

ARGENTINA (I)

Pablo PARENTI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nuevas perspectivas*. III. *Preguntas del Instituto Max-Planck*.

I. INTRODUCCIÓN

La primera parte de este trabajo trata sobre las distintas etapas que ha atravesado la persecución penal de las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por la última dictadura militar argentina y describe a grandes rasgos el enfoque jurídico que se le ha dado a la cuestión a partir de 1983.¹ Se verá que tal enfoque ha ido variando desde entonces y que actualmente está en pleno desarrollo una nueva perspectiva de análisis en la jurisprudencia argentina que otorga especial relevancia a las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional. También se describen en esta primera parte algunas cuestiones vinculadas al caso elegido por el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional como posible caso paradigmático de la actual situación argentina en materia de persecución penal de la pasada criminalidad de Estado.

Esta descripción general servirá como marco previo para responder, en la segunda parte de este trabajo, las preguntas formuladas por el Instituto Max-Planck.

¹ El texto de la primera parte de este trabajo es similar al de la ponencia expuesta por el autor en el coloquio internacional “Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Procesos de Transformación Comparados”, celebrado los días 22, 23 y 24 de febrero de 2002 en la ciudad de São Paulo, Brasil, organizado por el Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, la Fundación Konrad Adenauer, el Programa Estado de Derecho en Sudamérica, y el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional.

II. NUEVAS PERSPECTIVAS

1. A pesar de que han transcurrido casi dos décadas desde que la República Argentina recuperó la vigencia del sistema democrático, aún no está resuelta la cuestión de la persecución penal de las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en nuestro país durante el último régimen de facto.

2. Como es sabido, la mayor parte de los procesos penales fueron interrumpidos luego de la sanción de diversas normas de impunidad. Sin embargo, en los últimos años se han dictado algunos pronunciamientos judiciales por parte de los tribunales nacionales que apuntan a superar los obstáculos impuestos por esas normas al normal avance de las investigaciones.

3. Precisamente, uno de los fallos más relevantes se ha producido en el marco del caso seleccionado por el Instituto Max-Planck. En efecto, el 6 de marzo de 2001 el juez federal a cargo del Caso Poblete declaró inválidas las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida,² y decidió avanzar con la investigación ordenando la realización de actos procesales que las leyes mencionadas impedían.

4. Con posterioridad a este fallo se han observado otros pronunciamientos judiciales que, sobre la base de una argumentación similar, también han resuelto considerar inválidas las leyes mencionadas.

5. Desde el punto de vista jurídico, esos fallos están claramente influidos por la evolución y la creciente aplicación que ha tenido el derecho internacional en los últimos años; en particular, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional.

6. Debe tenerse en cuenta que desde el momento en que se dictaron las principales normas de impunidad se ha observado un proceso —aún en curso— de afirmación del derecho internacional que supone una variación sustancial en el valor normativo que se le reconoce a tal derecho. Si bien se advierte un aumento en la producción de instrumentos interna-

² Fallo dictado *in re* “Simón, Julio; del Cerro, Juan Antonio; Sustracción de menores de 10 años”, causa núm. 8686/2000 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 4 de la Capital Federal, Secretaría núm. 7. Publicada en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, año II, núm. 3, 2001, pp. 129-252. Todos los datos e informaciones sobre el caso Poblete que se mencionan en el presente trabajo surgen del fallo citado así como de los documentos editados que oportunamente se citan en nota.

cionales, tal vez el rasgo más significativo de la variación ocurrida en estos últimos años consista, sobre todo, en el cambio de actitud frente a la capacidad normativa del derecho internacional.

7. Como se verá, estos nuevos intentos de llevar adelante las investigaciones penales en Argentina se fundan en normas de derecho internacional público que ya estaban vigentes al tiempo de comisión de los hechos que se intentan juzgar o, bien, al momento de sancionarse las normas de impunidad que se pretenden invalidar.

8. Sin embargo, pese a su vigencia formal, ni las normas del derecho penal internacional, ni las vinculadas a la protección de los derechos humanos tenían, en los años ochenta, la capacidad de rendimiento que exhiben hoy. Su aplicación por los tribunales nacionales era verdaderamente escasa y el derecho internacional no era asumido en toda su dimensión como un orden normativo pleno y destinado a regular conductas tanto de los individuos como de los poderes estatales.

*1. La persecución penal durante los primeros años de la democracia.
Las normas de impunidad*

9. Durante la etapa en la que se produjo el cambio de régimen y las nuevas autoridades electas asumieron el poder, el debate jurídico acerca del tratamiento que correspondía darle a los crímenes cometidos por la dictadura se llevó a cabo con un claro predominio de los argumentos basados en el derecho doméstico argentino. Un elemento que determinó esta situación es el ya apuntado déficit, presente por aquellos años, en cuanto a la aceptación del derecho internacional como un derecho plenamente aplicable. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, al iniciarse la transición democrática, el derecho doméstico argentino proporcionaba las herramientas jurídicas necesarias para llevar adelante el juzgamiento de los hechos e imponer sanciones penales a los culpables. No había necesidad de recurrir al derecho internacional para fundar una respuesta punitiva.

10. El régimen militar no había derogado las normas penales que prohibían las conductas que llevó a cabo ni había intentado crear una normativa que amparara jurídicamente sus actos. De este modo, el carácter criminal de los hechos estaba fuera de toda duda.

11. El único obstáculo jurídico para la persecución penal era la llamada *Ley de Autoamnistía*, sancionada sobre el final del régimen de

facto.³ Sin embargo, la “autoamnistía” no implicaba ningún escollo insalvable y fue rápidamente superada.⁴

12. Como es sabido, los mayores obstáculos para la persecución penal fueron ciertos actos de los poderes estatales de la etapa democrática motivados, en su mayor parte, en consideraciones de naturaleza política.⁵

³ Cfr. la llamada Ley 22.924 sancionada por el gobierno militar y publicada en el *Boletín Oficial* del día 27 de septiembre de 1983. Mediante esta norma el gobierno militar declaraba extinguidas las acciones penales de “...todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiera sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado”. Abarcaba los hechos sucedidos entre el 25 de mayo de 1973 y el 17 de junio de 1982. De este modo, la dictadura no sólo reconocía el carácter delictivo de los hechos sino que, incluso, admitía la comisión de crímenes antes del periodo dictatorial que comenzó el 24 de marzo de 1976.

⁴ Algunos jueces llegaron a declarar la invalidez de la “autoamnistía” antes de la asunción de las autoridades electas. Luego del cambio de gobierno, el Congreso de la Nación la derogó por inconstitucional y la declaró insanablemente nula (cfr. Ley 23.040 —B.O. 29/12/83—), decisión que fue convalidada luego por el Poder Judicial (cfr. fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal dictado el 4/10/84 en la causa “Fernández Marino, A. y Argemi, Raúl, Sentencia de arma de guerra y falsificación de documento”; fallo de la Sala II del tribunal mencionado, dictada el día 6/3/85 en la causa “Rolando Vieira, Domingo Manuel y otros, s. infracción artículos 189 bis y 292 del Código Penal” y sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación registrada en CSJN-Fallos, 309, 1689).

⁵ Ello es así aunque muchas veces se pretendieran fundar esas decisiones políticas en supuestos imperativos derivados del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, la pretensión de justificar la jurisdicción militar en la necesidad de respetar la garantía constitucional del juez natural (artículo 18 de la Constitución nacional) o la mención de la necesidad de “respetar escrupulosamente” el principio de legalidad como fundamento para sostener y tratar de imponerle a los jueces una determinada interpretación del deber de cumplimiento de las órdenes superiores tendente a una aplicación amplia de esa eximente. Cfr. en este sentido, el Mensaje de Elevación del Proyecto de Ley de Modificaciones al Código de Justicia Militar del 13 de diciembre de 1983. Su texto puede consultarse en Sancinetti, Marcelo, *Derechos humanos en la Argentina posdictatorial*, Buenos Aires, Lerner, 1988, pp. 185 y ss. Antonio Cassese, al analizar la política que en materia de derechos humanos desarrolló el gobierno de Raúl Alfonsín y, sobre todo, los motivos “jurídicos” que se esgrimieron para fundar ciertas decisiones políticas, expresa que “...habría que evitar por lo menos el cogitar justificaciones jurídicas, que, en vez de reforzar las motivaciones políticas, pueden, como en este caso, convertirse en conceptos sumamente peligrosos. Es obligación del jurista —como de cualquier persona cuidadosa de los valores del progreso civil— desenmascarar esos conceptos y justificaciones y exhibir toda su gravedad—” cfr. Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. castellana de Atilio Pentimalli Melacrino y Blanca Ribera de Madariaga, Barcelona, Ariel, 1993, p. 203.

13. Las limitaciones a la posibilidad de que los hechos se investigaran y se sancionara a los responsables se fueron estableciendo, en forma paulatina, desde el inicio mismo del proceso democrático: en primer término, la atribución de la investigación a la justicia militar y la negativa a reconocer el carácter de parte en el proceso penal a las víctimas y a sus familiares; en segundo lugar, las diversas iniciativas tendentes a lograr la impunidad de la mayor parte de los intervinientes en los crímenes sobre la base de la eximente del error insalvable sobre la legitimidad de las órdenes recibidas, o bien, de una suma de causales de exclusión de la responsabilidad entre las que se mencionaban la coacción y el deber de obediencia en el ámbito militar. Posteriormente, se dictaron las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida y, unos años después, los indultos presidenciales.⁶

14. Obviamente, todas estas medidas generaron discusiones jurídicas y, por supuesto, impugnaciones judiciales. También aquí los debates permanecieron, en líneas generales, dentro de los límites del derecho doméstico argentino.⁷

⁶ Para una completa descripción y un análisis crítico de las diversas iniciativas y normas destinadas a extender progresivamente la impunidad de los responsables de los crímenes contra la humanidad cometidos en el marco del sistema clandestino de represión, vease Sancinetti, *op. cit.*, nota 5; y Sancinetti, Marcelo y Ferrante, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

⁷ Una excepción que puede mencionarse es el intento de cuestionar la Ley 23.521 (llamada Ley de Obediencia Debida) sobre la base de la violación a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes. Así en el fallo dictado el 29/3/88 *in re* “ESMA, Hechos que se denunciaron como ocurridos” —*cfr. El derecho*, t. 129, p. 492— la mayoría de la Corte rechazó una impugnación basada en la Convención contra la Tortura argumentando que “...si se entendiera —como se pretende— que el artículo 2o., párr. 2o. *in fine* de la citada convención excluye de la legislación penal argentina la eximente de la obediencia debida en el caso del delito de tortura, no parece disputable que esa norma *ex post facto* vendría a modificar nuestra legislación, resultaría más gravosa y, por tanto, inaplicable al caso por imperio del artículo 2o. del Código Penal, desde que la norma legal que puso en vigor el tratado no alteró ese principio general inexcusable” (considerando 4o. del voto mayoritario y 4o. del voto concurrente del juez Petracchi). Empero, la cuestión debe verse de otro modo: no se trata de analizar si la Convención contra la Tortura eliminó la eximente de obediencia debida prevista en la legislación penal, sino de considerar si es admisible a la luz de la Convención mencionada que el Estado dicte una norma desincriminante de actos de tortura estatal como es la Ley 23.521. Mirado el caso desde esta perspectiva, la Convención no modifica *ex post facto* las condiciones de punibilidad sino que introduce una prohibición para el Estado de dictar normas que retraigan el poder punitivo con relación a actos de tortura oficial.

15. Si bien nadie podía dejar de advertir que la política de impunidad era incompatible con la defensa de los derechos humanos que se pregona, aún no se había alcanzado un nivel de desarrollo y aceptación tal del derecho internacional como para que sus normas fueran percibidas, y utilizadas por los actores procesales, como límites jurídico-materiales para los poderes estatales; límites que le impedían, entre otras cosas, decidir la interrupción de las investigaciones penales de graves violaciones de los derechos humanos y la impunidad de sus autores.⁸

16. Esta circunstancia determinó que al momento de sancionarse las normas de impunidad no pudiera sumarse el enorme potencial crítico que aporta el derecho internacional⁹ a los cuestionamientos jurídicos basados en el derecho doméstico argentino.

En el caso Raffo, volvió a plantearse la cuestión en términos similares que en el caso anterior. La mayoría se remitió a lo ya resuelto en ese caso, mientras que el juez Bacqué consideró que la Ley 23.521 era incompatible con el artículo 20. *in fine* de la Convención contra la Tortura que proscribía la eximente de obediencia debida. En Raffo, Bacqué se apartó de la jurisprudencia de la Corte al sostener la mayor jerarquía de los tratados frente a las leyes. De este modo fundó la primacía de la Convención por sobre la Ley de Obediencia Debida. Agregó, por otra parte, que la solución que proponía se veía reforzada si se tenía en cuenta que el Congreso al sancionar la ley 23.521 no había derogado expresamente el artículo 20. de la citada Convención. véase CSJN-Fallos, 311, 600.

⁸ En virtud de la existencia de estos límites jurídico-materiales no es correcta la afirmación efectuada por Jaime Malamud Goti y Ricardo Entelman según la cual: “Lo que no puede negarse al Estado es la facultad de balancear mediante actos políticos cuándo le conviene renunciar a la institución de la pena en vistas a una mejor defensa de los derechos individuales”. *Cfr.* Malamud Goti, Jaime y Entelman, Ricardo, “La Ley de Punto Final: respuesta al profesor Julio Maier”, *Doctrina Penal*, vol. 10, núm. 38, 1987, p. 346. Conviene precisar en relación con la afirmación citada que, en verdad, las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, así como los indultos a procesados, no sólo “renunciaron” a la pena, sino que también impidieron llevar a cabo en forma completa las investigaciones judiciales necesarias para esclarecer miles de desapariciones.

⁹ Si bien se expusieron muy buenas razones para considerar inválidas las normas de impunidad, en muchos casos esos argumentos no apuntaban a cuestionar la facultad en sí misma, de dictar normas que impidieran las investigaciones penales o que consagraran la impunidad por violaciones graves de los derechos humanos, sino que se basaban en el cuestionamiento del modo en se había ejercido esa facultad. En este sentido, puede mencionarse el argumento de la falta de “generalidad” de la Ley 23.521 para ser considerada válidamente una amnistía y el cuestionamiento al Decreto 1002/89 con fundamento en la imposibilidad de dictar indultos a “procesados”, esto es, a personas no condenadas. En ambos casos, la discusión remitía a la interpretación de los artículos de la Constitución Nacional que establecían la facultad de amnistiar y de indultar (artículo 67, inciso 17 y artículo 86, inciso 6 de la Constitución, actuales artículos 75, inciso 20 y 99, inciso 5—).

17. Como síntesis de esta etapa puede decirse, entonces, que se impulsaron las iniciativas impulsadas por los poderes políticos tendentes a restringir la actuación de la justicia civil y a favorecer la jurisdicción militar, a limitar la intervención de los damnificados en el proceso penal, y a consagrar paulatinamente la impunidad de los responsables de los crímenes cometidos por la dictadura militar. Frente a tales iniciativas de los poderes políticos, el Poder Judicial no ejerció en toda su dimensión su función de control de la validez de las normas dictadas y más bien predominó en la jurisprudencia la opinión de que sancionar esas normas estaba dentro de las facultades propias de los poderes Ejecutivo y Legislativo. En cuanto al tratamiento jurídico de las cuestiones que se debatieron, hubo un claro predominio del derecho doméstico; ni el derecho internacional de los derechos humanos ni el derecho penal internacional tuvieron relevancia en las discusiones judiciales que se plantearon acerca de la validez de las normas de impunidad.

2. Etapa posterior al dictado de las normas de impunidad

18. Luego de esta primera etapa van a suceder ciertos acontecimientos que son los que permiten explicar cómo, tanto años después, la persecución penal de los crímenes cometidos por la dictadura militar comienza a realizarse sobre nuevas bases jurídicas y cómo se vuelve a cuestionar judicialmente la validez de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.

19. En primer lugar, pese al dictado de las normas de impunidad y al tiempo transcurrido desde entonces, el tema de las graves violaciones de los derechos humanos cometidas en nuestro país ha mantenido una fuerte presencia. Las víctimas, sus familiares y los organismos de derechos humanos continuamente han llevado a cabo iniciativas contra el olvido, han seguido trabajando para el esclarecimiento de los casos y nunca aceptaron la impunidad como algo irreversible.

La cuestión de si es válido dictar indultos a personas que no han sido condenadas puede analizarse, empero, desde otro punto de vista. El indulto dictado durante el curso del proceso judicial tiene el efecto de interrumpir la investigación criminal. En consecuencia, en el caso de graves violaciones de los derechos humanos o de crímenes contra la humanidad, la validez de indultos a procesados puede cuestionarse sobre la base de la violación a la obligación de investigar que se deriva de diversas fuentes del derecho internacional.

20. Asimismo, en el ámbito judicial, continuaron desarrollándose algunas investigaciones respecto de hechos no amparados por las normas de impunidad. En este sentido, pueden mencionarse los numerosos casos por sustracción de menores y algunos otros relativos a la apropiación de bienes de personas desaparecidas. También comenzaron investigaciones para determinar la existencia de un plan sistemático en la sustracción de hijos de desaparecidos y para atribuir responsabilidades penales por los hechos cometidos en el marco del Plan Cóndor. A esto han de sumarse los *juicios por la verdad* que permitieron avanzar tanto en el conocimiento de los mecanismos utilizados por el sistema represivo, cuanto en el esclarecimiento de casos particulares.¹⁰

21. Durante este periodo se iniciaron varios procesos penales en países europeos en virtud del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial. Estos procesos han concitado la atención de la comunidad internacional y han contribuido enormemente a la consolidación y a la creciente aplicación de los instrumentos jurídicos con los que se analiza la persecución penal de crímenes de derecho internacional. Por otro lado, dichos procesos han tenido una especial repercusión en los países latinoamericanos. Que los crímenes cometidos en esta región comenzaran a ser investigados y discutidos a nivel mundial, que se dictaran condenas (*in absentia*) y órdenes de captura contra los responsables, que jueces de distintos países solicitaran de modo incesante la extradición de personas acusadas de crímenes gravísimos, todo ello, ha contribuido a mantener vigente la expectativa de que los hechos finalmente sean juzgados. La existencia de juicios en otros países contrasta con la política de impunidad¹¹ que hasta

¹⁰ Sin duda el principal déficit de la reconstrucción histórica de lo sucedido en Argentina en materia de graves violaciones de los derechos humanos es el esclarecimiento particular de cada caso. Muchos de ellos ni siquiera fueron motivo de una investigación judicial. Como observa Juan Méndez, "...es esta verdad individualizada la que en la amplia mayoría de los casos sigue sin conocerse". Cfr. Méndez, Juan, "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos", en Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editora del Puerto, 1997, p. 528.

¹¹ Dentro de la política de impunidad debe incluirse la decisión de negar sistemáticamente las extradiciones solicitadas por los países que llevan adelante juicios por los crímenes cometidos por la dictadura militar. Con ello, Argentina ni juzga ni extradita. Esta decisión de negar las extradiciones fue plasmada recientemente en el decreto 1581/2001, sancionado el 5/12/2001, en el que se dispuso que el Ministerio de Relaciones Exteriores "...rechazará los pedidos de extradición por hechos ocurridos en el territorio nacional o

el momento prevalece en nuestro país y provoca que Argentina sea vista como un lugar de refugio de personas acusadas por crímenes contra la humanidad. En este sentido, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial ha tenido un claro efecto estigmatizador de la política del Estado argentino en la materia.

22. Por otra parte, desde el punto de vista del derecho argentino, sucedieron en estos años algunos acontecimientos que modificaron de manera sustancial el panorama que existía al momento del dictado de las normas de impunidad. El desarrollo que han mostrado el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos produjo consecuencias concretas en la jurisprudencia argentina.

23. Los tribunales argentinos reconocieron, por fin, la mayor jerarquía de los tratados internacionales respecto de las leyes.¹² Ello ha derivado en una mayor aplicación de los tratados en la solución de los casos judiciales y ha promovido el ejercicio por parte de los jueces del control de compatibilidad de las leyes con los tratados internacionales.

24. También se han registrado decisiones referidas al derecho internacional no convencional. En ellas se afirma con claridad que el derecho de gentes integra el ordenamiento jurídico argentino y es directamente aplicable por los tribunales nacionales.

25. El primer pronunciamiento judicial que cabe mencionar en este sentido es el siempre recordado voto del juez Leopoldo Schiffrin dictado

lugares sometidos a su jurisdicción nacional” (artículo 2o.). Esta definición tajante del Poder Ejecutivo implica negar toda operatividad al principio de jurisdicción universal para hechos cometidos en nuestro territorio. Ello no sólo es incompatible con el espíritu de nuestra Constitución Nacional, que consagra la jurisdicción extraterritorial en su artículo 118, sino también con el comportamiento del Estado argentino en el plano internacional dado que ha ratificado instrumentos en los que se reconoce el valor de la jurisdicción universal o extraterritorial. Con todo, debe destacarse que a partir de cierto momento, que temporalmente se ubica después del fallo dictado en el Caso Poblete (no puede afirmarse aquí que el fallo ha tenido alguna incidencia en ello), el Ministerio de Relaciones Exteriores, al rechazar las extradiciones, comenzó a remitir las actuaciones al Poder Judicial o al Ministerio Público para que se determinase si correspondía iniciar ante los tribunales argentinos una investigación penal por los hechos respecto de los cuales se había rechazado la extradición. Esa política también fue plasmada en el artículo 4o. del decreto 1581/2000.

¹² Ello ha sido así a partir de la sentencia dictada en el año 1992 *in re Ekmekdjian vs. Sofovich* registrada en CSJN-Fallos, 315, 1492.

en 1989 en el Caso Schwammberger.¹³ En él se analiza, por primera vez en la jurisprudencia argentina, el valor del derecho penal internacional, el alcance del principio de legalidad en ese ámbito, la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y se exponen las razones por las cuales el ordenamiento jurídico argentino se encuentra sometido al derecho de gentes. Además de su valor doctrinario, este voto tiene la virtud de haber sido pronunciado en un momento en el que aún no se advertía en nuestro medio el valor normativo del derecho internacional ni se adivinaba el crecimiento vigoroso que tendría unos años después el derecho penal internacional.

26. Luego fue la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que dio un importante paso en el reconocimiento del derecho de gentes como orden jurídico directamente aplicable por nuestros tribunales. Así, en el Caso Priebke,¹⁴ la Corte debía revisar la sentencia de un tribunal inferior que había resuelto denegar la extradición de Priebke argumentando que los hechos estaban prescriptos en nuestro país dado que había transcurrido ya el plazo previsto en el Código Penal argentino. La cuestión sometida a decisión de la Corte era concretamente si los hechos debían considerarse prescriptos para el derecho argentino. La mayoría del tribunal resolvió el caso afirmando que los hechos por los que se solicitaba la extradición eran crímenes contra el derecho de gentes y, como tales, imprescriptibles.

27. Para fundar esta decisión los jueces no sólo afirmaron que el derecho de gentes formaba parte del ordenamiento jurídico argentino y era aplicable por los tribunales nacionales, sino que consideraron, entre otras cosas, que “la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requeriente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional”.¹⁵

28. Asimismo, en el fallo se brindaron de modo extenso las razones por las cuales la Corte Suprema entendió que la imprescriptibilidad era una norma de derecho internacional general aplicable a los crímenes contra la humanidad.

¹³ Cfr. voto que integra la sentencia de la Cámara Federal de La Plata, Sala III penal, del día 30 de agosto de 1989, en la que se resolvió la extradición de J. F. L. Schwammberger, publicada en *El derecho*, Buenos Aires, t. 135, p. 326.

¹⁴ Sentencia dictada el 2 de noviembre de 1995, publicada en CSJN-Fallos, 318:2148.

¹⁵ Cfr. considerando 4o. del voto de los jueces Boggiano, López y Fayt.

29. Esta decisión de la Corte Suprema, como en su momento el Caso Schwammberger, ha motivado cierto debate en nuestro país acerca de si el alcance de lo resuelto por el máximo tribunal argentino se restringe al ámbito de las extradiciones o si, por el contrario, también supone consecuencias para el juzgamiento de los hechos que alcancen la categoría de crímenes contra el derecho de gentes.¹⁶ Claro está que el debate no se reduce a la mera interpretación del fallo de la Corte en tanto precedente, sino que se extiende, en general, a la posibilidad de que los tribunales nacionales apliquen las normas del derecho de gentes al juzgar crímenes de derecho internacional.

30. Precisamente, esa posibilidad de juzgar los crímenes cometidos en nuestro país sobre la base de los principios del derecho penal internacional fue analizada en la investigación realizada por Marcelo Sancinetti y Marcelo Ferrante a requerimiento del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional.¹⁷ Pues bien, al mismo tiempo que la investigación era concluida, comenzaba a concretarse en nuestros tribunales tal posibilidad. En los últimos años se han dictado diversos fallos en los que se afirma que los delitos cometidos en el marco del sistema clandestino de represión son crímenes contra la humanidad y que a su respecto son aplicables las normas del derecho de gentes.

31. Así lo han hecho algunos juzgados de primera instancia y, sobre todo, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en varios pronunciamientos dictados a partir del año 1999.¹⁸

32. La consecuencia concreta más relevante que se ha obtenido con la aplicación de las normas del derecho de gentes en el juzgamiento de los crímenes contra la humanidad cometidos en nuestro país fue la afirmación de su imprescriptibilidad.

¹⁶ Al respecto, véase la opinión de Schifffrin, Leopoldo, “La primacía del derecho internacional sobre el derecho Argentino”, en Abregú y Courtis, *loc. cit.*, nota 10, 1997, pp. 115 y ss.

¹⁷ Véase Sancinetti y Ferrante, *op. cit.*, nota 6, 1999.

¹⁸ *Cfr.* fallos de la Sala I de fecha 9 de septiembre de 1999 *in re* “Massera s/ excepciones” (reg. 742) y “Videla J. R., s. Prisión Preventiva” (reg. 736) y fallo de la Sala II de fecha 4 de mayo de 2000 *in re* “Astiz, Alfredo s/nulidad” (reg. 17.491), entre otros. Sobre el desarrollo de esta jurisprudencia, puede consultarse Mattarollo, Rodolfo “La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, núm. 0, 2001, pp. 93-135.

33. Todos estos precedentes se referían a casos no amparados por las normas de impunidad. Ello, hasta el dictado del fallo en el Caso Poblete resuelto el 6 de marzo de 2001.

3. El Caso Poblete y la declaración de invalidez de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida

34. La investigación de los hechos que afectaron a la familia Poblete atravesó varias instancias. Las desapariciones de José Poblete, de Gertrudis Hlaczik y de la hija de ambos, Claudia Victoria Poblete, fueron objeto del informe elaborado por la Conadep¹⁹ y fueron incluidas entre los casos seleccionados por la fiscalía en el juicio seguido ante la Cámara Federal a los miembros de las tres primeras juntas militares.

35. En ese juicio se tuvo por acreditado que entre los días 27 y 28 de noviembre de 1978 se produjeron los secuestros de José Poblete, de Gertrudis Hlaczik y de su hija de ocho meses de edad. Asimismo, se consideró probado que el matrimonio fue mantenido en cautiverio en dependencias de la Policía Federal Argentina, fuerza que dependía operativamente del Primer Cuerpo del Ejército.²⁰

36. La sentencia concluyó con la condena de Roberto Eduardo Viola, comandante del Ejército al momento de los hechos, a quien se le atribuyó responsabilidad por la privación de la libertad de José Poblete y de Gertrudis Hlaczik. La Cámara, en cambio, no tuvo por probados los tor-

¹⁹ Cfr. Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca más*, 5a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1984, pp. 341 y ss. La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep) fue creada por el presidente de la nación mediante el decreto 187/83 (B.O. 19/12/83). Tenía por objeto esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas. Para ello, podía recibir denuncias, pruebas y solicitar información a los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo. El decreto de creación otorgaba a la Comisión un plazo de 180 días para realizar un informe final y expresamente preveía que no podía “emitir juicios sobre hechos y circunstancias que constituyen materia exclusiva del Poder Judicial”, artículo 2o. *Nunca más* es el título con el que fue editado el informe final de la Conadep.

²⁰ Cfr. Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal dictada el 9 de diciembre de 1985 *in re* “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del P.E.N”, registrada en Fallos-CSJN, 309, 5. Los casos de Gertrudis Hlaczik y José Liborio Poblete aparecen en la sentencia como casos núms. 93 y 94 (véase Fallos-CSJN, 309, 500 y ss.).

mentos que, según la acusación de la fiscalía, había sufrido José Poblete. Con relación a la sustracción de la niña, la Cámara Federal consideró en su sentencia que la sustracción de menores no había formado parte del plan sistemático puesto en marcha por el gobierno militar y, en consecuencia no imputó esos hechos a los comandantes sometidos a proceso. Roberto Eduardo Viola se encontraba cumpliendo la pena cuando fue indultado por el presidente Menem el 29 de diciembre de 1990.²¹

37. Por su parte, la investigación para determinar la responsabilidad penal de las personas que integraban la cadena de mando y la de quienes habían intervenido directamente en los hechos continuó a cargo de la Cámara Federal de la Capital Federal hasta el dictado de las sucesivas normas de impunidad.

38. Una nueva etapa en la investigación del caso comenzó en el año 1998, cuando la madre de José Poblete formuló una denuncia en la que afirmaba que su nieta se encontraba en poder de un militar retirado y de su esposa, y, además, que la identidad de la niña había sido alterada ya que figuraba en los registros públicos como hija biológica de este matrimonio.

39. Luego de la producción de varias medidas de prueba con las que se determinó la veracidad de la denuncia, se restableció la verdadera identidad de Claudia Victoria Poblete. El juez Gabriel Cavallo, a cargo de la investigación, atribuyó responsabilidad por el hecho al matrimonio mencionado. Posteriormente, dictó el procesamiento de dos personas que habrían integrado el “grupo de tareas” que llevó a cabo el secuestro de Gertrudis Hlaczik y su hija y las condujo al centro clandestino de detención denominado “El Olimpo”.

40. La imputación formulada en ese entonces a estas dos personas se circunscribió a su participación en la sustracción, retención y ocultación de la niña, delitos expresamente excluidos de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida. Estas leyes, sin embargo, impedían que se les formulara a dichas personas una imputación por los delitos cometidos en perjuicio de José Poblete y de Gertrudis Hlaczik.

41. Es aquí cuando surge, para el juez, la necesidad de pronunciarse respecto de un planteo de invalidez de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida formulado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), institución que previamente había sido aceptada como parte

²¹ Cfr. decreto 2741/90.

querellante en el proceso al considerarse que, en su calidad de organismo de promoción y tutela de los derechos humanos, tenía un interés legítimo en el impulso de la investigación criminal.

42. La intervención del CELS en el proceso revela dos circunstancias que merecen ser destacadas. En primer lugar, que haya sido un organismo de derechos humanos quien formuló el planteamiento contra la validez de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, muestra una vez más el papel fundamental que cumplen las organizaciones no gubernamentales en la protección efectiva de los derechos humanos. Por otra parte, el reconocimiento de la calidad de parte querellante a un organismo de derechos humanos refleja la evolución que se observa en los criterios con los que se evalúa la legitimidad de los sujetos para actuar en juicio. Se debe recordar que durante la primera etapa posterior al cambio de régimen, ni siquiera se reconoció el carácter de parte querellante a las víctimas directas de la represión ilegal. Ahora bien, ¿qué es lo que se resuelve en el fallo del 6 de marzo pasado?

43. Por un lado, continuando la senda de los precedentes mencionados anteriormente, el fallo desarrolla los argumentos en virtud de los cuales los hechos deben ser juzgados en su carácter de crímenes contra el derecho de gentes. Por otro, manifiesta los motivos que conducen a declarar la invalidez de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.

44. En cuanto al primero de estos aspectos, se expresa que los hechos que afectaron a la familia Poblete no deben ser analizados de manera aislada sino en el contexto en el que ocurrieron. Teniendo en cuenta que fueron cometidos por agentes estatales en el marco de un plan sistemático de represión política implementado desde el gobierno, se estima necesario para la correcta valoración del caso incorporar al análisis jurídico aquellas normas del derecho internacional público que se refieren a los crímenes contra el derecho de gentes, en particular el llamado *derecho penal internacional*.

45. Para determinar el contenido concreto de las normas del derecho penal internacional, se revisa la evolución que ha seguido esa disciplina, sobre todo, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Se hace hincapié en la trascendencia que la cuestión tiene para la comunidad internacional en su conjunto; en la limitación al concepto de soberanía estatal que se observa desde la creación de las Naciones Unidas y en particular desde la consolidación de un conjunto de normas imperativas (*ius*

cogens) que rigen más allá e, incluso, en contra de la voluntad de los Estados individuales; en la prohibición por parte del derecho penal internacional de ciertas prácticas que se consideran lesivas de toda la humanidad; en el principio de responsabilidad individual frente al derecho internacional; en la obligación de investigar y sancionar a los autores de esas conductas; en el principio de jurisdicción universal; en la obligación de juzgar o extraditar (*aut dedere, aut judicare*) y se define, en suma, una especie de “estatuto jurídico” impuesto por el derecho penal internacional para las conductas que éste declara punibles.

46. Concretamente, el fallo califica a los hechos en análisis como “crímenes contra la humanidad” teniendo en cuenta la tipología de crímenes de derecho internacional que se consolidó a partir de los procesos de Nuremberg.²²

47. En cuanto a la posibilidad de los jueces nacionales de aplicar el derecho de gentes, se sostiene que ello surge tanto del carácter imperativo (*ius cogens*) que tienen las normas que prohíben los crímenes contra la humanidad, cuanto del reconocimiento que la propia Constitución nacional hace de los crímenes contra el derecho de gentes.

48. En efecto, el artículo 118 de la Constitución argentina dispone que los juicios criminales se llevarán a cabo en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito, “pero cuando éste se cometa fuera de los lí-

²² En el fallo se citan diversas fuentes que prueban la existencia en el derecho penal internacional de la prohibición de los llamados “crímenes contra la humanidad” con anterioridad a la comisión de los hechos. Entre las fuentes citadas se encuentran el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (artículo 6 c) del 8 de agosto de 1945; la Ley 10 del Consejo de Control Aliado del 20 de diciembre de 1945; las resoluciones 3 (I), sobre Extradición y Castigo de Criminales de Guerra y 95 (I) sobre Confirmación de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, aprobadas por Asamblea General de la ONU el 13 de febrero y el 11 de diciembre de 1946, respectivamente; la Resolución 177 (II) sobre Formulación de los Principios Reconocidos en el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, adoptadas el 21 de noviembre de 1947; los Principios de Nuremberg, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los lesa humanidad de 1968. Con ello se satisface el principio de legalidad del derecho penal internacional en cuanto a la previa prohibición de las conductas incluso para quien sostenga que la costumbre no es suficiente si no está recogida en un instrumento escrito. Cfr., en este sentido, Gil Gil, Alicia, *Derecho penal internacional*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 88 y ss.

mites de la nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.²³

49. Esta norma se encuentra en la Constitución nacional desde el momento de su sanción en el año 1853, cuando nuestros constituyentes dejaron expresado en ese artículo un claro compromiso con la ley de las naciones para juzgar los crímenes que la vulneren, incluso cuando el hecho suceda fuera del territorio argentino (jurisdicción extraterritorial). En el fallo se afirma que la fórmula “delitos contra el derecho de gentes” contenida en la Constitución, por ser una cláusula abierta y por referirse a una materia en continua evolución, debe ser interpretada dinámicamente, esto es, de acuerdo al contenido que el derecho de gentes revele en cada época.

50. De este modo, teniendo en cuenta la evolución jurídica que se ha registrado luego de la Segunda Guerra Mundial en materia de crímenes contra el derecho de gentes, no cabe sino concluir que la norma constitucional mencionada comprende, desde hace décadas, el juzgamiento de los crímenes contra la humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra. Ellos son, desde entonces, los principales crímenes contra el derecho de gentes.

51. El reconocimiento de los crímenes contra la humanidad (así como del resto de los crímenes contra el derecho de gentes) y la competencia de los jueces nacionales para juzgarlos surge, entonces, de la propia Constitución nacional.²⁴

52. Conforme a esa interpretación, los crímenes cometidos en el marco del sistema clandestino de represión deben ser juzgados por los tribunales nacionales en su carácter de crímenes contra la humanidad.

²³ El artículo 118 de la Constitución nacional (originariamente, artículo 102), ubicado en el capítulo relativo a las “Atribuciones del Poder Judicial”, dispone: “Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

²⁴ De acuerdo con esta interpretación, el artículo 118 Constitución nacional dispone que cuando el delito (común o contra el derecho de gentes) suceda dentro del territorio argentino, el juicio deberá realizarse en la misma provincia donde se haya cometido (*forum delicti commissi*). Cuando, en cambio, se trate de un delito contra el derecho de gentes que ocurra fuera de nuestro país, los tribunales nacionales ejercerán jurisdicción extraterritorial y el juicio se realizará en el lugar del territorio argentino que determine una ley del Congreso.

53. Con relación al modo de juzgar estos crímenes, el fallo entiende que los tipos penales previstos en la ley argentina son perfectamente aplicables para subsumir las conductas que deban juzgarse en cada caso particular y para determinar las penas que deban imponerse. En este sentido, se recuerda que los crímenes contra la humanidad cometidos durante el gobierno militar importaron múltiples actos ilícitos tales como privaciones de libertad, torturas, homicidios, etcétera, que estaban abarcados por los tipos penales vigentes al momento de su comisión. En el fallo se parte de la premisa de que

...cuando los tipos penales vigentes en la ley local capten las conductas que son delictivas a la luz del derecho de gentes, lo natural es que los hechos se subsuman en esos tipos penales y se apliquen las penas que tienen previstas. Ello no sólo no contradice ningún principio del derecho internacional sino que, por el contrario, permite cumplir acabadamente sus fines, al hacer posible el juzgamiento y la sanción punitiva de los responsables de los crímenes contra la humanidad. Esta subsunción en tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas en análisis (cuestión que establece el derecho de gentes a través de normas *ius cogens*) ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les cabe por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes.²⁵

54. Entre esas consecuencias, se señala, claro está, la no sujeción de los crímenes contra la humanidad a plazo alguno de prescripción.²⁶ En virtud de esta regla no serían aplicables al juzgamiento de crímenes contra la humanidad los plazos de prescripción que eventualmente estuvieran previstos en la legislación nacional para los delitos comunes.

55. Por otra parte, cabe referirse a la decisión de declarar la invalidez de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida. En el caso, dichas normas impedían formular una imputación penal por el secuestro y las torturas que habían sufrido José Pobleto y Gertrudis Hlaczik. Según la Ley de Punto Final, debía considerarse que las acciones penales habían

²⁵ Cfr. punto IV, B del fallo citado.

²⁶ En el fallo se afirma, sobre la base de diversas fuentes, que la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad como norma del derecho internacional general ya regía para 1976 (véase punto IV, C, 1 del fallo mencionado).

fenecido y, en virtud de la Ley de Obediencia Debida, debía considerarse que los ex miembros de las fuerzas de seguridad no eran punibles.²⁷

56. Sin embargo, el juez afirma que las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida son violatorias de varias obligaciones internacionales que surgían para la República Argentina de instrumentos internacionales suscritos con anterioridad a la sanción de las leyes en cuestión. Para ello, se remite a la interpretación de los propios órganos de aplicación de esos instrumentos internacionales.

57. En efecto, respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostiene desde el Caso Velásquez Rodríguez²⁸ que las obligaciones de investigar las violaciones de los derechos humanos y de sancionar a sus autores se derivan del deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención (artículo 1.1).

58. Esta interpretación de la Corte IDH fue recogida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al analizar, en 1992, la compatibilidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida con

²⁷ La ley 23.492 (B.O. 29/12/86) disponía en su artículo 1.º: “Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebelión, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley”. Por su parte, la Ley 23.521 (B.O. 9/6/87) establecía: “artículo 1. Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revisaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10, punto 1 de la Ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida... En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad”. El artículo 10.1 de la Ley 23.049 mencionado en el texto de las leyes “se refiere a los delitos cometidos por personal de las fuerzas armadas y de seguridad, entre el 24 de marzo de 1976 y el 26 de septiembre de 1983, en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir al terrorismo”. Cabe aclarar que las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida fueron derogadas por la Ley 24.952 (B.O. 17/4/98). Sin embargo, pese a tal derogación, las normas de impunidad conservarían efectos ultractivos por tratarse de leyes más benignas para los imputados y, en consecuencia, deberían aplicarse. Es por ello que sólo pueden dejar de surtir efectos jurídicos si se las considera inválidas.

²⁸ *Cfr.* el Caso Velásquez Rodríguez, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4. Véase especialmente el párrafo 166.

las disposiciones del tratado. En esa oportunidad, además de la violación al deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1), la CIDH sostuvo que las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida eran violatorias de las garantías judiciales (artículo 8.1) y del derecho a la protección judicial (artículo 25.2) que surgen del Pacto de San José de Costa Rica, e incompatibles con el “derecho de justicia” consagrado en el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre.²⁹

59. En el fallo dictado en el Caso Poblete se afirma también la violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, se cita la opinión del Comité de Derechos Humanos, expuesta en el Comentario sobre Argentina del 5 de abril de 1995, cuando expresó que las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida “niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos ocurridas durante el periodo del gobierno autoritario un recurso efectivo, en violación de los artículos 2o. (2,3) y 9o. (5) del Pacto”.³⁰

²⁹ Cfr. CIDH, Informe núm. 28/92; Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, del 2 de octubre de 1992. Sobre la fuerza obligatoria de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y las facultades de la Comisión con relación a ella, véase CIDH, Resolución 23/81, Caso 2141, resuelto el 6 de marzo de 1981.

³⁰ Cfr. U.N. Doc. CCPR-/C/79/Add.46 (1995). El Comité agrega que “...ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención de personas extrajudicialmente, incluyendo niños. El Comité expresa su preocupación de que el indulto como así también las amnistías generales puedan promover una atmósfera de impunidad por parte de los perpetradores de violaciones de derechos humanos provenientes de las fuerzas de seguridad. El Comité expresa su posición de que el respeto de los derechos humanos podría verse debilitado por la impunidad de los perpetradores de violaciones de derechos humanos”. El Comité, sin embargo, había rechazado con anterioridad unas comunicaciones en las que se cuestionaba el dictado de las leyes 23.492 y 23.521. Allí sostuvo que el derecho a interponer un recurso exige que se haya establecido previamente la violación de un derecho del Pacto. Al analizar dichas comunicaciones consideró que los hechos que pudieron haber constituido violaciones al Pacto ocurrieron antes de que entrara en vigor para Argentina (8 de noviembre de 1986). En consecuencia declaró que las comunicaciones eran inadmisibles *ratione temporis*. Recordó, empero, que con relación a “las violaciones que hubieran tenido lugar o siguieran produciéndose después de la entrada en vigor del Pacto”, el Estado parte tiene la obligación de investigar y de proporcionar recursos legales a las víctimas o familiares. En la opinión individual agregada a esas decisiones, se puntualiza que con relación a las desapariciones forzadas que se iniciaron con anterior-

60. En tercer término, se afirma que las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida frustran el objeto y fin de la Convención contra la Tortura en violación al artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En efecto, ambas leyes fueron sancionadas pocos meses después de que el Estado argentino ratificara la Convención contra la Tortura mediante la cual los Estados signatarios asumieron el compromiso de perseguir penalmente los actos de tortura y de aplicar sanciones penales a los responsables. Con la sanción de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida la República Argentina hizo precisamente lo contrario: impidió completar las investigaciones y dejó impunes a los autores de innumerables actos de tortura oficial.

61. La Convención contra la Tortura entró en vigor dieciocho días después de la sanción de la Ley de Obediencia Debida. Es por ello que cuando el tema fue llevado ante el Comité de Derechos Humanos éste

ridad a la entrada en vigor y respecto de las cuales el asesinato de la persona es una hipótesis entre varias, de modo que no es posible descartar que la violación haya continuado después de la entrada en vigor del Pacto, la jurisprudencia del Comité establece que existe una obligación de investigar en virtud del artículo 2o. del PIDCyP; *cfr.* Comunicaciones núms. 275/1988 y 343, 244 y 345/1988, del 26 de marzo de 1990, 38 periodo de sesiones.

Particularmente interesante, y tal vez trasladable a casos ocurridos en Argentina, resulta lo resuelto por el Comité en el caso *Elena Quinteros Almeida vs. Uruguay*, dado que allí consideró que los sufrimientos de la madre de la persona desaparecida ocasionados por la continua incertidumbre sobre el destino de su hija constituían una violación al artículo 7o. del PIDCyP. *Cfr.* Communication núm. 107/1981 (17 de septiembre de 1981), en U.N. Doc. Supp. núm. 40 (A/38/40) (1983), p. 216.

También cabe destacar lo dispuesto por el Comité en la “Observación general 20-Artículo 7” (44 periodo de sesiones, 1992), al señalar que “en relación con la aplicación del artículo 7o., no basta con prohibir ese trato o castigo o con declararlo delito. Los Estados partes deberán informar al Comité sobre las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole que adopten para prevenir y castigar los actos de tortura, así como los tratos crueles, inhumanos y degradantes, en todo el territorio sometido a su jurisdicción”. Agrega, asimismo: “El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible”.

Asimismo, sobre la incompatibilidad de las amnistías con el artículo 2o. del PIDCyP, véase CCPR/C/79/Add.67, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú. 25/07/96”, donde se descalifican las mismas leyes de amnistía dictadas por Perú que también fueron analizadas por la Corte IDH en el Caso Barrios Altos.

manifestó que los planteos eran inadmisibles *ratione temporis*: las leyes no podían violar la Convención si ésta no estaba en vigor. Sin perjuicio de ello, el Comité cuestionó duramente la actitud del Estado argentino y manifestó que la sanción de las leyes era incompatible “con el espíritu y los propósitos de la Convención”.³¹

62. Sobre esta base, se afirma en el Caso Poblete que las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, si bien no pueden ser consideradas una violación directa de la Convención contra la Tortura, sí constituyen el incumplimiento de la obligación internacional que se deriva del artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que impone a los Estados el deber de abstenerse de realizar actos que frustren el objeto y fin de un tratado que hayan suscrito.

63. En suma, en el fallo se expresa que las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida son contrarias a las normas internacionales mencionadas y, en consecuencia, se declara su invalidez a efectos de asegurar la primacía de los tratados internacionales. Con ello, las leyes dejan de producir efectos jurídicos en el caso y, por ende, dejan de constituir obstáculos para completar la investigación penal e imponer las sanciones penales que correspondan en caso de condena.

64. Finalmente, en el Caso Poblete se aplica la doctrina del artículo 29 de la Constitución nacional que fuera utilizada luego del cambio de régimen para dejar sin efecto la “autoamnistía”. Según dicha doctrina, no pueden ser amnistiados los delitos cometidos en el marco del ejercicio de la suma del poder público o de facultades extraordinarias y que impliquen que el honor, la fortuna o la vida de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna.³²

³¹ Cfr. UN Doc. CAT/C/3/D/1, 2 and 3/1988, Comunicaciones núms. 1/1988, 2/1988 y 3/1988, 23 de noviembre de 1989. El Comité expresa en los considerandos de su decisión: “Con respecto a la prohibición de la tortura, el Comité recuerda los principios del fallo del Tribunal Internacional de Nuremberg y se refiere al artículo 5o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al artículo 7o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que constituyen ambas normas de derecho internacional reconocidas por la mayor parte de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, entre ellos la Argentina. Por lo tanto, ya antes de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura, existía una norma general de derecho internacional que obligaba a los Estados a tomar medidas eficaces para impedir la tortura y para castigar su práctica” (véase párrafo 7.2, sin destacar en el original).

³² La doctrina del artículo 29 de la Constitución nacional fue utilizada por el Congreso de la Nación al sancionar la Ley 23.040 mediante la cual derogó y declaró la nulidad

4. *Situación actual y perspectivas jurídicas de la persecución penal de la criminalidad de Estado en Argentina*

65. Luego del fallo dictado en el Caso Poblete se han producido otros pronunciamientos relevantes en la materia. Apenas ocho días después del fallo dictado por el juez Cavallo, se conoció la sentencia emitida por la Corte IDH en el Caso Barrios Altos.³³ Allí la Corte IDH afirmó de modo categórico que

...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.³⁴

66. Este fallo continúa el camino iniciado en “Velásquez Rodríguez” y ratifica lo sostenido reiteradamente por la CIDH acerca de la incompatibilidad con la CADH de las leyes de amnistía o disposiciones similares que tengan por efecto impedir la investigación de graves violaciones de los derechos humanos y consagrar la impunidad de los responsables. Aunque los hechos a los que se refiere el Caso Barrios Altos fueron cometidos bajo el mismo gobierno que dictó las leyes de amnistía, y por ende se trata de una “autoamnistía”, lo expuesto por la Corte IDH en Barrios Altos no deja dudas acerca de que la doctrina que emana de ese fallo es también aplicable para casos de amnistías dictadas por gobiernos que pretendan dejar impunes violaciones graves de los derechos humanos cometidas por un gobierno o régimen anterior.³⁵

insanable de la “autoamnistía”. También fue utilizada, aunque con matices diversos, en los fallos que convalidaron esa derogación y declaración de nulidad (véase fallos citados en nota). Sobre la formulación y alcance de esta doctrina, véase Sancinetti, *op. cit.*, nota 5; y Sancinetti y Ferrante, *op. cit.*, nota 6.

³³ Cfr. Corte IDH, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 73.

³⁴ Cfr. Considerando 41.

³⁵ Cuando la Corte IDH funda la violación a los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la CADH no aparece como algo relevante que sea el propio gobierno responsable de las violaciones de los derechos humanos el que dicta la amnistía. Tampoco surge que ello sea relevante de lo expresado en los votos concurrentes. En el voto del juez Sergio García Ramí-

67. Poco tiempo después, otro juez argentino resolvió declarar la invalidez de las leyes de punto final y de obediencia debida por las mismas razones que las expuestas en el Caso Poblete,³⁶ y, finalmente, el 9 de noviembre de 2001 el fallo dictado en el Caso Poblete fue confirmado por la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal.³⁷ Asimismo, en fecha reciente, un juez federal de la provincia de Salta también se pronunció por la inconstitucionalidad de las leyes mencionadas luego de que el fiscal interviniente en el caso lo solicitara.³⁸

rez, luego de definir la diferencia entre las “autoamnistías” y las “amnistías” (considerando 10), se sostiene que “...esas disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad” (considerando 11). Con posterioridad al fallo aludido, la CIDH emitió la “Interpretación de sentencia de fondo” (3/9/2001), en la que admitió la demanda de interpretación introducida por la CIDH y expresó que lo decidido el 14 de marzo de 2001 en “Barrios Altos” tenía un alcance general, esto es, era aplicable no sólo a la matanza ocurrida el 3 de noviembre de 1991 en el vecindario llamado Barrios Altos sino a la totalidad de los casos a los que se referían las leyes de amnistía cuestionadas. Las leyes mencionadas intentaban consagrar la impunidad para la totalidad de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en Perú entre 1980 y 1995. De este modo, estaban referidas también a actos ocurridos bajo gobiernos anteriores al que sancionó ambas leyes. Por lo tanto, sólo parcialmente eran “autoamnistías”. Lo decidido por la CIDH en su “interpretación de sentencia de fondo” en punto a que lo resuelto en Barrios Altos se aplica a la totalidad de los casos, confirma el valor de su doctrina en relación con las “amnistías”.

Por otra parte, respecto de la incompatibilidad de las “disposiciones de prescripción” con la CADH que la CIDH afirma en Barrios Altos, resta saber si con ello la Corte asume como obligatorio para los Estados parte atenerse a la norma de derecho internacional general que dispone la “imprescriptibilidad” de los crímenes contra la humanidad o si, por el contrario, lo expuesto en la sentencia se refiere exclusivamente a disposiciones de prescripción dictadas por los Estados con la finalidad de impedir la investigación y de consagrar la impunidad de los responsables.

³⁶ *Cfr.* Fallo dictado el 1/10/2001 *in re* “Astiz Alfredo y otros s/ delito de acción pública”, causa núm. 7694/99 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional núm. 11 de la Capital Federal.

³⁷ *Cfr.* Fallo dictado por la Sala II el 9/11/2001 *in re* “Incidente de apelación de Simón, Julio” (reg. 19.192). Al confirmar el fallo dictado por el juez Cavallo, la Cámara Federal afirmó la contradicción de las leyes 23.492 y 23.521 con los tratados internacionales. En cambio, no consideró necesario referirse al argumento basado en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

³⁸ *Cfr.* Fallo dictado el 22 de mayo de 2002 por el juez Miguel Antonio Medina, titular del Juzgado Federal núm. 2 de la Provincia de Salta, *in re* “Denuncia formulada por Fiscalía Federal núm. 2, Barquet, Lucrecia y otros”, expediente núm. 311/2002 de la Secretaría núm. 4 de ese juzgado.

68. Seguramente, en un futuro próximo, estas decisiones serán revisadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si bien este tribunal consideró hace más de una década que las normas de impunidad eran válidas, los fundamentos que ahora se sostienen para cuestionar las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida difieren sustancialmente respecto de los considerados en su momento. Desde un plano estrictamente jurídico, no hay modo de sostener la validez de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida teniendo en cuenta su franca contradicción con los tratados internacionales. Para afirmar la validez de las leyes, debería negarse que esa contradicción exista. Una interpretación semejante no sólo es difícilmente sostenible sino que supondría desconocer la doctrina que ya ha sido expuesta por los órganos de aplicación de esos tratados. Ello implicaría una clara ruptura por parte del Estado argentino de sus compromisos internacionales y seguramente conduciría a su condena internacional.

69. La trascendencia del fallo que deberá emitir la Corte Suprema supera, sin embargo, la cuestión de la validez o invalidez de las leyes de impunidad. Teniendo en cuenta el modo en que está planteada la cuestión, es muy probable que la Corte se vea obligada a pronunciarse sobre aspectos definitorios del ordenamiento jurídico argentino.

70. Desde este punto de vista, habrá que ver en qué medida la aplicación del derecho de gentes, que fuera sostenida tan firmemente en el Fallo Priebke, es mantenida en casos donde los tribunales nacionales deben, ya no extraditar, sino juzgar crímenes contra la humanidad como los cometidos durante la dictadura militar argentina.

71. Resolver esa cuestión requiere, sin duda, de una toma de posición frente al valor del derecho internacional, a la relación entre este derecho y el derecho doméstico y, quizás, hasta suponga una definición respecto del concepto de “soberanía”. El artículo 118 de la Constitución nacional es una norma de inestimable valor para sostener la directa vigencia del derecho de gentes en el orden interno para el juzgamiento de los crímenes que lo vulneran. Sin embargo, esa norma constitucional no resuelve de modo expreso todas las cuestiones que pueden plantearse. En última instancia, la decisión de reconocer la aplicación directa de las normas del derecho internacional público referidas a crímenes contra la humanidad no reposa en la interpretación de esa cláusula constitucional sino, antes bien, en el valor normativo que se le asigne al derecho internacional.

72. Parece estar claro que la idea de soberanía que rigió hasta mediados del siglo XX ya no es sostenible. Han ocurrido modificaciones en el orden jurídico internacional incompatibles con la idea de Estados soberanos.³⁹ La vigencia de normas imperativas y la existencia del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos sólo son posibles en un orden jurídico que no depende de la voluntad de los Estados individuales. Sin embargo, los efectos de ese cambio en la relación entre derecho y Estado no son inmediatos. Tal vez hoy se está atravesando la etapa en la cual el nuevo sistema de fuentes normativas que nace a la par del decaimiento de la soberanía estatal, pugna por ser reconocido en su aplicación concreta por los tribunales nacionales. Ello, sin embargo, depende de la medida en que los jueces reconocen estar vinculados al derecho internacional y a sus normas imperativas; ¿en qué grado reconocen que la “sujeción a la ley” que rige su actuación comprende, ineludiblemente, la sujeción al derecho internacional y, en particular, al derecho internacional que tiende a la protección de los derechos humanos? En suma, ¿en qué medida se admite que el Estado nacional no tiene ya el monopolio de la producción jurídica y que el derecho internacional posee plena capacidad normativa para regular de manera inmediata conductas de los Estados y de los individuos?

73. La aceptación de las bases jurídicas en las que se apoya el fallo dictado en el Caso Poblete, bases que comparte con otras decisiones judiciales, depende en gran medida del reconocimiento de las premisas apuntadas. Es por ello que su ratificación definitiva por la Corte Suprema de Justicia de la Nación no sólo permitiría superar la impunidad que consagran las leyes sino que, para el sistema jurídico argentino, importaría un paso decisivo en el abandono de la concepción voluntarista del derecho.⁴⁰

³⁹ Sobre la imposibilidad de mantener el concepto de “soberanía estatal” (ya sea en su faz de “soberanía interna” como en la de la llamada “soberanía externa”), *cfr.*, entre otros, Ferrajoli, Luigi, “La soberanía en el mundo moderno”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, pp. 125 y ss.; Rawls, John, *El derecho de gentes*, trad. castellana de Hernando Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 93 y ss.; Zuppi, Alberto L., “La noción de soberanía en el nuevo orden internacional”, *El derecho*, Buenos Aires, 1993, pp. 781 y ss., t. 51.

⁴⁰ El juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio A. Cançado Trinidad, nos advierte sobre “...la manifiesta incompatibilidad con el concepto de *jus cogens* de la concepción voluntarista del derecho internacional, la cual no es capaz si-

III. PREGUNTAS DEL INSTITUTO MAX-PLANCK

1. *¿El poder estatal en Argentina denomina su actuar como “delincuencia de Estado” en el marco del Caso Poblete?*

74. La respuesta debe establecer si los propios poderes estatales caracterizan como “delincuencia de Estado” a los hechos cometidos en el marco del sistema de represión impulsado por el gobierno de facto (1976-1983) y, en particular, a los hechos cometidos en perjuicio de la familia Poblete. Para responder el interrogante planteado, se tratará, en primer término, la situación existente a la época de los hechos; luego se analizará la actitud asumida por los poderes estatales a partir de la recuperación del sistema democrático a fines de 1983.

75. Dado que la pregunta se refiere a la denominación de un fenómeno en términos de “delincuencia” (de Estado), la respuesta no puede dejar de considerar el sistema normativo del que depende que, en un momento determinado, un hecho pueda ser calificado o no como “delincuencia”.

76. Desde la perspectiva del sistema jurídico vigente al momento de los hechos, la inmensa mayoría de las conductas desarrolladas en el marco del sistema clandestino de represión constituían hechos delictivos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la dictadura militar mantuvo vigente la legislación penal que prohibía actos como la privación de la libertad, los tormentos, el homicidio, la sustracción de menores, la alteración del estado civil, etcétera. A su vez, el gobierno de facto tampoco sancionó normas que intentaran justificar las acciones cometidas en el marco del sistema clandestino de represión o exculpar a sus autores. En consecuencia, cabe concluir que, desde el punto de vista de las normas

quiera de explicar la formación de reglas del derecho internacional general. En efecto, tal concepción tampoco explica la incidencia de elementos independientes del libre arbitrio de los Estados en el proceso de formación del derecho internacional contemporáneo. Si es por su libre voluntad que los Estados crean y aplican las normas del derecho internacional —como busca sostener aquella concepción— también es por su libre voluntad que los Estados violan estas normas, y la concepción voluntarista de ese modo se revuelve, patéticamente, en círculos viciosos y acrobacias intelectuales, incapaz de proveer una explicación razonable para la formación de normas consuetudinarias y la propia evolución del derecho internacional general” (véase, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade en el Caso Blake, CIDH, Sentencia del 24 de enero de 1998, párrafo 23).

estatales asumidas como vigentes por el propio régimen de facto, las acciones características del sistema clandestino de represión eran conductas criminales cometidas por funcionarios estatales.

77. De lo dicho en el párrafo anterior no se desprende, claro está, que los poderes estatales de la dictadura se hayan referido a los actos cometidos en el contexto del sistema de represión en términos de “delincuencia”. La constatación de que los hechos eran criminales desde la perspectiva de las normas vigentes al momento de su comisión da cuenta de que la estrategia del régimen militar no estuvo dirigida a intentar negar el carácter ilícito de los hechos cometidos. Más bien, la actitud asumida por el gobierno de facto fue la de negar los hechos mismos. Tal como ocurriera en otros países latinoamericanos, la dictadura militar argentina impulsó un sistema de represión clandestino, rasgo que suponía negar y ocultar los hechos y, a la vez, determinaba que fuera imposible —o al menos altamente dificultoso— para el gobierno de facto, dictar normas con el fin de restar criminalidad a la innumerable cantidad de conductas ilícitas que se cometían en el marco dicho sistema de represión.⁴¹

78. Pese a su política de ocultamiento de los hechos, la dictadura militar no podía evitar que las desapariciones de personas fueran denunciadas ante los tribunales. Es por ello que otro elemento que caracterizó a la estrategia del gobierno militar fue el asegurarse que las víctimas y sus familiares no tuvieran posibilidades concretas de recurrir a la protección de los órganos jurisdiccionales. Y, efectivamente, por adicción al régimen o por impotencia, el Poder Judicial de la dictadura no otorgó amparo alguno a las víctimas de la represión ilegal.⁴²

⁴¹ Cabe recordar, sin embargo, que al lado de este sistema clandestino de represión, el gobierno militar utilizó como metodología de represión política la detención prolongada de miles de personas a través de su puesta “a disposición” del Poder Ejecutivo nacional. En estos casos, las detenciones eran ordenadas mediante decretos que pretendían fundarse en la facultad de arresto que la Constitución nacional concede al presidente de la nación en caso de estado de sitio (artículo 23 de la Constitución nacional). Sobre la utilización de esta forma de represión, véase Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 1984, *op. cit.*, nota 19, p. 408.

⁴² El gobierno militar, a través del Acta para el Proceso de Reorganización Nacional, dispuso la remoción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del procurador general de la nación y de los integrantes de los tribunales superiores de las provincias. Asimismo, todos los jueces fueron puestos “en comisión” y todo juez “...para ser designado o confirmado, debió previamente jurar fidelidad a las Actas y objetivos del ‘Proceso’ liderado por la Junta Militar”. Véase Comisión Nacional sobre la Desaparición

79. Puede observarse, entonces, una clara divergencia entre la dimensión estrictamente normativa (según la cual los hechos eran crímenes cometidos desde el Estado) y el plano fáctico, esto es, el de la conducta asumida por los funcionarios del gobierno militar. Mientras que desde el punto de vista de las normas jurídicas formalmente vigentes durante el gobierno militar las conductas llevadas a cabo en el marco del plan sistemático de represión constituían una notoria desviación de expectativas normativas, por otro lado, los poderes estatales negaban los hechos y evitaban referirse a ellos en términos de “delincuencia”.

80. Aunque pueda resultar un tanto paradójico, el momento en que estos dos planos aparecieron menos distanciados fue, tal vez cuando, sobre el final de la dictadura, el gobierno de facto sancionó la llamada Ley de Autoamnistía. A través de esta norma el gobierno militar declaró extinguidas las acciones penales de “todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiera sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado”.⁴³

81. De este modo, aunque más no fuera para procurar la impunidad de los funcionarios públicos involucrados, el poder estatal de facto reconoció la comisión de crímenes en el marco de la que denominaba “lucha contra la subversión”.⁴⁴

82. Una vez producido el cambio de régimen, los poderes estatales no dudaron en definir al sistema clandestino de represión en términos de delincuencia de Estado. Cabe recordar que el mismo día de asunción de las autoridades electas, el presidente de la nación en su mensaje a la Asamblea Legislativa calificó al sistema clandestino de represión de la dictadura como “terrorismo de Estado”.⁴⁵ A su vez, tres días después, al dictar

de Personas, *op. cit.*, nota 19, capítulo III titulado “El Poder Judicial durante el periodo en que se consumó la desaparición forzada de personas”, p. 391 y ss.). No puede omitirse la mención de que el régimen militar persiguió también a muchos abogados, familiares y a personas que se presentaron a denunciar desapariciones ante los tribunales.

⁴³ Véase nota 2.

⁴⁴ Claro que la dictadura no admitía con ello ningún hecho en concreto. Incluso, en lo que se conoció como “Documento final”, el gobierno militar continuó negando la existencia del sistema clandestino de represión basado en el secuestro, la tortura y la desaparición de personas. Véase “Documento final de la Junta Militar sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo”, *Revista Convicción, Suplemento Especial*, 29 de abril de 1983.

⁴⁵ *Cfr.* “Mensaje a la Asamblea Legislativa”, en Sancinetti, *op. cit.*, nota 5, p. 161.

el decreto 158/83, mediante el cual se ordenó someter a juicio sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a los miembros de las tres primeras juntas militares del gobierno de facto, el Poder Ejecutivo describió el plan instrumentado por el gobierno militar y expresó que “...entre 1976 y 1979, aproximadamente, miles de personas fueron privadas ilegalmente de su libertad, torturadas y muertas como resultado de la aplicación de esos procedimientos de lucha, inspirados en la totalitaria «doctrina de la seguridad nacional»”.⁴⁶

83. También la Conadep, creada por decreto del Poder Ejecutivo nacional, luego de reunir numerosos testimonios y pruebas sobre la represión ilegal, concluyó en su informe final que “los derechos humanos fueron violados en forma orgánica y estatal por la represión de las Fuerzas Armadas. Y no violados de manera esporádica sino sistemática, de manera siempre la misma, con similares secuestros e idénticos tormentos en toda la extensión del territorio”.⁴⁷

84. Aunque su misión no era emitir un dictamen jurídico, la Conadep no se privó de realizar una afirmación que tardaría más de una década en ser recogida por los tribunales argentinos: “Y, si bien debemos esperar de la justicia la palabra definitiva, no podemos callar ante lo que hemos oído, leído y registrado; todo lo cual va mucho más allá de lo que pueda considerarse como delictivo para alcanzar la tenebrosa categoría de los crímenes de lesa humanidad”.⁴⁸

85. La existencia y las características del sistema clandestino de represión implementado por el Estado argentino fueron, asimismo, determinadas por el Poder Judicial en diversos procesos iniciados luego del cambio de régimen. El más emblemático de esos procesos judiciales fue el juicio oral y público en el que se juzgó a los miembros de las tres primeras juntas militares y en el que se tuvo por acreditada la implementación, desde las más altas esferas de la autoridad estatal de facto, de un plan sistemático y clandestino de represión ilegal.

86. En suma, cabe concluir que los poderes estatales, una vez finalizada la dictadura militar, denominaron en términos de “delincuencia de Estado” a los hechos criminales ocurridos en el marco del sistema clandestino de represión.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 173.

⁴⁷ *Cfr.* Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *cit.*, nota 19, p. 8.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 7.

87. Esta acertada denominación del fenómeno represivo no ha impedido, sin embargo, que los poderes estatales tomaran diversas decisiones difícilmente compatibles con la actitud que puede esperarse de quien caracteriza los hechos en esos términos. En todo caso, debe quedar claro que esa conducta del Estado argentino no ha respondido a una insuficiente o incorrecta caracterización de los hechos pasados. Dicho de otro modo: la explicación de las razones que han conducido a los poderes del Estado democrático —y, en particular, a los poderes políticos— a tomar decisiones inconsecuentes con la defensa de los derechos humanos no debe buscarse en el hecho de que no se dispusiera de una caracterización correcta de los hechos.

88. Podría plantearse como interrogante el determinar hasta dónde ha mantenido vigencia esta caracterización de la represión política de los años setenta como “criminalidad de Estado” (o “terrorismo de Estado”) luego de que los poderes estatales de la etapa democrática tomaran medidas tales como las sucesivas normas de impunidad (entre las que se destacan la Ley de Punto Final, la de Obediencia Debida y los indultos), la permanencia y el ascenso dentro de las fuerzas de seguridad de personas que habían tomado parte activa en la represión ilegal, el pago a funcionarios de la dictadura de aquellas jubilaciones especiales que, según algunas leyes —de por sí cuestionables— corresponden a quienes hayan ocupado ciertos cargos públicos, etcétera.

89. De todas esas medidas, quizás sea la Ley de Obediencia Debida la que más se ha acercado a un punto crítico, la que más ha puesto en duda la vigencia de la caracterización de los hechos por parte de los poderes estatales en términos de “terrorismo de Estado”. Ello, no sólo por consagrar la impunidad de la inmensa mayoría de los autores de hechos atroces sino, además, por las razones jurídicas en las que fundó esa impunidad (deber de obediencia a órdenes superiores, imposibilidad de advertir la ilegitimidad de esas órdenes y estado de coerción). En palabras de Sancinetti:

se trataba de la declaración, por una ley del Congreso Nacional, de que los subalternos que hubieran cometido cualquier acto, incluso contra la vida y la integridad corporal, ejecuciones por causas políticas y torturas, habían actuado de modo irreprochable, una declaración que quizá represente un hecho único en la historia de las democracias modernas.⁴⁹

⁴⁹ Cfr. Sancinetti, *op. cit.*, nota 5, p. 338.

90. Con todo, es posible mantener la respuesta dada anteriormente, esto es, que los poderes estatales de la etapa posdictatorial han denominado a la represión ilegal en términos de “delincuencia de Estado” y que las medidas apuntadas deben ser vistas, no como la negación de esa caracterización de los hechos, sino como decisiones de gobierno tomadas por los poderes políticos a pesar de contar con una definición correcta de los hechos. En todo caso, lo que tal vez deba meditararse a partir de esta constatación es en qué medida el caracterizar los hechos en términos de “delincuencia de Estado” —o, incluso, de “terrorismo de Estado”— compromete la actuación concreta de los poderes públicos que sostienen esa definición.

91. Resta expresar, finalmente, que el Caso Poblete al que se refiere la pregunta formulada no escapa a esta descripción general. La denominación —por parte de los poderes estatales— de los hechos que afectaron a la familia Poblete en términos de “delincuencia de Estado” se rige, entonces, por los parámetros señalados anteriormente.

2. *¿Cómo se decide sobre las consecuencias de este comportamiento en el derecho penal?*

92. Como ya fuera dicho en la respuesta anterior, durante el periodo de la dictadura militar el Poder Judicial no investigó los hechos ni determinó responsabilidades penales pese a que la legislación formalmente vigente consideraba criminales y punibles las conductas cometidas en el marco del sistema clandestino de represión. Las decisiones en derecho comenzaron a observarse con el cambio de régimen.

93. En cuanto al modo en que se han decidido las cuestiones relativas a la criminalidad de Estado en derecho penal, pueden distinguirse dos enfoques diversos.

94. El primero es el análisis jurídico-penal de las conductas en los términos tradicionales del derecho penal doméstico. Durante la primera década posdictatorial las conductas se analizaron exclusivamente desde la perspectiva de la legislación penal común. Así el carácter delictivo de los hechos, su punibilidad y perseguibilidad, incluida la cuestión de la prescripción de las acciones penales, se determinaron de acuerdo a la ley doméstica argentina.

95. Ya se han mencionado en la primera parte de este trabajo algunas circunstancias que pueden explicar el predominio de esta perspectiva limitada al derecho doméstico en los años posteriores al cambio de régi-

men. Sintéticamente, puede decirse que este enfoque tradicional, al proporcionar herramientas suficientes para que la persecución se llevara a cabo, no se mostraba insuficiente en esa primera etapa. Por otro lado, no se había producido aún el notable proceso ocurrido en los últimos años mediante el cual ha comenzado a advertirse con mayor nitidez el valor normativo del derecho penal internacional.

96. Sólo a partir de este proceso, que se produce a la par del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y de su creciente aplicación en el ámbito interno, es que comienza a abrirse paso en la jurisprudencia argentina un modelo de análisis más amplio. Esta nueva perspectiva intenta analizar los hechos teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y no sólo aquella porción tradicionalmente denominada “derecho penal”. Este modo de mirar la cuestión permite que cobren particular relevancia las normas del derecho penal internacional.

97. Aunque los fallos en los que se sostiene esta perspectiva de análisis presentan diferencias de matices al momento de exponer el modo en que se integran las diversas normas del ordenamiento jurídico, todos ellos coinciden en que la constatación de que los hechos son crímenes contra la humanidad produce consecuencias concretas para su juzgamiento. La principal de esas consecuencias quizás sea, por su relevancia práctica actual, la imprescriptibilidad de las acciones penales.

98. Estos dos distintos enfoques para decidir consecuencias en derecho penal pueden verse en el tratamiento que ha tenido el Caso Poblete a partir del momento en el que los tribunales nacionales comenzaron a juzgar los hechos cometidos por la dictadura militar.

99. Así, mientras que la perspectiva basada exclusivamente en el derecho doméstico fue la que sirvió como modelo de análisis para juzgar la responsabilidad de los miembros de las juntas militares, últimamente el caso comenzó a ser analizado desde la óptica descripta en segundo término. En efecto, en el fallo dictado el 6 de marzo de 2001 se afirma:

Esos hechos, por el contexto en el que ocurrieron, deben ser considerados, a la luz del derecho de gentes, crímenes contra la humanidad. Ello implica reconocer que la magnitud y la extrema gravedad de los hechos que ocurrieron en nuestro país en el período señalado son lesivos de normas jurídicas que reflejan los valores más fundamentales que la humanidad reconoce como inherentes a todos sus integrantes en tanto personas humanas.

En otras palabras, los hechos descriptos tienen el triste privilegio de poder integrar el puñado de conductas señaladas por la ley de las naciones como criminales, con independencia del lugar donde ocurrieron y de la nacionalidad de las víctimas y autores. Tal circunstancia impone que los hechos deban ser juzgados incorporando a su análisis jurídico aquellas reglas que la comunidad internacional ha elaborado a su respecto, sin las cuales no sería posible valorar los hechos en toda su dimensión.

En este sentido, el analizar los hechos exclusivamente desde la perspectiva del Código Penal supondría desconocer o desechar un conjunto de herramientas jurídicas elaboradas por el consenso de las naciones especialmente para casos de extrema gravedad como el presente. Sería un análisis válido pero, sin duda, parcial e insuficiente.⁵⁰

100. Ya se han señalado en la primera parte de este trabajo algunas de las líneas argumentales del fallo referido. Asimismo, se ha explicado también cómo dicho pronunciamiento judicial se nutre de cierta evolución jurisprudencial iniciada algunos años antes y que hoy continúa en pleno desarrollo. Es por ello que tal vez convenga destacar aquí, no ya las similitudes que el fallo tiene con sus precedentes inmediatos, sino un aspecto en el que, quizás, el Caso Poblete resulta innovador.

101. Puede observarse que en varios de los fallos que incorporan la perspectiva del derecho penal internacional ello se hace al momento de decidir la cuestión de la vigencia de la acción penal. En otras palabras, mientras que en relación con la fundamentación de la ilicitud de las conductas se sigue un esquema de derecho penal tradicional, que parte de la verificación de la tipicidad a la luz de las figuras penales del derecho penal doméstico; luego, al plantearse el problema de la prescripción de la acción penal, se introducen los argumentos en virtud de los cuales los hechos serían crímenes contra la humanidad y, como tales, imprescriptibles.

102. Un camino parcialmente diverso se sigue en el fallo dictado el 6 de marzo de 2001 en el Caso Poblete. En él se intenta realizar un análisis jurídico que directamente parta de la consideración de los hechos como crímenes contra la humanidad. Aquí la perspectiva del derecho penal internacional no se introduce ya en medio de —o sobre— un esquema de análisis clásico, sino que dicha perspectiva se intenta sostener como punto de partida para el tratamiento del caso.

⁵⁰ Cfr. punto III del fallo citado; destacado en el original.

103. Es por ello que en el Caso Poblete el juez analiza, en primer término, la criminalidad de las conductas a la luz de las normas imperativas del derecho internacional concluyendo en que son “crímenes contra la humanidad”, luego afirma que deben ser juzgadas en tal carácter, y, sólo allí, postula cuál sería en este esquema de análisis la función de los tipos penales de la ley doméstica. Puede apreciarse entonces que el empleo de los tipos penales locales, que en cualquier análisis jurídico-penal es punto de partida indiscutible, aparece aquí en un momento posterior e, incluso, su utilización, que ya no es evidente, requiere de una cierta justificación.⁵¹

⁵¹ Cfr. punto IV, B del fallo citado. El derecho penal internacional ya define, por sí mismo, la criminalidad de ciertos actos, esto es, que son conductas prohibidas y que les corresponde una pena. Cfr. Gil Gil, *op. cit.*, nota 22, p. 57. La prohibición de esas conductas bajo amenaza de pena no depende entonces de lo que establezcan las leyes domésticas de los Estados. El derecho penal internacional, empero, no define la clase y el monto de pena a imponer (salvo en el estatuto del recientemente creado Tribunal Penal Internacional, aunque sólo rige para los casos que este tribunal decida juzgar y no para todo el derecho penal internacional). Con relación a ello, puede observarse que en los tribunales penales internacionales que han funcionado hasta el momento, el modo de determinar las penas se ha definido *ex post facto*, procedimiento que parece admitirse en el derecho penal internacional. Por otra parte, el derecho penal internacional sí deja librados a los Estados la determinación de la clase y el monto de las penas a imponer cuando los crímenes de derecho internacional vayan a ser juzgados en el ámbito doméstico. Aquí —como también, por ejemplo, en materia procesal o de ejecución de la pena— el derecho penal internacional requiere de la complementación por parte del derecho doméstico. Se plantea, entonces, la cuestión de si el derecho doméstico argentino tiene normas aptas para complementar a las del derecho penal internacional en la determinación de las penas. En la República Argentina, si bien no hay tipos penales específicamente diseñados para que coincidan con exactitud con las descripciones típicas de las figuras del derecho penal internacional (crímenes contra la humanidad, genocidio, etcétera), los tipos penales de la ley doméstica sí tipifican conductas básicas como el homicidio, las torturas, la privación de libertad, las lesiones, etcétera. Estos tipos penales, al tener una descripción más amplia que las figuras del derecho penal internacional, lógicamente incluyen y, por lo tanto, admiten su realización también en los contextos propios de los crímenes de derecho internacional (así, por ejemplo, en el marco de una persecución sistemática y a gran escala contra la población civil implementada desde el Estado). Es por ello que la mayor parte de las conductas que constituyan crímenes de derecho internacional supondrán la realización de acciones típicas de la ley penal doméstica que tienen previstas penas. Por lo tanto, el empleo de los tipos penales locales bien puede servir para determinar la pena correspondiente a los crímenes de derecho internacional y, ello, no sobre la base de una regla creada *ad hoc* o *ex post facto* como la que podría establecer un tribunal internacional sino sobre la base de la ley penal que se encontraba vigente al momento en que el autor realizó su conducta, ley que establecía una escala penal que el autor podía

104. Estas formas de argumentación son variantes que se advierten dentro de una perspectiva de análisis que está en pleno desarrollo en la jurisprudencia argentina y que aún no ha sido suficientemente explorada. De todos modos, sí parece estar claro que la premisa de la que se parte es la concepción del ordenamiento jurídico como un sistema complejo, que presenta diversas fuentes de producción jurídica, tanto nacionales como supranacionales, y que exige un trabajo de integración normativa por parte del intérprete que implica el esfuerzo de superar el modo de pensar el derecho como un orden dividido en “ramas” o áreas estancas.⁵² Así, al enfrentar un caso, el jurista debe tener en cuenta la totalidad de normas que pretenden regular la cuestión otorgando primacía a aquellas que posean mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico. En las decisiones que siguen la línea argumentativa que vengo comentando, las normas imperativas del derecho internacional aparecen en una posición privilegiada⁵³ y, por tal

conocer de antemano. En otras palabras, quien mata o tortura en un contexto tal que su conducta es considerada crimen contra la humanidad, obviamente realiza una acción típica de homicidio o de tortura y, por lo tanto, su acción no cae en un vacío de punibilidad sino que ya tiene “ganada” la pena prevista para el homicidio o la tortura. De este modo, la principal función de la ley penal doméstica podría estar, entonces, en el ámbito de la determinación de la pena. La aplicación de las penas previstas en el derecho penal doméstico no sería sino la necesaria complementación que el derecho penal internacional exige en materia de fijación de penas y, por lo tanto, nada tendría de inconsecuente con él (así como tampoco lo sería la aplicación del régimen procesal local o de las normas sobre ejecución de la pena). Sí, en cambio, sería inconsecuente la aplicación de plazos de prescripción de la ley doméstica dado que en este aspecto el derecho penal internacional ya define por sí mismo la imprescriptibilidad de las acciones penales, definición que tiene carácter imperativo y que no requiere de complementación alguna para ser plenamente aplicable (ello, con independencia de que se estimule la promulgación de normas domésticas en ese sentido). Lo dicho en esta nota —en forma sumamente apretada— requeriría de un tratamiento más detenido que no puede realizarse aquí y, en verdad, merecería un estudio particular teniendo en cuenta la relevancia que estas cuestiones tienen para la decisión de si es posible que los tribunales argentinos juzguen crímenes contra la humanidad (o, en general, crímenes de derecho internacional) sobre la base de la legislación aplicable.

⁵² Si bien esta pauta metodológica puede parecer de toda evidencia, lo cierto es que el modo de razonar el derecho a partir de “compartimentos” rígidos no deja de ser habitual. Sobre la necesidad de articular las normas de diversas fuentes y, en especial, sobre el modo en que ello se realiza en el Caso Poblete, véase Abregú, Martín, “Apostillas a un fallo histórico”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. 14 (en prensa).

⁵³ Cabe observar que en la jurisprudencia argentina a la que se ha hecho alusión, el valor de las normas relativas a los crímenes contra la humanidad se funda, principalmente, en dos argumentos: por un lado, el carácter *ius cogens* de esas normas y, por otro, el

motivo, son aplicadas al momento de juzgar conductas que caen dentro del ámbito de lo que ellas regulan.

105. En síntesis de lo expuesto, dos son los enfoques que se han seguido hasta el momento para tomar decisiones en derecho penal respecto de las conductas cometidas en el contexto del sistema clandestino de represión: uno, tradicional, basado en las normas de derecho penal doméstico, y, otro que trata de incorporar al análisis de los hechos las normas del derecho penal internacional y pretende juzgarlos en su carácter de crímenes contra la humanidad.

3. *¿Los poderes políticos dificultan el curso del proceso?*

106. Tal como ha sucedido en otros países que han encarado procesos de transición luego de la finalización de regímenes autoritarios, también en el caso argentino la cuestión de la persecución penal de la criminalidad de Estado pasada fue considerada por los poderes políticos como parte de su política de gobierno. Como consecuencia de ello, la persecución penal de la etapa postdictatorial estuvo fuertemente signada por la estrategia gubernamental.

107. En efecto, no bien asumió el cargo, el nuevo gobierno puso en marcha una determinada estrategia en materia de persecución penal de

reconocimiento que la propia Constitución nacional hace en su artículo 118 de los delitos contra el *derecho de gentes*. Aunque generalmente aparecen expuestos ambos argumentos, se advierte la tendencia a poner mayor énfasis en el segundo de ellos. Es indudable que el artículo 118 de la Constitución nacional otorga una base positiva ideal para sostener la aplicabilidad en el orden interno de las normas del derecho penal internacional. Sin embargo, debe hacerse notar que el argumento construido sobre la base de esa norma constitucional no deja de ser un fundamento de derecho doméstico argentino. En verdad, el principal argumento debe ser el otro ya que, precisamente, si se pretende que un derecho es imperativo y que rige más allá o con independencia de la voluntad de los Estados individuales, su aplicabilidad y su supremacía no pueden depender del modo en que los diversos derechos domésticos lo reconozcan. Es por ello que un exagerado énfasis en el artículo 118 de la Constitución nacional podría empañar el verdadero alcance de lo que se quiere demostrar: que el valor de las normas imperativas del derecho internacional no depende de la voluntad de los Estados o, lo que es lo mismo, de sus derechos domésticos. Más allá de la cuestión de la jerarquía y aplicabilidad en el orden interno de las normas del derecho penal internacional, el artículo 118 de la Constitución nacional aporta un excelente fundamento para sostener que los tribunales nacionales de la República Argentina tienen jurisdicción respecto de los “delitos contra el derecho de gentes” (incluso cuando éstos se cometan fuera del territorio argentino).

los crímenes cometidos por la dictadura militar. Esta estrategia, que bien puede ser calificada como de “persecución limitada”, se materializó a través de diversas iniciativas a través de las cuales el poder político buscó delimitar un cierto marco de actuación para la actividad jurisdiccional e intentó definir algunas de las características que tendría el proceso de toma de decisiones en derecho.

108. Si bien no cabe efectuar aquí una descripción exhaustiva de la política del gobierno en la materia, sí conviene apuntar que varias de las iniciativas impulsadas por los poderes políticos lograron imponerse y produjeron efectos concretos en el ámbito jurisdiccional. Algunos ejemplos de ello son la derogación de la Ley de Autoamnistía, la atribución de la competencia a los tribunales militares para llevar a cabo las investigaciones y la fuerte restricción a la participación de las víctimas y familiares en el curso de los procesos. Diversas iniciativas tendientes a evitar la responsabilidad penal de los cuadros intermedios e inferiores se vieron frustradas inicialmente hasta que, algún tiempo después, esa intención se concretó a través de la ley 23.521.

109. Dicha ley, conocida como de *Obediencia Debida*, y la Ley 23.492, conocida como de *Punto Final*, fueron los actos más significativos que el poder político realizó, durante el primer gobierno de la etapa posdictatorial, con miras a detener o impedir el avance de la mayor parte de los procesos penales.

110. También el gobierno siguiente dictó normas que tuvieron el efecto de interrumpir procesos penales, esta vez, mediante la forma de decretos de indulto emanados del Poder Ejecutivo nacional en favor de personas que habían ocupado altos cargos en la estructura represiva y que estaban sometidas a proceso.

111. Frente a estos actos normativos de los poderes políticos, el Poder Judicial no ejerció en toda su dimensión el control de su validez jurídica. Si bien existieron impugnaciones judiciales e, incluso, pronunciamientos contrarios a su validez por parte de algunos jueces y fiscales, en última instancia, esas normas impeditivas del curso normal de los procesos fueron considerados válidas por el Poder Judicial.

112. Ahora bien, dejando de lado la cuestión de su invalidez, cabe hacer notar que el impacto que tuvieron las leyes de impunidad en la marcha de los procesos penales superó al que correspondía a su estricto contenido normativo. En efecto, si bien se observa, tanto la Ley de Punto Final cuanto la Ley de Obediencia Debida otorgan inmunidad a las per-

sonas que reúnan las condiciones que cada una de esas leyes determina. En consecuencia, su aplicación en cada caso está condicionada a la verificación procesal de que los posibles beneficiarios de esas normas reúnen efectivamente esas condiciones.

113. De ello se sigue que las normas de impunidad no impedían que el Poder Judicial continuara investigando todos y cada uno de los casos e, incluso, que llegara a individualizar a los probables intervinientes en los hechos. Dichas investigaciones eran necesarias para determinar el universo de participantes en cada hecho y verificar si se cumplían los requisitos para la aplicación de las leyes mencionadas. Sin embargo, en la práctica sucedió que, luego de su sanción, las leyes se aplicaron respecto de algunas personas cuya responsabilidad ya aparecía comprometida en el marco de los procesos en curso, luego de lo cual las investigaciones quedaron de hecho detenidas.

114. Esta parálisis de las investigaciones, en un grado superior al que determinaban las leyes, tal vez sea indicativa de que, en alguna medida, también en el ámbito jurisdiccional las normas de impunidad fueron leídas en clave política, esto es, según su significado o su objetivo político manifiesto (que era el de detener los procesos judiciales) más que como normas cuyo alcance exacto debía desentrañarse mediante la interpretación jurídica.

115. Obsérvese que una estricta interpretación jurídica de las normas de impunidad habría permitido que las investigaciones continuaran su curso en procura de esclarecer las circunstancias de cada caso, eso sí, declarando la exención de responsabilidad de las personas cuya participación en los hechos surgiera de las pruebas recolectadas y siempre que reunieran las condiciones requeridas por las leyes indicadas. De este modo, el conocimiento de los hechos y la satisfacción del derecho a la verdad podría haber tenido lugar, en buena medida, en el curso de los procesos penales ordinarios.⁵⁴

⁵⁴ El interrogante que se pretende plantear es el de hasta qué punto la búsqueda de la verdad, encarada luego mediante los llamados “juicios de la verdad”, no fue posible en virtud de la sanción de las leyes de impunidad. Al menos, según el contenido estricto de las leyes, las investigaciones eran posibles —y necesarias— hasta que surgieran pruebas contra una persona que, por reunir ciertas condiciones, estuviera amparada por las normas de impunidad. Pero, incluso en esa hipótesis, la investigación debía continuar a efectos de aclarar el caso hasta donde fuera posible, procurando determinar la totalidad de participantes en el hecho y verificando en cada caso si cabía o no eximir de responsabili-

116. Hecha esta descripción general en torno del tema planteado por la pregunta, cabe referirse al Caso Poblete. En la primera parte de este trabajo se ha mencionado la incidencia que las normas de impunidad han tenido en la investigación del caso de la familia Poblete. Sintéticamente, se debe recordar que luego de la condena a Roberto Eduardo Viola en el *juicio a los ex comandantes* continuaron desarrollándose las investigaciones tendientes a establecer la responsabilidad de los cuadros dependientes de la Junta Militar hasta que prácticamente se detuvieron luego del dictado de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida y de los indultos presidenciales.

117. Algunos años después, las leyes mencionadas también se interpusieron como obstáculos jurídicos en el curso del proceso iniciado con motivo de la averiguación de la identidad de una persona que aparecía como probable hija biológica de José Poblete y Gertrudis Hlaczik. Aquí las leyes impedían la imputación a los miembros de las fuerzas de seguridad que habrían participado en la desaparición forzada del matrimonio Poblete. El juez a cargo de la investigación, haciendo lugar a la petición formulada por el CELS, organismo que había sido aceptado como parte querellante, declaró inválidas a las leyes mencionadas sobre la base de su contradicción con normas del derecho internacional de los derechos humanos y de la Constitución nacional. Con esta resolución judicial, se removieron los obstáculos impuestos por los poderes políticos para el normal desarrollo del proceso. La decisión fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones y aún resta el pronunciamiento que deberá emitir la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

118. Luego de la declaración de invalidez de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida no se han conocido otros actos de los poderes políticos tendientes a impedir el desarrollo de los procesos penales en nuestro país.⁵⁵

dad penal a esas personas en virtud de la aplicación de las leyes mencionadas. Es dable preguntarse, entonces, si mediante este camino no habría podido establecerse la verdad a través de los procesos penales ordinarios.

⁵⁵ Si han existido actos tendientes a impedir los procesos en otros países. Así, varios pedidos de extradición fueron rechazados por el Poder Ejecutivo. Es más, se ha dictado un decreto —que aún continúa vigente— donde se anuncia que los pedidos de extradición serán rechazados en el futuro (véase nota 12).

4. *¿Cómo se aprecian las consecuencias de lo decidido en el Caso Poblete para el proceso de transformación?*

119. Se ha hecho referencia en la primera parte de este trabajo a la repercusión que la decisión tomada en el Caso Poblete el 6 de marzo de 2001 y el resto de los pronunciamientos judiciales que se han observado últimamente en la jurisprudencia argentina pueden tener para la definición de cómo se concibe el ordenamiento jurídico vigente. En este sentido, se ha señalado que la decisión que deberá tomar la Corte Suprema de Justicia de la Nación trasciende la cuestión puntual de la validez o invalidez de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida y se extiende a cuestiones sumamente complejas y profundas como los límites a la soberanía jurídica de los Estados nacionales, el valor normativo del derecho internacional, en especial el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, el modo en que se integran los diversos sectores del ordenamiento jurídico, etcétera.

120. Con independencia de esta repercusión que la decisión de la Corte pueda tener para todo el ordenamiento jurídico, es claro que la confirmación de los fallos que sostienen, por un lado, que las leyes de Punto Final y Obediencia Debida son inválidas y, por otro, que los delitos cometidos por la dictadura militar deben ser juzgados en su carácter de crímenes contra la humanidad, traería como consecuencia inmediata la posibilidad de reabrir los procesos penales que en su momento fueron paralizados,⁵⁶ de iniciar nuevas investigaciones por hechos que nunca fueron investigados y, claro está, de juzgar y sancionar penalmente a las personas que sean halladas culpables.

121. Si ello sucede, los tribunales argentinos nuevamente estarán abiertos para quienes, pese a haber sido víctimas de hechos atroces y aberrantes cometidos desde el Estado dictatorial, no tuvieron acceso pleno a la justicia tampoco durante el régimen democrático.

⁵⁶ Con relación a la posibilidad de reanudar investigaciones que han sido paralizadas (en muchos casos, detenidas de hecho) pueden presentarse diversas situaciones frente a la “cosa juzgada” y a la garantía contra la doble persecución (*ne bis in idem*). Ello obligaría a precisar cuáles son los límites admisibles de la cosa juzgada y de la garantía mencionada en supuestos donde la conclusión del proceso se reputa violatoria de un derecho fundamental. *Cfr.* sobre ello, Garrido, Manuel, “La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la CADH: la cuestión de la cosa juzgada”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, núm. 0, 2001, pp. 153-174.

122. Más allá de estas consecuencias, que sólo se apuntan brevemente, cabe referirse aquí a la relevancia que pueden tener decisiones como las tomadas en el Caso Poblete en la relación entre “política” y “derecho”, punto de interés para la investigación que lleva adelante el Instituto Max-Planck sobre los procesos de transformación.

123. Al respecto, debe decirse que si bien todo el proceso de toma de decisiones en derecho durante la etapa posdictatorial estuvo condicionado por la conducta activa de los poderes políticos, el momento más crítico de esta relación se produjo con el dictado de las normas de impunidad.

124. Mediante estas normas, los poderes políticos decidieron interferir en el proceso de toma de decisiones en derecho al sustraer del ámbito de la jurisdicción las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar. A pesar de las impugnaciones planteadas en su momento, el Poder Judicial convalidó esas normas entendiendo que lo decidido quedaba dentro del ámbito de facultades propias de los poderes políticos. En otras palabras, se afirmó que no existían límites jurídicos para la decisión de impedir el curso normal de los procesos penales por graves violaciones de los derechos humanos ni para consagrar en forma masiva la impunidad de sus autores y partícipes. De este modo, no se advirtió, en el dictado de las normas de impunidad, conflicto alguno entre decisión política y derecho.

125. Por el contrario, los recientes pronunciamientos judiciales que declararon la invalidez de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida sientan el principio opuesto. Sostienen la existencia de límites jurídico-materiales que impiden a los poderes políticos tomar esas decisiones y afirman que son esos límites jurídicos los que deben prevalecer.

126. Lo que está en juego, entonces, es hasta dónde llega el ámbito de lo “decidible” políticamente. Si bien lo natural dentro de un sistema republicano es que los órganos políticos —como expresión de la voluntad popular— tengan capacidad de tomar decisiones de gobierno, también es cierto que hay aspectos que se entienden sustraídos a la decisión política.⁵⁷

⁵⁷ Ello ocurriría, por ejemplo, respecto de los “derechos fundamentales” en opinión de Ferrajoli: “Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia políti-

¿La posibilidad de interrumpir las investigaciones criminales de graves violaciones de los derechos humanos —que constituyen, además, crímenes contra la humanidad— queda dentro del terreno de lo “decidible” políticamente o, al contrario, está más allá de una frontera insuperable para los poderes políticos?

127. Como puede verse, la jurisprudencia argentina ha dado, hasta el momento, dos respuestas diversas y aún está en discusión cuál de ellas prevalecerá.

128. La invalidación de las normas de impunidad implica la recuperación —para sí y sólo para sí— por parte del derecho de un ámbito que, años atrás, se había reconocido como sujeto a la injerencia de la decisión política. Si este punto de vista se impone, está claro que el derecho habrá restringido el ámbito de lo “decidible” políticamente en materia de persecución penal de graves violaciones de los derechos humanos.

129. Desde la perspectiva institucional, cabe observar que si las normas de impunidad sancionadas por los poderes políticos sustrajeron ciertos hechos del conocimiento de los jueces, del ámbito de la toma de decisiones en derecho, ahora el Poder Judicial se vuelve a apropiarse de esos hechos, los coloca nuevamente como objeto susceptible de decisión jurídica y, más importante aún, niega a los poderes políticos la facultad de interferir en ello.

130. Ahora bien, ¿cabe extraer de la circunstancia de que se hayan dictado estas resoluciones judiciales que acotan el ámbito de lo políticamente “decidible” la conclusión de que ellas reflejan un cambio sustancial en la relación entre los poderes políticos y el proceso de toma de decisiones en derecho? En el programa de presentación del coloquio “Estado de Derecho y Delincuencia de Estado en América Latina”, se utiliza la figura del “sismógrafo” para describir el papel que puede cumplir el tratamiento de la criminalidad de Estado pasada como indicador de la relación “poderes políticos-toma de decisiones en derecho” dentro

ca, como por lo demás el mercado, se identifica con la esfera de lo decidible, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecidible que y de lo indecidible que no; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 39, pp. 23 y ss.

de un proceso de transformación. Y, en efecto, el problema del tratamiento jurídico de la criminalidad de Estado pasada es normalmente un tema de especial interés para todo gobierno posterior al cambio de régimen. Ello lleva a que a las autoridades políticas intenten definir una cierta estrategia al respecto que en la mayoría de los casos supone la pretensión de modelar el proceso de toma de decisiones en derecho e incluso de no permitir que tales decisiones se tomen. En consecuencia, parece estar totalmente justificada la idea de que la cuestión de la criminalidad de Estado puede servir como barómetro para medir la relación “poderes políticos-toma de decisiones en derecho” dentro de un proceso de transformación.

131. Sin embargo, debe considerarse también la posibilidad de que con el correr de los años el tratamiento de la criminalidad de Estado disminuya esta cualidad de servir como ámbito particularmente representativo del estado de la relación mencionada.

132. En el caso argentino, por ejemplo, ya han pasado casi dos décadas desde el momento en que se produjo el cambio de régimen y cerca de quince años desde el dictado y convalidación judicial de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. En ese tiempo se han producido cambios en las condiciones políticas de nuestro país que conducen a que la cuestión de la persecución penal de los crímenes cometidos por la dictadura militar no concite el mismo nivel de atención en los poderes políticos que el que generaba durante los primeros años de la transición y, de este modo, quizás no sea ya un ámbito que se destaque de modo preponderante por sobre otros ámbitos en los que también es posible detectar tensiones en la relación mencionada. Es por ello que una evaluación completa de la actual relación entre los poderes políticos y el proceso de toma de decisiones en derecho en Argentina debería incluir, sin duda, el tema del tratamiento de la criminalidad de Estado pasada, pero no podría dejar de considerar otros ámbitos conflictivos ajenos a esa materia.

133. Como síntesis de lo expuesto, puede concluirse, entonces, que si bien debe ponerse especial énfasis en destacar la enorme trascendencia de los fallos que han declarado inválidas las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, en tanto han propuesto un enfoque jurídico que supera la perspectiva doméstica e impone límites a la decisión política; cabe, sin embargo, relativizar la capacidad de tales resoluciones de reflejar el estado actual de la relación “poderes políticos-toma de deci-

siones en derecho” en la República Argentina o de incidir de modo decisivo en dicha relación.

5. Los derechos humanos, con especial referencia al Caso Poblete, ¿se convierten en argumento de reacciones frente a las decisiones que, tanto en derecho como en política, competen a los poderes estatales? Si es así, ¿quiénes convierten los derechos humanos en tema de sus reacciones y con qué objetivo?

134. Cabe referirse aquí a la función de los derechos humanos como discurso de reacción frente a las decisiones que en materia de tratamiento de la pasada criminalidad de Estado han adoptado los poderes estatales o cuya adopción les incumbe a los poderes estatales.

135. Se ha visto al tratar las preguntas anteriores, que estas decisiones se refieren a la denominación de los hechos ocurridos en el marco del sistema clandestino de represión en términos de “delincuencia de Estado”, a la persecución penal de esos hechos y a los obstáculos impuestos por los poderes políticos al normal desarrollo de los procesos judiciales. Pues bien, debe decirse que con relación a los tres aspectos mencionados los derechos humanos han tenido su función.

136. En primer lugar, la función de los derechos humanos como eje argumental —sostenido básicamente por las víctimas y ONGs— frente a las decisiones tomadas o que debían tomarse desde el Estado en relación con la criminalidad de Estado ha apuntado a que se asumiera que las conductas llevadas a cabo en el marco del sistema clandestino de represión importaron una grosera desviación de expectativas normativas. Incluso, una de las expresiones más utilizadas para denominar a los hechos perpetrados en tal contexto, y que conlleva ya un señalamiento de su ilicitud, es la de “graves violaciones de los derechos humanos”. Esta función que puede reconocerse en el discurso basado en los derechos humanos comprende, desde ya, el intento de que los poderes estatales definan en términos de “delincuencia de Estado” al sistema de represión política impulsado por el último régimen dictatorial.

137. En segundo lugar, tanto las víctimas de la represión ilegal como las organizaciones no gubernamentales que tienden a la tutela de los derechos humanos han impulsado la investigación de los hechos y el juzgamiento de los responsables. Así, frente a la política de ocultamiento y

privación de justicia que caracterizó a la dictadura militar, se alzó la pretensión de verdad y justicia como objetivo indisolublemente ligado a la adecuada rehabilitación y protección de los derechos humanos en nuestro país.⁵⁸

138. En tercer término, el discurso de los derechos humanos ha sido utilizado como reacción frente a los diversos obstáculos que los poderes estatales han impuesto a esa demanda de verdad y justicia; en especial, frente a las normas de impunidad que han sido sancionadas por los poderes políticos.

139. Es claro que el derecho es sólo una porción del conjunto de saberes o enfoques que pueden estar involucrados en un discurso que tenga a los “derechos humanos” como objeto central y ello aun cuando el área de interés se circunscriba a un ámbito más o menos específico como el del tratamiento que debe darse al terrorismo de Estado. Los temas que entran en consideración, así como las instancias sociales e institucionales llamadas a intervenir en la materia, superan el aspecto técnico-jurídico y el proceso de toma de decisiones en derecho. Sin embargo, estas últimas cuestiones han mostrado una especial importancia.

140. En este aspecto, tomando en cuenta lo que ha sucedido con los derechos humanos como discurso jurídico en los últimos años, se ve un notable crecimiento en su capacidad para incidir en el proceso de toma de decisiones en derecho. Entre los factores que deben tenerse en cuenta para explicar dicho fenómeno no puede prescindirse de la notoria evolución que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos como saber jurídico y la mayor jerarquía que se les ha ido reconociendo a las normas de esa disciplina dentro del ordenamiento jurídico interno.

141. Vale recordar que la mayor parte de las decisiones acerca del tratamiento que se le daría en la República Argentina a la criminalidad de Estado pasada ocurrieron dentro de los primeros años posteriores al cambio de régimen, esto es, en una época en la cual los derechos humanos

⁵⁸ Aunque principalmente han sido las víctimas de la represión ilegal y las ONGs quienes han hecho hincapié en los derechos humanos como fundamento de sus “reacciones”, también el poder político, en la primera etapa posdictatorial, intentó legitimar ciertas decisiones mediante la apelación a los derechos humanos. Un ejemplo de ello puede verse en los fundamentos del Decreto 183/83 a través del cual se dispuso la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. *Cfr.* Sancinetti, *op. cit.*, nota 5, p. 177.

estaban lejos de su consolidación como saber jurídico y en la que, además, la mayor parte de los tribunales, incluida la Corte Suprema, no les reconocía a las normas incorporadas en los tratados internacionales una jerarquía superior a la de las leyes nacionales.⁵⁹ De este modo, eran realmente escasas las posibilidades de articular un discurso jurídico sólido que, basado en normas de derechos humanos, pudiera fundar la existencia de una obligación inexcusable para el Estado de llevar a cabo investigaciones serias y enjuiciar a los responsables de los graves crímenes cometidos en nuestro país y que, asimismo, tuviera la capacidad de oponerse a las normas de impunidad aspirando a su invalidación.

142. No es extraño, entonces, que los principales argumentos que se opusieron a las normas de impunidad estuvieran contruidos sobre la base de normas del derecho doméstico argentino no vinculadas específicamente a los derechos humanos. A pesar de que varios tratados internacionales sobre derechos humanos (que ahora se utilizan como fundamento para la invalidación de las leyes de impunidad) ya estaban vigentes, aún no se había producido el proceso mediante el cual sus normas van a ser objeto de interpretación, sobre todo por los órganos internacionales de aplicación, y, en definitiva, van a “llenarse de contenido”.⁶⁰

143. Precisamente, la jurisprudencia que en estos últimos años produjeron los órganos de aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en la materia ha sido provocada por las demandas interpuestas por víctimas y familiares que sufrieron en el ámbito interno de sus países la política de impunidad alentada por los poderes estatales. De este modo, el proceso —aún en curso— mediante el cual las normas incluidas en los tratados sobre derechos humanos se interpretan y su contenido se robustece, tiene lugar principalmente como reacción frente a la impunidad y, por ende, con posterioridad a la sanción y convalidación judicial de las normas que la establecieron. Ello puede apreciarse con claridad en el caso argentino.⁶¹

⁵⁹ Ello recién ocurrió a partir de la sentencia dictada en el caso *Ekmekdjian vs. Sofovich*, dictada en el año 1992 y registrada en CSJN-Fallos, 315, 1492.

⁶⁰ Es claro que una parte importante del contenido de estas normas sólo aparece explícito luego de la interpretación efectuada por los órganos de aplicación.

⁶¹ Recuérdese que, por ejemplo, en el caso de la CADH (quizás el instrumento jurídico más importante contra las normas de impunidad argentinas) el primer caso relevante en materia de la obligación de los Estados de llevar a cabo investigaciones serias y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos —aunque este

144. Otro tanto ha sucedido con el derecho penal internacional, cuya consolidación —también en curso— como orden normativo pleno ha corrido, en los últimos diez años, en forma paralela a la del derecho internacional de los derechos humanos; incluso, parte importante de su legitimidad se sustenta en su alegada función de “protección de los derechos humanos”.

145. Los últimos desarrollos que exhibe el derecho internacional de los derechos humanos aparecen dirigidos no sólo a deslegitimar ciertas medidas de gobierno tales como las amnistías masivas o normas similares que consagren la impunidad de graves violaciones de los derechos humanos, sino que también anuncian una nueva legitimación del derecho penal, hasta el punto en que se postula un mínimo necesario de derecho penal que los Estados deben garantizar.⁶²

146. Puede advertirse que, sólo después de un recorrido que ha llevado algunos años, los “derechos humanos” están en condiciones de rendir frutos en el ámbito interno para lograr, sobre la base de fundamentos sólidos y apoyados normativamente, la invalidación de leyes de impunidad y, a su vez, para fundar la necesidad de una respuesta penal a las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en el pasado.

caso no versaba sobre normas de impunidad— data de julio de 1988 (Caso Velásquez Rodríguez, *cit. supra*, nota 28), esto es, un año después de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidara la Ley de Obediencia Debida. Asimismo, la Comisión IDH se pronunció respecto de las normas de impunidad argentinas recién el 2 de octubre de 1992 (Informe 28/92). Para esta fecha ya habían sido dictados también los indultos presidenciales. La confirmación por parte de la Corte Suprema de la validez del indulto 1002/89 dictado a favor de personas procesadas se produjo, empero, el 14 de octubre de 1992 (Caso Aquino, véase CSJN-Fallos, 315, 2421), es decir, pocos días después del Informe 28/92 en el que la Comisión IDH se pronunció por la incompatibilidad de las normas de impunidad (incluyendo el indulto mencionado) con la Convención Americana y con la Declaración Americana de los Derechos de Hombre.

⁶² Así, por ejemplo, el juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en Barrios Altos, luego de destacar “...la convicción, acogida en el derecho internacional de los derechos humanos y en las más recientes expresiones del derecho penal internacional, de que es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del derecho internacional”, agrega: “El sistema democrático reclama la intervención penal mínima del Estado, que lleva a la tipificación racional de conductas ilícitas, pero también requiere que determinadas conductas de suma gravedad sean invariablemente previstas en las normas punitivas, eficazmente investigadas y puntualmente sancionadas. Esta necesidad aparece como natural contrapartida del principio de mínima intervención penal”. *Cfr.*, párrafos 14 y 15 de su voto concurrente en el caso citado.

147. Tal como ha sucedido a nivel internacional y regional, el impulso para que las normas de derechos humanos —ya robustecidas y jerarquizadas— produzcan consecuencias concretas en el ámbito interno es asumido, principalmente, por las víctimas de las violaciones de los derechos humanos y por las ONGs. Frente a ello existe una dispar recepción por parte de los jueces y fiscales aunque se advierte una tendencia creciente hacia el reconocimiento del valor normativo del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, varias de las decisiones tomadas últimamente en materias vinculadas con la investigación de los delitos cometidos en el marco del sistema clandestino de represión han estado motivadas en normas del derecho internacional de los derechos humanos; entre ellas, el rechazo actual de la jurisdicción militar para intervenir en casos donde se investiga la desaparición forzada de personas, la consideración del carácter permanente de los delitos cometidos en el contexto de la desaparición forzada —aunque más no sea, como pauta hermenéutica de las leyes que deban aplicarse— la mayor amplitud en los criterios para admitir la intervención en el proceso de las organizaciones no gubernamentales de protección de los derechos humanos, el inicio de “juicios de la verdad” en diversos lugares del país, etcétera.

148. La decisión tomada en el Caso Poblete de invalidar las leyes de impunidad, originada en una petición realizada por una organización no gubernamental, es una manifestación clara de este proceso de consolidación de los derechos humanos en el ámbito doméstico como fundamento tanto para el impulso cuanto para la toma de decisiones relativas al tratamiento jurídico de la criminalidad de Estado.