluc MJ y DH N° 559/06 por cuanto la ley 24043, a su entender, contiene solo una reparación parcial pues solo incluye las violaciones al derecho de libertad personal, a la vida pero sin distinguir respecto de circunstancias particulares excluyendo la indemnización por concepto de la relación laboral sostenida con la Dirección General Impositiva y es en este tópico en donde se debe determinar si la acción está prescripta o no, frente a un reclamo ampliado de lo que le concedió por un

¹ Elena Highton y Beatriz Areán, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" comentado, pag. 625 Editorial Hammurabi.-

² Fassi-Maurino, Cod.Procesal Civil y Comercial, T.III pag.228 y sigs.

delito de lesa humanidad cuando el propio Estado Nacional, a través de aquellas disposiciones legales, admitió que había sido retenido ilegalmente durante el Terrorismo de Estado.

Entiendo que la discusión o divergencia es si frente a esa reclamación, corre el plazo de prescripción común. Y mi respuesta es negativa.

Por cierto que si tomamos en cuenta, sin más, la fecha de comisión del delito denunciado por el Dr. Bozzi, el mismo se halla completamente prescrito. Pero sucede que existe una serie de argumentos de derecho internacional e interno, que descartan tal circunstancia.

En primer lugar, he de centrar la atención en las distintas normas generadas por la comunidad internacional y que dan por tierra con el obstáculo de perseguibilidad que supone el instituto de la prescripción, al menos en ese campo, y que han tenido tal desarrollo que hoy día son receptadas por los Tribunales más prestigiosos de Europa en estipulaciones que, incluso, contemplan a la imprescriptibilidad como uno de los componentes de la definición de los delitos contra la humanidad.

Así, en 1985 el Tribunal de Casación Francés, sostenía que "constituyen crímenes imprescriptibles contra la humanidad, en el sentido del estatuto del Tribunal de Nürenberg... los actos inhumanos y las persecuciones que en nombre del Estado que practica una política hegemónica ideológica, han sido cometidos de forma sistemática, no solamente contra personas por razón de su pertenencia a una colectividad racial o religiosa, sino también contra los adversos de esa política, cualquiera que sea la forma de su oposición".

Tan acabado concepto, fue producto de una sorprendente evolución del derecho internacional de los Derechos Humanos en materia de prescripción, a la par del surgimiento en la Europa de post Guerra, "de la conciencia de que cumplidos 20 años de la capitulación de Alemania, los Estados miembros declararan prescritos los delitos contra la humanidad cometidos durante el régimen nazi".

Existe coincidencia generalizada entre los autores que se han ocupado de la temática, que es en 1965 en que puede fecharse la aparición de la figura de la imprescriptibilidad en el derecho internacional, pero con componentes de costumbre internacional que lo remontan hacia atrás en el tiempo.

Precisamente, el 28 de enero de aquel año la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, recomendó al Comité de Ministros "que invitara a los gobiernos miembros a tomar inmediatamente las medidas propias para evitar que por el juego de la prescripción o cualquier otro medio, queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, antes y durante la Segunda Guerra Mundial, y en general los crímenes contra la humanidad".



Poder Judicial de la Nación

Luego de la primera aparición, casi en forma de advertencia, frente a la potencial impunidad de los crímenes contra el Derecho de Gentes, continuará una lista prácticamente interminable de documentos y declaraciones oficiales de la Comunidad de los Estados tendientes a imponer el criterio de la imprescriptibilidad, y que abordaremos, por cierto, sin agotar.

Justamente, en el marco de la ONU, también en el año 1965 (meses de marzo y abril), se generó en el seno de las discusiones de la Comisión de Derechos Humanos, la Res. 3 (XXI), en la que se dispuso que "las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas que plantean los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad que constituyen graves violaciones al Derecho de Gentes, y que deben especialmente estudiar la posibilidad de establecer el principio de que para tales crímenes no existe en el derecho internacional ningún plazo de prescripción".

Cronológicamente, el resultado de tales preocupaciones en la ONU, dio como resultado la aprobación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad.

Entonces, es el 26 de noviembre de 1968 en que la Comunidad Internacional produce el convenio que más acabadamente introduce en el Derecho Internacional tal, el sentir del mundo civilizado en cuanto a la imposibilidad de dejar sin juicio y castigo aquellos crímenes cuyas víctimas exceden cualquier frontera.

Merece citarse el preámbulo de la Convención (en vigor desde el 11 de noviembre de 1970) en cuanto afirma que "Los Estados Partes en la presente Convención... Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por, medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal...".

Es importante destacar aquí dos cuestiones; la primera, que ha sido recogida en toda la literatura y jurisprudencia que existe sobre el tema resulta de la capital importancia que reviste el hecho de que la Comunidad de los Estados decida "afirmar" el concepto de la imprescriptibilidad y no "enunciarlo", el segundo, que creemos de tanta relevancia como el anterior, es que se compromete a "asegurar su aplicación Universal".

En cuanto al primer punto, se ha sostenido que "durante el debate se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la convención no podía enunciarlo sino más bien afirmarlo".

La elección por el verbo "afirmar", resulta "del consenso logrado para conseguir la recepción convencional de un principio ya existente en el derecho

USO OFICIAL

internacional referente a la imprescriptibilidad tanto de los crímenes de guerra como de los crímenes de lesa humanidad y cuya redacción fue aceptada por la mayoría de los representantes por 18 votos a favor, ninguno en contra y tres abstenciones”

Por otra parte, que la O.N.U se comprometiera a asegurar la "aplicación universal del principio", adquiere una relevancia tan significativa como que lo "afirme" pues en definitiva, da cuenta de la tarea encarada por los Estados del mundo hace ya más de 30 años tendiente a bregar por la aplicación uniforme de la justicia no, paradójicamente, solo sobre la tierra sino inclusive en el "universo" mismo, lo que ya es bastante y ciertamente nos compete a todos.

El art. 1° de la Convención determina que, "Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido... b) los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, del 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946,... y el delito de genocidio, definido en la Convención de 1948, para la prevención y sanción del delito de genocidio, aún si estos actos no constituyen una violación de derecho interno del país donde fueron cometidos".

Acerca de la imprescriptibilidad, el Sr. Juez de la Corte Suprema Dr. Bossert, sostuvo que "a favor del desarrollo de este principio de derecho internacional como costumbre, debe reconocerse que no existía al momento de la Convención ni existe en las actuales circunstancias del derecho internacional, un principio general de derecho de las naciones civilizadas que se oponga a aquel y que pudiera ser receptado en este ámbito (conf. C.I.J., British Norwegian Fisheries, I.C.J. Reports 1951)... tanto la conducta seguida por aquellos Estados que ajustaron su derecho interno a favor de aquel principio, como la de otros que ratificaron o adhirieron a la Convención antes mencionada, constituye una aceptación inequívoca de esa práctica y por ende, la contribución más clara para su establecimiento como regla de costumbre".

El razonamiento seguido por el Juez de la Corte Federal, es en un todo compatible con el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en cuanto incluye a la costumbre como fuente del derecho internacional definiéndola como "prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho" y no hay más que coincidir con él a la luz de la experiencia judicial internacional, desde los Tribunales de Nuremberg y Tokio, hasta los más actuales dispuestos para juzgar los crímenes de Ruanda y la ex Yugoslavia.

Nuestro país, se incorpora en el debate internacional acerca de la imprescriptibilidad, en oportunidad de discutirse y aprobar los "Principio de Cooperación Internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de

los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad", por los que se declaraba que " 1) los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad donde quiera 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".

En el debate acerca de la redacción del principio citado, la República Argentina se opuso pues estimó que importaba reconocer la imprescriptibilidad de aquellos crímenes. Sin duda estaba en lo cierto, pero al momento de votar, se abstuvo.

Tal situación ha sido interpretada por el Máximo Tribunal sosteniendo que "a la luz de estos antecedentes cabe concluir en que la práctica de la República Argentina basada en su conocimiento del deber contenido en la directivas impartidas por la Asamblea General, importó una innegable contribución, al desarrollo de una costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad (caso Lotus, PCIJ, Series A 10, p. 18)... Ello es así toda vez que la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del jus cogens. En la mayoría de los casos se configura a partir de la aceptación de forma tácita de una práctica determinada, ya que si un estado no reacciona abiertamente sobre aquella, especialmente cuando ese proceder sería esperable, la presunción surge de que está conforme con la práctica o, por lo menos, que es indiferente a ella y a sus consecuencias legales y esto es lo decisivo para la formación de una costumbre internacional y, en consecuencia, para el establecimiento de una regla de la costumbre...".

El valor del silencio para el Derecho Internacional, ha sido destacado por la Corte Internacional de Justicia hace más de 30 años en oportunidad de fallar el conocido caso del "Templo de Preah Vihear" en la que se discutía una cuestión fronteriza entre Tailandia y Camboya; allí se indicó que "Tailandia sostiene que la comunicación de las cartas por las autoridades francesas fue unilateral y que Tailandia no acusó recibo. Sin embargo, resulta claro que correspondía alguna reacción de su parte en un plazo razonable en caso de que quisiera oponerse a la carta. El no hacerlo aparece como un asentimiento. Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset". El fallo resultó desfavorable a Tailandia.

Retomando, el mismo voto, in re Priebke, señala que los poderes Ejecutivo y Legislativo han expresado su voluntad concurrente con lo aprobado por dicho texto pues el P.E.N., remitió oportunamente la Convención al Parlamento a los efectos de su ratificación lo cual resultó satisfactoriamente pues fue aprobada por ambas Cámaras (ver considerando N° 91).

Una vez aprobada la convención de que se trata, la Asamblea General, en reiteradas oportunidades, exhortó a la comunidad de los Estados, primero a no ir contra el objeto y fin de la Convención y ya luego a *observar estrictamente sus disposiciones* y finalmente indicó que la negativa de un Estado en la cooperación de la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de un criminal de guerra o de crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las normas de derecho internacional universalmente reconocidas (Resoluciones AG. 2583 -XXIV-, del 15/12/69; 2712 -XXV- del 15/12/70; 2840 -XXV- del 12/12/71).

La aceptación acabada por parte de la Argentina del principio de imprescriptibilidad, fue producto de la adopción de nuestro Estado de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por ley 24.556, en vigor desde 1996 y cuyo art. 7 dispone que "La acción derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma, no estarán sujetas a prescripción...".

La adopción de este instrumento, integrante del derecho positivo argentino, nos sirve a los fines de poner de relieve como es que nuestro Estado, consciente de la línea que observaba la comunidad internacional, decidió finalmente incluir el principio *ius cogens* de imprescriptibilidad y aplicarlo positivamente.

Ahora bien, que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, sea un principio de *ius cogens* para el Derecho Internacional, ya es poco discutido, pues se halla dentro del conjunto de reglas derivadas de la aceptación a priori de que determinados delitos tienen como sujeto pasivo a la humanidad toda.

De esto último se siguen determinadas obligaciones imperativas para los Estados, que según M. Cherif Bassiouni serían "el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad, la exclusión de toda inmunidad, la improcedencia del argumento de la obediencia debida, a aplicación universal de estas obligaciones en tiempo de paz y en tiempo de guerra, su no derogación bajo los estados de excepción y la jurisdicción universal".

Por lo tanto, el carácter de *ius cogens* adquirido por la prohibición de determinadas conductas por su contrariedad al Derecho de Gentes, proyecta la obligación *erga omnes* de aceptar las características que informan sus consecuencias jurídicas inmediatas, la que nos interesa aquí es la relacionada con la prescripción.

En esta inteligencia, es fácil arribar a la conclusión adelantada en cuanto al carácter de costumbre internacional inderogable que tiene la consecuencia: imprescriptibilidad, respecto de los delitos contra el derecho de gentes.

"El reconocimiento de esa imprescriptibilidad por parte de la Convención del 26 de Noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Resolución de la Asamblea General de la

ONU No. 2391 (XXIII) no hace más que reiterar el contenido de una norma consuetudinaria que recoge la esencia básica de normas aceptadas y reconocidas ya desde 1907, como leyes y costumbres de la guerra terrestre". Su art. 1 establece la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

La Convención de Viena, sobre derechos de los Tratados, en su artículo 27 prohíbe, que los estados planteen excusas sobre limitaciones de su normatividad interna para dejar de cumplir con los tratados. "(...) no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."

La concepción de los delitos de lesa humanidad y su imprescriptibilidad aparecen conceptualizados a raíz de los horrores que le tocó vivir al mundo especialmente en Alemania Nazi y se remontan a la recomendación que formulara la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa ante la posibilidad de que, cumplidos veinte años de la capitulación de Alemania, los Estados miembros declararan prescriptos los delitos contra la humanidad cometidos por integrantes del régimen nazi, por aplicación de sus legislaciones locales.

El resultado de tal inquietud fue la aprobación, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de lesa humanidad", **el 26 de noviembre de 1968. O sea antes del terrorismo de estado y aprobada por la República Argentina en 1972**

Pero hay otro aspecto. Debemos recordar que la Convención se refiere a los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido" (artículo I) y prescribe que los Estados partes deben abolir la prescripción para estos crímenes, cuando esta exista en su legislación nacional (artículo IV). Y si bien es cierto que ello no se predica de todos los crímenes internacionales, sí es un elemento inherente a los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el *apartheid*, estos dos últimos modalidad específica de crimen de lesa humanidad.

Debo recordar que la Sala Criminal de la Corte de Casación de Francia en su fallo en el caso *Touvier*, consideró que no existía, a la luz Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, un derecho a la prescripción y decidió declarar nula la sentencia del tribunal de 1° instancia que, invocando la prescripción y la irretroactividad de la ley penal, había archivado el proceso (Corte de Casación de Francia, Sala criminal, Sentencia de 30 de junio de 1976).

En suma, me parece claro además, que aún antes de la Convención de 1968, el principio de la imprescriptibilidad, como reflejo esencial de los delitos

contra el derecho de gentes, formaba parte del *ius cogens* internacional, y que al promediar la década del 70' su vigencia era indiscutible.

De esta forma, se elimina toda posible discusión respecto de la aplicación *ex post facto* de la consecuencia de la imprescriptibilidad y se salva este aspecto del principio de legalidad que también adquiere rango constitucional (art. 19).

Sucede que no tenemos tantas certezas respecto de la salvaguarda del principio de legalidad en su versión de ley escrita, cierta y estricta, pues el derecho internacional no convencional, aun siendo integrante del derecho argentino, solo soluciona la cuestión de la ley previa.

La situación es clara, puede resultar problemática la cuestión de la ley previa en materia de imprescriptibilidad, lo cual estimo que lo he resuelto con las consideraciones anteriores, a través de la penetración, vía art. 118 del principio *ius cogens* que indica que los delitos contra el derecho de gentes no están sujetos a prescripción, pues como ya se dijo, aceptar la recepción constitucional del derecho de gentes, implica traer con él todo su estatuto jurídico.

En este orden de ideas, debo mencionar el primer caso paradigmático y que fuera resuelto precisamente por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata en el pedido de extradición de Franz Josef Leo Schwamberger (JA, t 135, ps 323 y stes.) En el mismo, la situación puntual era que los crímenes contra la humanidad por los cuales los tribunales alemanes reclamaban la extradición, estaban prescriptos según la ley argentina.

Un dilema similar se planteó años después frente a la solicitud de extradición por parte del gobierno italiano de Erich Priebke, un criminal nazi responsable de la llamada Amatanza de las Fosas Ardeatinas.

Tal como apunta el distinguido Dr. Leopoldo Schiffrin, cuyo voto en el primero de los casos citados ha sido elogiado y comentado por el Dr. Germán Bidart Campos en la publicación aludida, en ambos casos se dio prevalencia a la regla de imprescriptibilidad del *ius gentium*, considerándola limitante de las reglas del derecho interno (L. Schiffrin. La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino -en La aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos por los Tribunales locales. PNUD. Edit. Del Puerto, Bs.As. 1998, pág. 115).

En el caso Schwamberger, no existía tratado de extradición con Alemania mientras que en el de Priebke, se presentaba el problema de que el tratado de extradición existente con Italia requiere que el delito que motiva el reclamo no esté prescripto ni en la legislación del país requirente ni en la del requerido. **La solución que se impuso en la mayoría de la Corte Suprema fue establecer que los tratados de extradición deben interpretarse a la luz del *ius cogens*, con arreglo al cual los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles.** En el mismo fallo se dijo que la aplicación del derecho de gentes se encuentra

Poder Judicial de la Nación

reconocida por el ordenamiento jurídico en virtud de lo prescripto por el art. 118 de la Constitución Nacional, y que el constituyente argentino receiptó directamente de los postulados del derecho internacional sobre las ofensas contra la ley de las naciones y por tal motivo resulta obligatoria la aplicación del derecho de gentes en la jurisdicción nacional de conformidad con lo dispuesto por el art. 41 de la ley 48. Este desarrollo surge de los considerandos 38, 39, 49, 50 y 51 del fallo de la Corte Suprema en el aludido caso Priebke (Schiffirin, trabajo citado, pag. 117).

Ahora bien, lo realmente problemático es lo difuso de esa ley internacional no convencional cuya aplicación directa pone en dudas la otra cara del principio de legalidad.

Podría disolverse la cuestión, intentando una suerte de relajamiento del principio de legalidad a través de las consideraciones que este principio ha tenido en el ámbito del derecho internacional y respecto de estos delitos en particular y atendiendo, por ejemplo, a la invalidez que supone la reserva realizada por la Argentina, respecto del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es importante destacar, también, en el contexto en que se desarrollan estos delitos que **la prescripción de los mismos suscita grave preocupación en la opinión pública, incluso mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes y es necesario y oportuno afirmar, por medio de aquella Convención de 1968, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.**

En el caso de caso Barrios Altos vs Perú (2001), la Corte Interamericana de Derechos Humanos la Corte Interamericana reiteró que "(...) son inadmisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Pues bien sentado todo ello, conforme la normativa internacional de la cual se hizo eco nuestro país, y conteste con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o Instituto de derecho interno, entre ellos *la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de los compromisos en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos.*

Si así no fuera, los derechos humanos estarían desprovistos de una protección efectiva, inteligencia que está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos

principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes.

La obligación estatal de investigar los hechos punibles es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales, razón por la cual **queda claramente establecido que la normativa interna sobre la prescripción de delitos no puede ser invocada en el caso de los procesos penales por violaciones a los derechos humanos, pues contraviene las obligaciones del Estado en materia de respeto y garantía de los derechos humanos, establecidas en la Constitución y los tratados ratificados por el Estado Argentino. Es impensable que nuestra Ley Fundamental haya hecho caso omiso a tal sagrado principio internacional.**

Al decir por el Profesor Miaja de la Muela no se concibe un Derecho Internacional merecedor de este nombre, si no se afirma superior al Derecho dictado por los Estados destinatarios de las normas de aquel. En igual sentido se pronuncia Bidart Campos, para quién la Constitución debe reconocer la prevalencia de los tratados, en todos los casos. (Bidart Campos. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Anuario del Dpto de Derecho de la Universidad Iberoamericana N° 20, 1990/1991. Pag. 107 – 108.

Y como fundamentos ampliatorios de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, considero que cuatro son los elementos fundamentales de tal imprescriptibilidad.

a) El derecho a la verdad: la reparación de las víctimas es *concebida como una iniciativa estrechamente relacionada con el esclarecimiento de la verdad y la reconstrucción de la memoria histórica;* sobre la definición del derecho a la verdad la Corte Interamericana de Derechos en el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, considera que: *Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y constituye un medio eficaz* para que el estado pueda rendir cuentas a sus ciudadanos sobre lo que ha ocurrido en determinados delitos de lesa humanidad, sobre todo cuando los funcionarios del estado son los involucrados; b) *Ius Cogens*, locución latina que de acuerdo con la Convención de Viena (art. 53) sobre el Derecho de los Tratados, son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, verdaderas normas jurídicas en sentido sustancial, suministrando pautas o modelos de conducta, a partir de las cuales surgen obligaciones *erga omnes*, que existen con independencia de su formulación y, por tanto, el Estado tiene el deber de no dejar impunes estos delitos y para ello debe utilizar los medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores; c) garantía de la no

repetición, por tratarse de delitos de lesa humanidad es exigencia la sanción de estos delitos para garantizar la no repetición de estos hechos que socavan los cimientos del estado democrático toda vez **que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares** y d) la reparación, al decir de Solari Brumana quien recogiendo la versión de Carrara señala que la obligación de la reparación civil se cumple cuando se da la indemnización a la parte lesionada, y la obligación de la reparación social queda cumplida cuando se enmienda la pena, que es la indemnización dada a las víctimas por la perturbación que le causa el delito.

Sucede que hasta ahora he intentado la construcción del sistema que he de valorar, sin que el conmueva un ápice nuestra Constitución Nacional y sin aceptar la soberanía como un dogma, pero al mismo tiempo sin relegar la supremacía constitucional como argumento básico del Estado de Derecho.

La interpretación flexible que pueda dar el Derecho Internacional del principio de legalidad para estos casos, pondría en pugna esas consideraciones con el art. 18 de la Constitución que impone la legalidad de la ley penal sin distinciones.

De allí que, consiente que nuestro problema reside en la salvaguarda de la legalidad en su faz de ley penal estricta, cierta y escrita, abordaré las cuestión desde otra óptica.

En principio, no parece dudoso que el art. 62 del Código Penal, con su regulación de la prescripción caiga fuera del concepto de "ley penal", por lo que ninguna duda cabe que el principio de legalidad también abarca a la prescripción.

Esto ya fue sostenido por el Máximo Tribunal indicando que "el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ley penal, desde que ésta comprende no solo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extensión de la pretensión punitiva".

Por tanto, cabe deducir que si la prescripción está al resguardo de la legalidad en su cara de prohibición de retroactividad, también lo estará en su faz de necesidad de ley estricta, escrita y cierta.

Luego también existen opiniones encontradas respecto de la naturaleza de la prescripción como "ley penal", es decir, si debe ser tomada en sentido de ley de fondo o ley de forma; si se interpretase de esta última forma, el principio de legalidad podría quedar bastante relativizado a su respecto.

En cuanto a este aspecto, no tengo dudas acerca que el instituto de la prescripción responde a la naturaleza de la ley en sentido sustantivo; ya algo se adelanta en la fallo de la Corte citado con anterioridad, pero a ello agregaremos

USO OFICIAL

que las tesis procesalistas, no pueden justificar las diferencias basadas en el derecho procesal, respecto de la prescripción de la acción y de la pena y tampoco la naturaleza procesal de causales de interrupción, como la comisión de otro delito.

También se ha intentado sustraer a la prescripción del principio de legalidad, particularmente de la prohibición de retroactividad, pero cabe extender la posibilidad a sus demás vertientes, bajo consideraciones de justicia material.

Este fue el camino seguido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán quien sostuvo que "al Estado de Derecho no solo corresponde la seguridad jurídica, sino también la justicia material... si la seguridad jurídica choca con la justicia, es tarea del legislador decidirse por una o por otra... Si ello tiene lugar sin arbitrariedad, su decisión no puede ser objetada constitucionalmente".

Resulta tentador acogerse a criterios de justicia material, a fin de excluir al instituto de la prescripción del principio de legalidad, máxime en estos casos en los que se juzgan conductas tan indignas que el recurso a la justicia material no puede ser cuestionado.

Sucede que esta tendencia a los recursos suprelegales, bastante aceptada en Alemania (como en los supuestos de causas de justificación), resulta a nuestro juicio peligroso, pues tampoco podrá impedirse que cuando la justicia material lo requiera se conciban injustos supralegales o aberraciones jurídicas de toda naturaleza, tanto o más escandalosas que los hechos que se pretenda juzgar.

En definitiva, al analizar el instituto de la prescripción desde un punto de vista intrasistemático, interno, estamos como al principio y no hallamos criterios convincentes que nos autoricen a excluir la aplicación del art. 62 del Código Penal Argentino.

Pero a poco que observamos la situación externa que se nos presenta, advertimos que el art. 62 se halla opuesto a todo un sistema de derecho internacional, convencional y no convencional, integrante del derecho argentino que reviste invariablemente jerarquía constitucional, antes de los hechos investigados (art. 118 C.N) y con mucha mayor contundencia luego y en estos tiempos.

A la par de ello, de reiterada jurisprudencia del Máximo Tribunal, se sigue que el instituto de la prescripción no reviste carácter constitucional sino solo legal. Así sostuvo, ante un planteo de prescripción en materia de multas, que "No hay en ello ningún agravio a los arts. 18 y 28 de la Constitución Nacional, toda vez que la garantía de la defensa en juicio no requiere que se asegure al acusado la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo", lo que ya había sostenido en fallos 193: 487.

Comenta Marcelo Ferrante que estas consideraciones ya habían sido enunciadas en un caso anterior de la Corte, en 1942 "Brascialli c. José A.



Poder Judicial de la Nación

Pastrana" y que fue reiterada con posterioridad en una resolución de la Corte en ejercicio de sus poderes de Superintendencia, "Carlos Guardia y otra" fallo del 22/8/85.

Debe quedar claro, entonces, que no existe contradicción con el art. 18 de la Constitución, sino con el 62 del Código Penal; ello existe entre todo el sistema del Derecho de Gentes y el instituto de la prescripción, el art. 18 lo único que nos informa es la manera en que debemos entender la prescripción a la luz del principio de legalidad.

Ahora bien, constada la existencia de una contradicción entre normas de la Constitución Nacional, y disposiciones infraconstitucionales, corresponde al Poder Judicial el ejercicio de su suprema función de custodia constitucional, y en atención al control de constitucionalidad encomendado por la Ley Fundamental, suprimir las inconsistencias existentes, declarando la inconstitucionalidad de la norma inferior violatoria de los preceptos supremos.

En concreto, conforme lo desarrollado en párrafos anteriores, el art. 62 del Código Penal, en tanto establece plazos máximos de prescripción para todos los delitos sin atención a la estructura particular de los mismos, se hallaba en franca contradicción ya a la época de los hechos investigados con el art. 102 (actual 118) de la Carta Magna en cuanto este incorpora todos los principios propios del Derecho de Gentes, tal la imprescriptibilidad, entre otros, inconstitucionalidad que, por cierto, se ha visto progresivamente incrementada con la incorporación de innumerables instrumentos de Derecho Internacional a nuestro sistema, particularmente luego de la reforma constitucional del año 1994 con su art. 75 inc. 22, acuerdos en virtud de los cuales, la Nación Argentina, adquiere obligaciones constitucionales de perseguir estos crímenes de Derecho internacional.

Es importante remarcar, que tampoco "puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza, en razón de una intolerable irracionalidad en caso contrario... El derecho penal no está legitimado para exigir la prescripción de las acciones emergentes de esos delitos; por el contrario, si lo hiciese sufriría un grave desmedro ético".

Por cierto que la declaración de inconstitucionalidad que se pregona resulta oficiosa y atento a los reparos que puede despertar esta circunstancia, pasaremos a justificar el proceder, que a nuestro juicio, es enteramente correcto y se corresponde con la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación y la doctrina más autorizada.

En efecto, frente a la declaración de oficio que su art. 43 contempla y admite tal posibilidad "en la actualidad y luego de la reforma constitucional de 1994 y partiendo de un aspecto gramatical pero no menos importante, dicha

USO OFICIAL

norma1 constitucional otorga al magistrado la facultad de declararla, ya que habla que " ...el Juez podrá..." sin otro recaudo o limitación que la que surge frente a un acto de esa índole, tal la prudencia y mesura dada la gravedad de la decisión y en autos, creemos entender, que así se ha actuado en razón de los fundamentos desarrollados y en aras, asimismo, de mantener latente la vigencia constitucional como norma prioritaria de nuestro estado de derecho".

Por cierto que ya la declaración de invalidez de una norma comporta un acto de suma gravedad institucional, lo cual impone el tratamiento de la cuestión con suma prudencia. Pero, seguramente, el hecho de que la forma de arribar a la inconstitucionalidad sea oficiosa, conlleva un mayor resguardo y análisis de las contradicciones existentes.

Si bien se ha sostenido - jurisprudencial y doctrinariamente - que la actividad pertinente de los Magistrados al ejercer el control de constitucionalidad, está condicionado al pedido respecto de las partes, no lo es menos que siendo la misión de los Jueces aplicar normas que se ajusten a la Carta Magna y tratando de mantener la supremacía de ella conforme su art. 31, no resulta razonable prescindir de declarar la inconstitucionalidad si ella es palpable o grosera. Debemos recordar que las partes solo imponen los hechos y los Jueces el derecho.

Frente a ello, cuando los Magistrados están persuadidos que una norma atenta contra la Ley Fundamental debe pronunciarse de oficio sobre su inaplicabilidad pues caso contrario, voluntariamente subvertiría el orden jurídico determinado por el art. 31 de la C.N.; no obstante ello, tenemos presente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad y una última ratio del orden jurídico por lo que debe realizarse - como ya lo manifestamos - con suma prudencia.

Consientes de ello, hemos desarrollado extensamente todo lo concerniente a los delitos de derecho internacional contrario al derecho de gentes y como él, a partir de la interpretación realizada del art. 118 (ex 102) de la Carta Magna, penetra al orden jurídico, en actualización permanente, y con todos los principios que son su reflejo y hemos arribado a la conclusión de que el enfrentamiento del instituto de la prescripción, tal como está regulado por el Código Penal, deviene abiertamente inconstitucional, ya a la fecha de los hechos investigados y con un poder fulminante de la constitución cuantitativamente mayor hoy día, lo cual justifica el proceder que aquí se sigue.

Además, la declaración de inconstitucionalidad que se pretende, salvaguarda la vigencia de la Constitución Nacional doblemente pues resulta, por un lado de la aplicación estricta del principio de legalidad primero y luego de la incompatibilidad total del art. 62 del CP con la Constitución.



Poder Judicial de la Nación

Por lo demás, el Máximo Tribunal ha resuelto favorablemente a la posibilidad de la declaración oficiosa, convirtiendo en mayoría una tesis que se desarrolló por los votos de varios de sus Magistrados.

En efecto, el 27/9/01, la Corte Suprema, falló el caso "Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/ Prov. de Corrientes", donde la mayoría sostuvo que "los jueces están facultados para ejercer de oficio el control de constitucionalidad, sin que ello atente contra el principio de división de poderes, pues siendo legítimo el control de constitucionalidad en sí mismo, carece de sentido sostener que no se produce un avance indebido del Poder Judicial cuando media petición de parte y sí cuando no la hay".

Lo cual es enteramente lógico, pues en definitiva si tanto se pregona la función de custodia constitucional que los jueces ostentan, esta alta comisión se ejercerá en su forma más acabada cuando ello sea de oficio, por iniciativa del propio juez que ha advertido la disfuncionalidad; si ello solo se permitiera a pedido de parte, aquella función de custodia sería ejercida, en los hechos, por los particulares y el juez solo sería un instrumento en el ejercicio de la guarda constitucional. El guardián del cofre de la ley sería la parte, el juez solo su llave. Esto es inadmisibles.

Por lo demás, tampoco el derecho de defensa se ve vulnerado toda vez que si ello se consintiera, "conduciría a descalificar toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por las partes, so pretexto de no haber podido expedirse sobre su aplicación al caso concreto".

Obsérvese que una interpretación contraria, pondría en duda todo el sistema de nulidades absolutas en materia procesal penal, en donde sería imposible suplir las deficiencias de la parte en la alegación de una *fractura constitucional en el procedimiento penal, so pretexto de afectar los derechos de defensa de las restantes parte en el proceso.*

Inclusive, del voto del Juez. Boggiano, se sigue con claridad que la posibilidad de la declaración de oficio no es más que un reflejo de aquella máxima inmovible que desde el derecho romano ha recorrido todos los tiempos del derecho y que constituye un pilar de la sociedad en la confianza en sus magistrados, el "iura novit curia".

Así las cosas, y teniendo en cuenta que existe un principio del derecho de gentes que se ha convertido en costumbre inderogable, cual es que la acción tendiente al esclarecimiento de aquellas conductas que atentan contra el género humano no puede prescribir (art. 118), y que además, la Argentina conjuntamente con toda la comunidad internacional se ha obligado a perseguir a los responsables, obligación asumida a través de la participación activa en la formación del derecho internacional correspondiente y luego incorporando al

USO OFICIAL

derecho interno, inclusive con jerarquía constitucional, dichos compromisos por lo que deben cumplirse.

Últimamente ha circulado intensamente el concepto del cumplimiento de compromisos internacionales, pero significamos que la Argentina no solo tiene compromisos económicos que cumplir, sino también y con mucho más contundencia debería poner el acento en el respeto y estricto cumplimiento de aquellos pactos que atienden a los compromisos con la vida y la dignidad de la persona, tan maltratadas en épocas oscuras de nuestra historia, para que de una vez podamos realmente sostener a la nación dentro de aquellas que pueden calificarse como civilizadas.

La investigación de los hechos de marras, es un dato de civilidad, de verdadera civilización de nuestro Estado, que se inserta en la línea de valorar a la Argentina, como decíamos más arriba, dentro de una de las provincias lingüísticas de la humanidad. El esclarecimiento de la verdad, pero también la justicia y la condena, son datos inexpugnables de una verdadera República.

Ahora bien, una vez que hemos determinado que los hechos cuya investigación se plantea, se sucedieron en el marco del sistema clandestino de represión instaurado en nuestro país durante los años 1976/1983; que ello convierte a los hechos en delitos contra el derecho de gentes; que tal derecho y sus consecuencias han estado incorporados a nuestro orden constitucional desde la sanción misma de la constitución, lo cual produce el efecto de la inconstitucionalidad de todo precepto infraconstitucional que se oponga a sus postulados, reiteramos que en el caso el art. 62 del C. Penal en cuanto impone plazos de prescripción en estos delitos, deviene inaplicable.

Cuadra añadir, por último, que pese a la obligación que han firmado los Estados de adoptar diversas medidas normativas tendientes a la preservación de esta clase de delitos -lesa humanidad- no resulta ni legal ni equitativo invocar el mero transcurso del tiempo para dejar impunes este accionar delictivo; ello así pues no obstante lo ya expuesto, actuar en contrario importaría violentar el principio de igualdad habida cuenta que no serían perseguibles estos delitos de lesa humanidad y entraríamos en una especie de elegir aquellos en desmedro del sistema penal.

Sucede que esta articulación no resulta necesaria pues los propios bienes individuales, cuando son desconocidos sistemáticamente y sobre todo cuando la afrenta proviene de un sujeto Estatal que debe garantizarlos, erigen al hombre, como género, en sujeto que debe ser protegido y cuyos bienes individuales forman parte del orden internacional mismo y su tutela es misión de la comunidad internacional pues hace a su misma existencia.

Por ende, se impondría declarar la inconstitucionalidad del artículo 62 del Código Penal de la Nación de conformidad con los arts. 118 C.N.; art. 75 inc. 22

C.N.; art. 5 DUDH; art. 2 y 5 CADH ; art.2.1, 3 y 15 PIDCP, art. 1 y 2 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas Cruels Inhumanos o Degradantes y por lo tanto considerar que al ser crímenes de Lesa Humanidad los aquí juzgados, deviene inaplicable la figura de la prescripción impetrada por el Estado Nacional, conforme lo antes expuesto.

Cuadra añadir que si no se compartiera esta solución, como tampoco la argumentación esbozada al respecto, existe otro fundamento que impone la misma solución propiciada en base a nuestros fundamentos y está dado por el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Arancibia Clavel"(fallos 318:2148). En tal sentido debe recordarse que las sentencias de la Corte Suprema ostentan un carácter de ejemplaridad en razón de ser dictadas por el Máximo Tribunal de la República y la calidad institucional de sus fallos, razón por la cual se proyectan normalmente más allá del caso, no produciendo la derogación de las normas declaradas inconstitucionales, pero logrando reiteración del precedente en la jurisprudencia de la propia Corte y de los demás tribunales; de ahí, entonces que respetando tal decisión es que también por ese imperio, debe descartarse la aplicación de la prescripción de los delitos de lesa humanidad.

Cuadra añadir por último, que en este caso corresponde resolver la prescripción en esta etapa procesal toda vez que de los términos en que fue expuesta la defensa y su contestación, la solución de este entuerto está relacionado con circunstancias fácticas que deberán ser materia de análisis y el acopio de elementos de prueba para evaluar la pretensión económica del actor ya que, a mi juicio, una cuestión es declarar prescripta esta acción y otra muy diferente es si la reclamación actora que el propio Estado le reconoció mediante la Resoluc MJyDH N° 559/06 producto de su situación sufrida bajo el imperio del Terrorismo de estado, debe ser ampliada como reparación integral o no.

En consecuencia, he de proponer se desestime el recurso impetrado y se declara que la presente acción no se halla prescripta, más allá de lo que se decida sobre el fondo de la cuestión.

Resta por último, tratar lo manifestado por la demandada en torno que se habría afirmado en la sentencia que desestima la prescripción como defensa que el Sr. Juez a quo se expidió sobre el fondo de la cuestión.

Sin embargo no es así habida cuenta que el magistrado, al considerar la procedencia o no de la excepción de prescripción debe evaluar dicha defensa, de lo contrario no cabría posibilidad de emitir opinión alguna. No se halla en la sentencia en crisis ninguna ponderación sobre el monto indemnizatorio, lo que constituiría una opinión sobre el fondo. Lo que el magistrado resuelve es la improcedencia de la excepción de prescripción porque la está esgrimiendo la

misma persona que ha generado y admitido el ilícito que dio nacimiento a la acción cuya vigencia está en discusión.

Respecto a la excepción de cosa juzgada es dable recordar su concepto, el cual es "...la autoridad y eficacia que adquiere una sentencia judicial una vez firme y que implica la presunción de que lo que en ella está resuelto se tenga como verdadero y no modificable, no existiendo contra ella medios de impugnación que permitan modificarla..." conf. López Carusillo y Colombatti ³ . En ese sentido expresa Podetti⁴ que como el proceso mismo, la cosa juzgada se disciplina con miras al interés privado, ya que al vencedor le interesa la indiscutibilidad de la sentencia, pero tiene también como aquél, una finalidad pública, que se desdobra en dos aspectos: la economía de esfuerzo jurisdiccional, al evitar la repetición de la misma controversia; la paz social, al establecer la inmodificabilidad del pronunciamiento. Los presupuestos que hacen a las bases del instituto de la cosa juzgada no se cumplen en el caso ya que el actor no ha obtenido sentencia alguna sino un acto administrativo emanado de la Administración Pública, no ha habido esfuerzo jurisdiccional aún y la paz social ¿en qué caso se encontraría en realidad amenazada?.-

De la simple lectura de la definición de la institución de cosa juzgada se extrae que la misma hace referencia a una sentencia judicial, no a un acto administrativo, dado que contra este último sí existen medios para modificarlo, como claramente lo admiten innumerables leyes, entre ellas la Ley 24.043 al permitir impugnar las resoluciones dictadas en base a ella ante la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo. Asimismo subyace como principio en nuestro ordenamiento que todo acto administrativo es revisable judicialmente. No obstante ello, cabe hacer referencia al caso del acto administrativo que ha quedado firme dado el vencimiento del plazo para impugnarlo (y que sea esto lo que el apelante quiso esgrimir como defensa cuando interpuso la excepción de cosa juzgada). Para ello es oportuno hacer referencia a palabras del Dr. Manuel Diez "...el buen orden de la marcha de los intereses públicos justifica establecer plazos cortos de impugnación; la estabilidad y seguridad de los actos administrativos determina la necesidad de la existencia de plazos de impugnación judicial cuya duración no se compadece con los previstos para la prescripción de las nulidades en la esfera del derecho común."⁵ De lo dicho cabe concluir que si se cuestiona la prescripción de la acción civil para los casos de delitos de lesa humanidad entonces cabe, con más razón, cuestionar

³ López Carusillo y Colombatti "Algunas precisiones sobre la institución de la Cosa Juzgada" LLC 2008:1082.-

⁴ Tratado de Actos Procesales, pag. 460.-

⁵ Diez, Manuel M. Derecho Procesal pag. 40 y Julio Comadira "Procedimientos Administrativos" Ed. Abeledo Perrot, pag 341.-

un plazo aún más corto, cual es el de impugnación de un acto administrativo, para los mismos casos.-

Es evidente que el Sr. Bozzi, una vez restituida la democracia, empezó tenuemente y luego con más fuerza a retomar su vida y a reclamar los derechos que le corresponderían por ser víctima de una detención ilegal en la medida que su reincorporación a la vida civil y abandono del exilio y ostracismo se lo fueron permitiendo.-

Y así fue que dictada la resolución N° 559/06 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el marco de la ley 24.403, en aspectos que no corresponde explayarnos en esta oportunidad procesal, no la cuestionó y accionó judicialmente en reconocimiento de una mayor amplitud indemnizatoria tal como reclamar daño moral, pérdida de chance o lucro cesante, aspectos que han de ser valorados en oportunidad de dictarse sentencia en la causa, todo ello implica se desestime por improcedente la excepción de cosa juzgada toda vez que no existe peligro procesal que se vuelvan a discutir o reeditar aspectos ya resueltos.

En torno de las costas, en lo que hace a la excepción de cosa juzgada he de reiterar el criterio del suscripto respecto que la premisa de la condena en costas al vencido, es la regla y se mantiene como fundamento el principio esencial del hecho objetivo de la derrota; el principio del art. 68, supone una derrota procesal de manera total y exclusiva de uno de los litigantes, en el caso del demandado; de ahí que no se configure alguna situación como para imponerlas en el orden causado en estas actuaciones, o sea cuando la ley prevé un régimen específico (arts. 70 a 74 del CPCCN), o cuando el Magistrado exima expresamente por existir mérito razonable para ello, extremos que no se ventilan en la causa.

Sobre la excepción de prescripción, en cambio, entiendo que han existido razones pertinentes por parte del Estado Nacional, para cuestionar esta acción en lo que hace a su modo temporal, de ahí que resulta equitativo, imponerlas en el orden causado.

Por todo lo precedentemente expuesto propongo al Tribunal, confirmar la *sentencia recurrida e imponer las costas de Alzada por su orden (art. 68 CPCCN).*-

Tal es mi voto.-

JORGE FERRO
JUEZ DE CÁMARA

USO OFICIAL

El Dr. Tazza dijo:

Por sus fundamentos, adhiero al voto precedente.-

Tal es mi voto.-



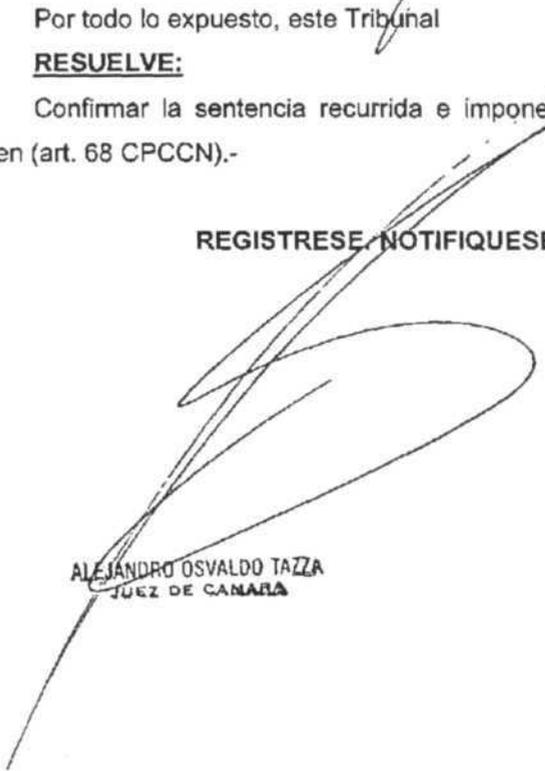
ALEJANDRO OSVALDO TAZZA
JUEZ DE CÁMARA

Por todo lo expuesto, este Tribunal

RESUELVE:

Confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas de Alzada por su orden (art. 68 CPCCN).-

REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVASE.



ALEJANDRO OSVALDO TAZZA
JUEZ DE CÁMARA



JORGE FERRO
JUEZ DE CÁMARA

Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo del tercer miembro de este Tribunal (art. 109 del R.J.N.)



Dra. ANALÍA DEFUCHI
SECRETARIA
DE LA CÁMARA FEDERAL
DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA