

## ARGENTINA

Leopoldo SCHIFFRIN

1. El castigo de los crímenes perpetrados desde el poder es un anhelo que sólo se realiza, por lo común, cuando quienes perpetraron los crímenes carecen ya de poder. Así ocurrió con los crímenes del nazismo, o de los regímenes totalitarios de izquierda en Europa oriental, e inclusive con los de la dictadura argentina, hasta que el sector militar recuperó suficiente fuerza para cortar el desarrollo ocurrido entre 1983 y 1987.

Sin embargo, ha comenzado a aparecer un fenómeno nuevo, consistente en que las víctimas de crímenes del poder, desde posiciones de debilidad, comienzan a encontrar eco en algunos sectores de magistratura nacional e internacional, que llaman a responsabilidad a personas que aún cuentan con poder propio, o, al menos, con protección del poder.

Debe advertirse a este respecto, que en la Argentina, los crímenes de lesa humanidad cometidos bajo la dictadura de los años 1976-1983, dieron lugar, entre los años 1983 y 1985, a la actuación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep), que fue una comisión de notables, con trayectorias de alto perfil ético, creada por el Poder Ejecutivo.

2. Por otra parte, ha de aclararse que —en el sentido estrictamente jurídico— los crímenes de lesa humanidad —sobre todo la desaparición forzada de personas— cometidas por integrantes de la Fuerzas Armadas y de Seguridad de la Argentina entre los años 1976 y 1983 no estaban cubiertas, al momento de cometerse, por ninguna causa, ni de justificación, ni de inculpabilidad, u otra que impidiese aplicar las penas correspondientes.

Esto se halla perfectamente demostrado en el voto disidente del entonces juez de la Corte Suprema de Justicia, doctor Jorge A. Bacqué,

en el caso Camps, referido a la posterior ley llamada de Obediencia Debida.<sup>1</sup>

En efecto, no existen dudas acerca de que el derecho argentino nunca conoció una obediencia *per inde ad cadaver*, que nunca fue esa la jurisprudencia de los tribunales militares, y menos que existiese una presunción absoluta de tal obediencia en los crímenes que se investigaban cuando ocurrió la rebelión militar de Pascua de 1987, que dio lugar a la mencionada Ley de Obediencia Debida.

También el otro obstáculo a la persecución penal de los crímenes, configurado por la ley que acortó a plazos muy exiguos el tiempo de la prescripción, se erigió como un impedimento jurídico *a posteriori*.

De tal manera, la problemática argentina en la esfera que aquí se tratará no consiste en que hechos quizás legales en el momento de perpetrarse pasaron después a ser considerados ilegales. Al contrario, hechos absolutamente ilícitos en el momento de cometerse, han sido “legalizados” por decisiones posteriores del Poder Ejecutivo y del Congreso adoptadas en 1987.

En consecuencia, la Conadep efectuó, en 1984, numerosas denuncias penales y se abrieron múltiples procesos de ese carácter, tanto ante tribunales federales como de las provincias. Además, ya en la época final de la dictadura, diversos tribunales de competencia en lo criminal habían comenzado a instruir causas sobre desaparición forzada de personas.

Sin embargo, la política del nuevo gobierno constitucional tendía a limitar la extensión y el tiempo de las investigaciones sobre el terrorismo de la dictadura militar. Así, impuso a la Conadep plazos demasiado exiguos para la magnitud de la tarea asignada, e introdujo en el Congreso un proyecto de ley de reformas al Código de Justicia Militar que formulaba una definición más que exagerada de la obediencia debida y, a la vez, obligaba a los tribunales civiles a traspasar las causas sobre terrorismo de Estado a los jueces militares.

En realidad, la intención del Poder Ejecutivo era incluir en la sanción penal sólo a las más altas jerarquías de la dictadura militar, liberando de responsabilidad a todos los demás restantes autores y cómplices. Este

<sup>1</sup> Cfr. *Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia*, t. 130, pp. 1162 y ss. de fecha 22 de junio de 1987. Voto del doctor Bacqué, pp. 1311 y ss.; Sancinetti, Marcelo A., *Derechos humanos en la Argentina posdictatorial*, Buenos Aires, Lerner Editores, 1988, pp. 91 y ss.

propósito no fue plenamente conseguido, porque el Senado, donde el partido gobernante se encontraba en minoría, impuso una redacción mucho más estricta de la obediencia debida y creó mecanismos para que, en casos de demora injustificada, las causa de los tribunales militares volvieran a pasar a la justicia civil.<sup>2</sup>

La ley resultante de estas modificaciones (número 23.049, de febrero de 1984), tuvo, inicialmente, un efecto negativo para las investigaciones que estaban desarrollándose, pues, siguiendo instrucciones del procurador general de la Corte Suprema, los fiscales federales obtuvieron que una gran cantidad de sumarios seguidos por los tribunales penales ordinarios pasaran a los castrenses, que no los continuaron. La pérdida de elementos valiosísimos de investigación que así se produjo resulta en muchos casos irreparable, como se lo comprueba casi diariamente en los procedimientos seguidos 25 años después para el esclarecimiento de los casos de terrorismo de Estado. La cantidad de lugares de detención clandestina cuya forma se alteró, o que desaparecieron, los testigos que han muerto o que no se encuentran ya en estado de declarar, la documentación destruida por la aplicación mecánica de reglamentaciones administrativas o —en algunos casos— con dolo, todo ello fue producto de la estrategia puramente dirigida a fines políticos inmediatos que en 1984 siguieron el Poder Ejecutivo y el procurador general.

Y esa estrategia hubiese llevado a frustrar el juicio contra los principales responsables del terrorismo de Estado, de no mediar las modificaciones introducidas por el Senado en el proyecto original de la Ley 23.049. En efecto, debido a la competencia otorgada en el texto final a las cámaras federales para llevar a sí (avocar) las causas por terrorismo

<sup>2</sup> En realidad, la jurisdicción militar para delitos comunes (es decir, no específicos de la disciplina castrense) existía desde mucho atrás en el Código de Justicia Militar, siempre que esos delitos comunes se cometieran en acto de servicio o en lugar militar. Esta norma (artículo 109 del antiguo Código de Justicia Militar) fue derogada por la Ley 23.049, pero sólo respecto de los delitos futuros. Al propio tiempo, en todos los casos (delitos comunes o delitos contra la disciplina) cometidos antes o después de la reforma, la Ley 23.049 estableció un recurso contra las decisiones de los tribunales militares. Para conocer de dicho recurso se determinó la competencia de las Cámaras Federales de Apelación de cada circuito, según la regla del *locus delicti commissi*. Y, previendo una actitud laxa de los tribunales militares en temas de terrorismo de Estado, la misma ley determinó que las Cámaras Federales, de oficio trasladarían ante ellas los procesos en los casos de terrorismo de Estado en el que existieran demoras injustificadas en el proceso militar (artículo 10 de la Ley 23.049).

de Estado, varias de ellas pasaron a esos tribunales civiles, llegando al debate final y al fallo condenatorio los casos de las tres primeras juntas militares y el del general Camps (jefe de la Policía de la Provincia de Buenos Aires) y varios oficiales de la misma institución —principalmente el ex director de investigaciones Etchecolatz— condenados en el mismo proceso.

Estas sentencias fueron dictadas por la Cámara Federal con competencia penal de la ciudad de Buenos Aires, y la primera de ellas, o sea, la concerniente a las juntas militares (causa “Videla y otros”) fue objeto de recurso ante la Corte Suprema Federal, que confirmó la condena. La sentencia contra Camps y otros también llegó en recurso a la Corte Suprema Federal, pero antes de que este tribunal se pronunciara, ocurrió la rebelión militar de Pascua de 1987, que dio lugar a la mencionada Ley de Obediencia Debida.

3. Aquí conviene introducir algunas ideas sobre el marco social, cultural y político de la etapa de rescate de la memoria y lucha contra la impunidad vivida por la Argentina desde los tiempos finales de la dictadura, en 1982 y la fatídica Pascua de 1987.

Para ello, la creación de un verdadero Estado democrático constitucional de derecho en la Argentina es, hoy más que nunca, una tarea a cumplir. En este orden de ideas, como lo desarrollé con amplitud en un trabajo anterior,<sup>3</sup> debe recalcarse que la Constitución de 1853 fue la fachada de un régimen oligárquico fundado en la autoestima de los grupos sociales patricios, que se consideraban fundacionales y por ello legitimados para imponer su dominación social, cultural y económica a los sectores criollos más bajos y a la masa inmigratoria. Pero este régimen entró en crisis cuando, entre 1917 y 1930, se efectuó un ensayo de transición de la República patricia y oligárquica a un sistema presidencialista fundado en el sufragio universal y secreto con el apoyo de amplios sectores de la clase media, aunque todavía con fuertes rasgos cesaristas y carismáticos, sistema que, de alguna manera, compartió el poder con las viejas estructuras. Esta fórmula no funcionó más a partir de la crisis de los años treinta y dio lugar a una restauración viciada y fraudulenta de la República patrício-oligárquica, hasta que fue desplazada por el régimen cesarista autoritario del general Perón, tras cuya caída, en 1955, se abrió el pe-

<sup>3</sup> Cfr. Schiffrin, Leopoldo, “Sobre la justicia”, en Lejtman, Román, *Quince años de democracia*, Norma, 1998, pp. 171 y ss.

riodo de completa inestabilidad institucional que duró hasta 1983. Las propuestas formuladas a partir del establecimiento del gobierno constitucional que presidió Raúl Alfonsín eran las de un liderazgo democrático de transición inclinado a promover un sistema impersonal y racional de legitimación normativa, que se frustró, en parte, porque las tendencias de legitimación heredadas no iban por esos carriles, y por la impotencia de toda la clase política para poner freno al poder de hecho de los grupos económicos más concentrados, grupos que pasaron a dominar del todo el escenario del poder político a partir de 1989, quedando los partidos parlamentarios como simples ejecutores de las decisiones de esos grupos, situación que sigue hasta el presente, con cada vez mayores grados de inestabilidad.

El cuadro así trazado es incompleto, pues en él falta subrayar el carácter decisivo que tuvieron las actitudes sociopolíticas de la vasta clase media de origen inmigratorio —principalmente europeo— en las vicisitudes institucionales a partir de 1916, que marca el momento inicial de la tentativa de transición de la República hegemónizada por el patriciado a un modelo de mayor grado de democracia constitucional.

En este sentido, la clase media argentina —en la cual cabe distinguir diversos estratos: alto, medio y bajo— se formó en marcos y con pautas impuestos por el patriciado criollo, que ejercitó sobre los sectores medios una fuerte hegemonía cultural y social.

Empero, lentamente, los sectores mejor preparados de la clase media, a partir de los años veinte del siglo XX, comenzaron a participar creativamente en los movimientos culturales y políticos, sin conseguir despegarse de la inconsciente dependencia respecto del sector patrío. Esto contribuyó, en mi criterio, a que la reforma política de 1912-1917 terminara con el lamentable fracaso del sistema constitucional operado con el golpe de fuerza de 1930, que tuvo el apoyo de los sectores más cultos de la clase media, y, como era esperable, de la gran mayoría del antiguo patriciado.

El régimen del general Perón, en cambio, se fundó en la nueva clase obrera, creada por una fuerte industrialización del tipo sustitutivo de importaciones, encuadrándola en un amplio sistema de seguridad social y de sindicalismo de Estado. También generó una suerte de burguesía de Estado, y tuvo el apoyo, muy limitado, de algunos sectores de la clase media, especialmente los más influenciados por la Iglesia católica. Una gran parte del patriciado y de la clase media con mayor cultura nunca pudieron conciliarse con el régimen de Perón.

Se menciona a estos antecedentes porque también la lucha por la memoria y contra la impunidad tiene correlaciones muy vívidas con los cambiantes estados de ánimo de la clase media argentina, ella misma corresponsable de situaciones de brutal ilegalidad que prepararon el terrorismo de Estado de 1976-1983 (los crueles episodios ocurridos en 1956, después de la caída de Perón en septiembre de 1955).

Desde mi punto de vista, la historia argentina que me ha tocado vivir se desenvolvió en el marco de sucesivas ilusiones albergadas por la clase media. Primero fue la gran ilusión vivida por un enorme sector con la caída de Perón y su reemplazo por el gobierno cívico-militar de la llamada “Revolución Libertadora” (1955-1958). Después se sucedieron dos gobiernos que, conforme a un criterio estricto, fueron de dudosa legitimidad constitucional (Arturo Frondizi, 1958-1962; Arturo Illia, octubre de 1963-junio de 1966; en el ínterin entre ambos —marzo de 1962, octubre de 1963— existió un gobierno militar con fachada civil).

El golpe militar de junio de 1966 instaló la dictadura corporativista e integrista del general Onganía, que no gozó de apoyo amplio sino en algunos sectores económicos y financieros concentrados y en los sindicatos burocratizados. Bajo este régimen se generó otra fuerte ilusión: no sólo los sectores obreros —o incluso marginales— sino gran parte de la clase media depositó sus mayores esperanzas en el regreso del exiliado general Perón, que se produjo en junio de 1973, después que, en mayo de ese año, asumiese la presidencia el político promovido por el mismo Perón: Héctor J. Cámpora.

Éste, después de una breve y agitada primavera democrática, fue desalojado por un *putsch* de la derecha peronista. Perón fue elegido presidente al poco tiempo y gobernó desde octubre de 1973 hasta su muerte, en junio de 1974, asumiendo el mando la vicepresidenta, Isabel Perón.

Debe tenerse en cuenta que la exclusión de toda actividad política legal bajo la dictadura de Onganía fue el caldo de cultivo en el que surgieron movimientos de guerrilla que parecieron ingresar en la vía pacífica durante la breve primavera democrática de 1973. Posteriormente, aún en vida de Perón, pero después de modo arrasador, se desencadenaron condiciones de enfrentamiento caótico en el movimiento peronista, y se dieron las primeras manifestaciones de terrorismo de Estado.

La enorme confusión reinante hizo que el golpe de Estado militar del 24 de marzo de 1976 contara con amplias adhesiones, lo que facilitó que

la dictadura recién establecida estructurase, de inmediato, un sistema terrorista fundado en el secuestro de activistas políticos, gremiales y culturales considerados “subversivos”. Las víctimas de estos secuestros eran mantenidas —bajo condiciones nefastas— en prisiones secretas y con los ojos vendados, sometidos a crudelísimas torturas, para ser, en la mayoría de los casos, asesinados, ocultándose o destruyéndose sus cadáveres.

Mientras esto ocurría, un gran sector de la clase media disfrutaba de las aparentes ventajas —en cuanto a viajes al exterior y fácil acceso a bienes superfluos— que provinieron de una apertura indiscriminada de la economía, de la sobrevaluación de la moneda argentina y de un descabellado endeudamiento en divisas, del Estado y los particulares.

Las nuevas ilusiones fueron diluyéndose ante los resultados reales y muy negativos de la política económica, cayendo estrepitosamente con la derrota en la guerra contra Gran Bretaña por las Islas Malvinas. La ilusión que dominó tras el tiempo de la dictadura fue la de alcanzar prontamente una democracia con prosperidad y justicia, fines que a mi parecer hubiesen podido alcanzarse siquiera en parte con un mejor aprovechamiento de oportunidades irrepetibles.

Creo que la estrecha visión de los dirigentes políticos en el poder frustró esas oportunidades, lo mismo que la posibilidad de hacer verdadera justicia, en tiempo debido, respecto del terrorismo de Estado.

Los juicios contra los principales responsables de aquél tuvieron como marco, de todos modos, la primavera democrática de diciembre de 1983 a abril de 1987, y se desarrollaron por la fuerza de una opinión pública convencida, mientras el gobierno realizaba constantes esfuerzos para evitar que *a posteriori* del juicio a las juntas militares y al general Camps y algún otro “permisible”, la actividad jurisdiccional se extendiera en la forma que legítimamente correspondía.

En este sentido, las características de las leyes 23.492 (Punto Final) y 23.521 (Obediencia Debida) han sido ampliamente explicados en el informe que prepararon los profesores Sancinetti y Ferrante para el proyecto del que forma parte esta jornada. Y también han abundado dichos colegas en los motivos que sustentan la invalidez constitucional de esos actos del Congreso.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Cfr. Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 330-334.

4. Sólo para dar alguna autonomía a la exposición, me permito referirme sintéticamente a la problemática abordada en el informe nombrado, comenzando por señalar que la Ley de Punto Final consiste en el acortamiento del plazo de prescripción para una serie determinada de casos singulares ubicados exclusivamente en el pasado.

Del mismo modo, la “obediencia debida” se define como una presunción absoluta de que todos los que cometieron hechos aberrantes en el sistema del terrorismo de Estado de 1976 a 1983, y no tenía responsabilidad superior de dar órdenes, actuaron bajo coacción.

También la Ley de Obediencia Debida se refiere sólo a casos singulares del pasado, y por eso, tanto el Punto Final como la Obediencia Debida aparecen como invasiones legislativas en el campo sólo sometido a decisiones judiciales concretas; o, de no ser así, sólo pueden interpretarse como leyes de amnistía.

Precisamente estas características, que determinan que los actos legislativos conocidos como leyes de Punto Final y Obediencia Debida no tengan las características de generalidad y abstracción propias de las normas obligatorias que emanan del parlamento, sino de groseros avances de ese órgano para arrogarse facultades judiciales, son el fundamento por el que el juez de la Corte Suprema, doctor Jorge Bacqué, estimó que tales leyes eran inconstitucionales, pues le faltaban las notas esenciales propias de las leyes. Asimismo, dicho magistrado estimó que éstas importaban convalidar la asunción de poderes ilimitados por parte del gobierno militar, que el artículo 29 de la Constitución —vigente desde 1853— sanciona con nulidad absoluta.

5. Esta última idea —ampliamente desarrollada por Sancinetti y Ferrante<sup>5</sup> se encuentra en los fallos de la Cámara Federal de la ciudad de Buenos Aires y de la Corte Suprema nacional que declararon nula la Ley del Gobierno Militar núm. 22.924 —llamada de Autoamnistía— y yo mismo la he compartido.

Estimo que esta manera de encarar el tema no es desecharable, pero requiere mayores precisiones, porque el examen cuidadoso del Acta y Estatuto del llamado Proceso de Reorganización Nacional sólo permite establecer que la junta militar gobernante se arrogo poderes extraordinarios, pero de ninguna manera el de autorizar la comisión de hechos delictuosos contra la vida y la integridad de las personas.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 256 y ss., 477 y ss.

En consecuencia, ni aun desde el punto de vista del propio ordenamiento de la junta militar existió forma de entender como justificables o no reprochables los actos del terrorismo de Estado.

Mas, la cuestión ofrece otros matices. Para ello debe tenerse en cuenta el texto del artículo 29, producto de las constantes atribuciones de la “suma del poder público” al dictador Rosas antes de 1853. El artículo reza así:

El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o de persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que lo formulen, consientan o firman, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

Sin duda, en la mente de quienes lo redactaron estuvo la concreta experiencia vivida, en la cual constantemente las asambleas legislativas declaraban *legibus soluto* al dictador, quien amparándose en esa condición cometió terribles crímenes “legales” y, en muchos casos, clandestinos. A su vez, el obrar de la junta militar en el terrorismo de Estado fue crear una maquinaria interna al Estado mismo, que no funcionaba según el orden normativo vigente, sino a través de medidas de hecho fundadas en un planeamiento y decisiones absolutamente desvinculadas de todo límite jurídico, adoptadas desde las más altas esferas del poder. En otros términos, existió algo así como en Estado de “hecho” dentro de un Estado de “normas”.

Visto el tema desde esta perspectiva, la aplicación analógica del artículo 29, en cuanto prohíbe convalidar los actos legislativos que otorgan la suma del poder público, parece de rigor, pues la situación que se acaba de describir es aún más disvaliosa que la que formó el horizonte representativo del constituyente de 1853. Así, el argumento de la nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida por virtud del artículo 29 de la Constitución Nacional posee una sólida base, tanto lógica como axiológica, de manera que ninguna norma legislativa que, por vía de intervenir en los procesos judiciales creando *ad hoc* causas de justificación e inculpabilidad *a posteriori*, o por vía de amnistía, pueda ser válida frente a las rotundas y centenarias prohibiciones del artículo 29 aplicadas según su espíritu y finalidades.

6. El argumento anterior, así expuesto, me resulta por completo convincente, y no así, en cambio, el que se funda en que el Congreso no tenía facultades para dictar las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, por ser contrarias a la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes de las Naciones Unidas.

Esta Convención fue aprobada por la Ley 23.328 del 30 de julio de 1986 y en su artículo 2o., punto 2 y 3, excluye la emergencia y obediencia debida como causas para justificar la tortura. No está claro que cuando en 1987 fue sancionada la Ley 23.521, llamada de Obediencia Debida, el instrumento estuviese ya en vigencia internacional, por haber reunido el número de ratificaciones exigibles, pero, de todos modos, lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre los tratados, instrumento también vigente desde hacía tiempo en el país, impedía que realizarla actos evidentemente frustrantes del objeto y fin del tratado contra la tortura.

Debe aclararse también que la Corte Suprema mantiene desde 1992, como doctrina general, después incorporada a la Constitución en 1994, que los tratados prevalecen sobre las leyes ordinarias y que la Convención contra la tortura fue incorporada con rango constitucional en ese mismo año.

Contra esta manera de razonar, que expreso como incuestionable en mi trabajo de homenaje a Emilio Mignone,<sup>6</sup> observo ahora que existen argumentos de peso.

En efecto, en 1987, cuando se produjo la desincriminación de las conductas criminales del terrorismo de Estado excepto en los niveles máximos de decisión, y cuando, entre 1989 y 1990, fueron indultados los responsables de máxima jerarquía, la Corte Suprema no había aún declarado la superioridad de los tratados sobre las leyes ordinarias. No obstante, podría decirse que, cuando en 1994, la Convención sobre la tortura obtuvo jerarquía constitucional, nada impedía la aplicación retroactiva de sus cláusulas, que hacían imposible desincriminar los hechos en ellos comprendidos, teniendo en cuenta que la aplicación de la ultracirtiva de la ley intermedia más benigna no tenía en la Argentina sino carácter meramente legal-ordinario.

<sup>6</sup> Cfr. Schiffrin, Leopoldo, “*Ius gentium* y concepción estatalista del derecho con los nuevos desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia argentina”, *Verdad y justicia: homenaje a Emilio Mignone*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Centro de Estudios Legales y Sociales, 2001, pp. 412 y ss.

Sin embargo, se da que junto con la elevación a jerarquía constitucional de la Convención contra la tortura también fue incorporada con ese nivel la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 9o. *in fine* consagra el derecho del delincuente a beneficiarse con la ley más benigna posterior al hecho.<sup>7</sup>

Esta situación conflictiva entre dos normas de igual rango constitucional sólo puede solucionarse, a mi juicio, a través de principios que superen el mismo marco constitucional, que son los del derecho de gentes, a las que se abre el artículo 118 de la propia Constitución argentina, tema que cuenta con otros aportes muy significativos en la literatura jurídica nacional y sobre el que he escrito repetidamente.

7. Desde el punto de vista del derecho interno, el artículo 29 de la Constitución, aplicado *a posteriori*, determina la nulidad de las leyes llamadas de Punto Final y Obediencia Debida.

Más allá de ello, está la temática de esa misma invalidez fundada en el derecho de gentes que remite el artículo 118 de la propia Constitución.

La necesidad de traer al debate esa norma no se da con rigor en el campo de la nulidad a la que acabo de mencionar, sino en el tema de la prescripción, pues el juzgamiento actual de hechos ocurridos hace más de veinte años, tropieza, naturalmente, con la defensa de la prescripción, la que se puede superar si se aplica el principio del derecho de gentes según el cual los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, lo cual fue declarado, primeramente en los procesos de extradición respecto de criminales de guerra nazis, y se extendió después a los crímenes de terrorismo de Estado en la Argentina. Me remito para ello al trabajo que presenté en el Simposio Internacional “Violaciones de derechos humanos en América Latina y la universalización de los derechos humanos: aspectos morales y legales”, organizado por la Universidad de Haifa, Israel, durante los días 14 a 16 de enero del presente año.

En las discusiones de esa interesante reunión académica se efectuó una sugerencia que tiende a resolver el tema de la imprescriptibilidad sobre la base de soluciones emergentes del derecho internacional de las convenciones y no sobre la doctrina general del *ius gentium*.

En la ponencia que presenté en esa ocasión, insistí en que la dificultad para admitir las soluciones extraídas del *ius gentium*, que manifiestan

<sup>7</sup> Sancinetti y Ferrante, *op. cit.*, nota 4, 1999, pp. 406 y ss., perfilan el contexto de esta problemática, pero no la enfrentan directamente.

distintos juristas argentinos y, sobre todo, los jueces disidentes de la Corte en el caso Priebke, parten, tal como lo ha explicado muy bien Sancinetti, de la concepción del *nullum crimen nulla poena sine previe lege*, en el sentido de que sus exigencias sólo se satisfacen si todos los presupuestos de la sanción se encuentran establecidos en la ley escrita emanada del Estado.

Además, éste ha sido el criterio del propio Estado argentino al aprobar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con reserva de la dispuesto en el artículo 15, segunda parte, del mismo, que establece “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

A su vez, la reserva del Estado argentino que “El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeto al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional”.

Con todo, me fue sugerido que el artículo 18 de la Convención de Viena sobre los tratados haría nula esa reserva, por incompatible con el objeto y fin del tratado, pero dada la amplitud de los objetivos y fines del Pacto Internacional, no creo que el argumento pueda llegar a convencer.<sup>8</sup>

Esta vía de razonamiento, como otras varias que examiné en el artículo del homenaje a Emilio Mignone, tropiezan siempre con contraargumentos equivalentes en peso, de modo que sólo la apelación a la apertura que el propio orden constitucional formula hacia el derecho de gentes permite soluciones de mayor rigor lógico, lo que, a su vez, depende de la concepción misma del derecho que se sustente. Si ella es algún tipo de positivismo fundado en el dogma de la voluntad estatal como fuente directa o indirecta del derecho, las decisiones concretas dotadas de seria estructuración deberán recaer a favor de la impunidad de los crímenes de Estado. Por fortuna, en la Argentina, la tendencia jurisprudencial existente va por el camino opuesto, como traté de subrayarlo en la Universidad de Haifa.

<sup>8</sup> Cfr. Guardia, Ernesto de la y Rech, Marcelo del, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires, La Ley, 1970, pp. 256-272.

Esta tendencia puede enriquecerse con aportaciones de la jurisprudencia alemana y de otros países de Europa<sup>9</sup> y más todavía la reciente decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos que, al enfrentar los problemas de la transición del Estado autoritario al de derecho, han adoptado posiciones similares.

Como primera conclusión a extraer de lo expuesto, debe señalarse que en el caso del terrorismo de Estado en la Argentina, la calificación de los hechos que lo integran como delincuencia de Estado a través de mecanismos procesales no se dio *a posteriori* de tales hechos, pues ya tuvo lugar en algunas instancias judiciales cuando la dictadura aún regía, si bien en curso declinante. Por otro lado, mientras subsistió la dictadura, ésta hizo lo posible (Ley de Autoamnistía) por paralizar tales procedimientos judiciales. Pero también vemos que la paralización de los procesos de hallazgo de la verdad (Conadep) y de sanción judicial provino, *a posteriori*, de los órganos estatales integrados por la clase política.

8. Hasta ahora no se ha efectuado sino un extenso prolegómeno a los puntos por los cuáles se requiere una intervención más específica. En estos puntos concretos, dentro del marco normativo trazado, el derecho a la verdad corresponde a las víctimas y sus familiares, surgiendo de pronunciamientos de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han obligado a los jueces argentinos a adoptar medidas que satisfagan esas legítimas pretensiones.<sup>10</sup> En el caso de La Plata se trata de que en un circuito judicial territorialmente muy extenso, donde viven unas cuatro millones de personas, nunca se había realizado una investigación suficientemente profundizada y extensa para determinar la cantidad de víctimas de desaparición forzada, su destino, la posible identificación de sus restos, el modo de funcionamiento del sistema terrorista y la identidad de sus responsables más directos. La investigación judicial de todos estos aspectos resulta mucho más facilitada si se aplican las reglas de la instrucción criminal.

Desde el año 1998 hasta la actualidad, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, al igual que otros tribunales del país, ha avanzado considerablemente en este tipo de investigaciones gracias a cambios en

<sup>9</sup> *Cfr. op. cit.*, nota 4, y el trabajo de Arnold, Jörg, “Cambios de sistema político y criminalidad de Estado desde una visión retrospectiva de derecho penal”, en Sancinetti y Ferrante, *op. cit.*, nota 4, pp. 48 y ss.

<sup>10</sup> *Cfr.* la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata núm. 18/98 de 21 de abril de 1998.

la conciencia social, que del adormilamiento producido por las grandes desilusiones de 1987 y 1990 (obediencia debida, indultos) pasó a una movilización, a partir de 1995, de carácter político general que hizo de la lucha contra la impunidad del terrorismo de Estado uno de sus reclamos más fuertes, creando así el clima que permitió una nueva etapa judicial con características renovadas respecto del desarrollo vivido entre 1984 y 1987.

Este cambio de la conciencia, sobre todo de las clases medias, se corporizó, ante todo, en las organizaciones de derechos humanos y su papel cada vez más importante, pero a la vez estuvo ligado al proyecto de continuar el modelo económico social iniciado en 1990 con un rostro más humano y justo.

Se sabe muy bien hasta qué punto este proyecto fracasó y ello produjo consecuencias catastróficas en lo económico, social y político. Hubiera debido esperarse, entonces, un debilitamiento de la lucha contra la impunidad, pero, por fortuna ésta continuó y hasta con energías renovadas.

Creo que en esta nueva situación influyen diversos factores. Uno es la revalorización de las generaciones que fueron víctimas del terrorismo de Estado que suprimió cuadros que podían haber ocupado funciones de mucha importancia en la vida política, gremial futura. El fracaso actual no puede desligarse del fenómeno de una sociedad que de algún modo devoró a su propia juventud.

En estas condiciones, el marco judicial aparece como especialmente apto para revocar la *damnatio memoriae* de las víctimas. Los simples procedimientos judiciales destinados a averiguar en forma pública la verdad de sucesos y destinos son la *restitutio memoriae*, la reparación moral que puede surgir como uno de los elementos para establecer una conciencia ético-jurídica capaz de sustentar un verdadero Estado democrático de derecho.

Aún de otra manera, el empeño contra el olvido y la impunidad contribuye a esa meta dignificante, pues ayuda a vencer el terror reprimido que aún se respira en la sociedad argentina y que de no ser vencido degenera en apatía y cinismo.

Efectuadas estas consideraciones previas, ocupémonos de las formas jurídicas elaboradas para concretar las actividades judiciales destinadas a la averiguación de la verdad, que, a su vez, estimule el empleo de los medios judiciales ordinarios para la investigación y sanción de los delitos de terrorismo de Estado.

9. La justificación de la competencia de las cámaras federales requiere precisar ante todo que se recurrió a ellas para los procedimientos sobre la verdad, porque a ellas había estado confiado el procesamiento de los delitos de terrorismo de Estado por la legislación de 1984.

Sin embargo, se han levantado objeciones en el sentido de que esa jurisdicción se extinguió por virtud del artículo VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la Ley 24.556 (1994 e incorporada con rango constitucional por la Ley 24.820 de 1997) la cual expresa que los presuntos responsables de los hechos constitutivos de delitos de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular, la militar.

Ahora bien, se alega que la jurisdicción penal ejercida en su momento por las cámaras federales de Apelación para juzgar en única instancia hechos que ahora son enmarcables en la figura de la desaparición forzada, era una jurisdicción especial, sustitutiva, además, de la ejercida por los tribunales militares.

A ello se agrega que, de acuerdo con lo establecido por el Pacto Interamericano de Derechos Humanos elevado a rango constitucional, la doble instancia penal es una garantía incompatible con el juzgamiento en única instancia.

La primera de las objeciones fundadas en el artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no tiene, a mi juicio, bastante solidez para desplazar la competencia que ya poseían las cámaras federales, a partir de 1984, a fin de conocer, en general, de todos los hechos de terrorismo de Estado.

Por cierto, esta competencia se tornó inútil porque las leyes de Punto Final y Obediencia Debida impedían no sólo la sanción de los hechos cubiertos por ellas, sino también realizar cualquier procedimiento judicial vinculado con los mismos. Empero, el Congreso derogó en el año 1998, por la Ley 24.952, las otras dos leyes. La consecuencia de ello consiste en que, desde luego, la obediencia debida puede invocarse como defensa sobre la base de la aplicación de la ley intermedia más benigna, pero no existe obstáculo a la utilización de los procedimientos penales, aunque sea para el puro objetivo de establecer certidumbre sobre los hechos.

La verdadera dificultad para llevar a cabo un juicio penal sobre los hechos de terrorismo de Estado sometidos a las cámaras federales por la ley de 1984 estriba en el segundo argumento al que debe unirse las modificaciones estructurales del proceso federal operadas a partir de 1992.

En efecto, no es posible el día de hoy que un mismo tribunal cumpla la actividad instructoria preliminar y después intervenga en el enjuiciamiento, salvo que todos sus miembros fueran remplazados.

Por otra parte, la instancia revisora —Cámara Nacional de Casación Penal— debe intervenir respecto de los tribunales de enjuiciamiento creados en todos los circuitos federales y compuestos por otros magistrados distintos de los que integran las cámaras federales, cuyo papel en materia penal ha quedado circumscripto a los recursos de la fase instrucción.

De todas maneras, quedó abierta la cuestión referida a si los procesos inconclusos abiertos entre 1984 y 1987, o los que debieron abrirse por existir denuncias, deberían ser deferidos a los jueces federales de instrucción cuando las peticiones se dirigieran a efectivizar el derecho a la verdad reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Razones prácticas llevaron, inicialmente, a tres cámaras federales, las de la ciudad de Buenos Aires, de La Plata y de Bahía Blanca, a acoger las peticiones sobre derecho a la verdad en el marco procesal que estaba abierto en 1987, limitando la actividad del tribunal a utilizar los medios propios de las investigaciones penales sólo con finalidades de esclarecimiento de los hechos y, en lo posible, de sus autores para derivar los resultados al Ministerio Público y a la justicia de instrucción.

Este criterio fue convalidado por el acuerdo amistoso suscrito por el Estado argentino y la reclamante Carmen Aguiar de Lapacó, el 15 de noviembre de 1999 y aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el cual: *a)* El gobierno argentino garantiza el agotamiento de todos los medios para esclarecer lo sucedido con las personas desaparecidas hasta tanto se obtenga los resultados correspondientes; *b)* Gestionar la normativa para que las cámaras nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de todo el país, tengan competencia exclusiva en todos los casos de averiguación de la verdad sobre el destino de las personas desaparecidas con anterioridad al 10 de diciembre de 1983, con la única excepción de las causas por secuestro de menores y sustracción de identidad que continuarán según su estado; *c)* gestionar ante el Ministe-

rio Público la designación de fiscales *ad hoc*, en todas las causas de averiguación de verdad y destino final de personas desaparecidas.<sup>11</sup>

El segundo punto, o sea el concerniente a la legislación sobre la competencia exclusiva de las cámaras federales, no ha sido cumplido, pero la Cámara Nacional de Casación Penal afirmó la competencia de las cámaras federales para los juicios sobre averiguación de la verdad sobre la base del acuerdo mencionado al fallar, el 21 de octubre de 2002, en la causa “Rivarola Ricardo Horacio s/ recurso” destacando la falta de cumplimiento del gobierno nacional del compromiso contraído.

Esto lleva a plantear si la línea argumental apuntada por la Casación no encontraría fundamento en la jurisprudencia de la Unión Europea que en los casos de indebidas dilaciones de los Estados Miembros en la adopción de medidas de carácter normativo requeridas por directivas de órganos de la Unión, dan directa eficacia interna a los requerimientos de aquellas instancias.<sup>12</sup>

Estas fundamentaciones no han sido expuestas desde el principio con el diseño algo preciso que se ha presentado. Por ejemplo, el camino seguido por la Cámara Federal de La Plata para formar el criterio que le permitió avanzar en estas investigaciones, fue complejo, pues algunos de los jueces que formaron la mayoría insistieron en no definir con suficiente claridad el carácter instructorio de los medios coercitivos aplicados por el tribunal, aunque los sustentaron, afirmando, además, en consonancia con los otros magistrados que concurrieron a la mayoría, que la finalidad del procedimiento también es determinar a los responsables de los hechos y someterlos a la justicia penal competente.

<sup>11</sup> La Corte Suprema de Justicia dictó una resolución el 13 de agosto de 1998 en el caso “Suárez Mason, Carlos Guillermo, homicidio, privación ilegal de la libertad, etcétera.”, expediente núm. S.1085.XXXXI, proveniente de la Cámara Federal de Buenos Aires que consideraba que al haberse cerrado las causas penales, la investigación de la verdad no era pertinente. Esto motivó un reclamo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual culminó con un avenimiento, en que el gobierno argentino se comprometió a dictar legislación que facilitara la actividad de las Cámaras Federales. El acuerdo está en vigencia desde el 28 de febrero de 2000 y ha dado lugar a numerosas iniciativas en el Congreso, pero no ha sido cumplido, de manera que la base legal para el desarrollo de los procesos por el derecho a la verdad sigue siendo la derogación de la ley de Punto Final y Obediencia Debida por la Ley 24.952 y la jurisprudencia de los órganos de la OEA. A ello se suma que la Sala IV del Tribunal de Casación en el caso “Corres, Julián Oscar. Recurso de queja”, expediente núm. 1996, vino a convalidar este tipo de procedimientos.

<sup>12</sup> Cfr. Streinz, Rudolf, *Europarecht*, Heidelberg, MüllerVerlag, 2001, pp. 153 y ss.

Con diferentes matices, otros tribunales del país adoptaron criterios similares. Se trata de las Cámaras Federales de Apelaciones de la ciudades de Buenos Aires, Córdoba y Bahía Blanca, y del Tribunal en lo Criminal y Correccional Federal de Mar del Plata,<sup>13</sup> correspondiendo precisar que la decisión de la Cámara de la ciudad de Buenos Aires fue la primera, seguida al poco tiempo, pero de modo más amplio, por la Cámara Federal de La Plata.

10. En cuanto a resultados tangibles, en el circuito donde actuó, después de tres años de investigación, se han recibido más de quinientos cincuenta testimonios y realizado numerosos secuestros de documentación importantes. Asimismo se descubrieron nuevos centros clandestinos de detención antes ignorados y el detalle del funcionamiento de los circuitos por los que discurría la actividad terrorista impulsada desde el Estado. Sin embargo, la elaboración de esta enorme masa de material, que concierne a unas tres mil víctimas, requiere disponer de una infraestructura mayor que la precaria con la que cuenta la Cámara, si bien ésta, ahora, recibe cierto apoyo de un organismo autónomo de carácter académico, creado por la Legislatura de la provincia de Buenos Aires con el nombre de Comisión Provincial por la Memoria, surgido al impulso de los procesos por el derecho a la verdad.

Desde otro punto de vista, la Cámara, en los casos en que ha podido reunir prueba sobre responsables directos de los crímenes investigados, derivó esos elementos al Ministerio Público y jueces de instrucción federales, que no manifestaron voluntad alguna de investigación.

Ante las quejas de distintos organismos de derechos humanos, el procurador general, doctor Nicolás Becerra, dando cumplimiento a las obligaciones asumidas en el acuerdo aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, designó fiscales *ad hoc* que se encuentran realizando una activa tarea de promoción de causas penales fundadas en las pruebas reunidas en los “juicios por la verdad” aunque tropiezan siempre con la clara voluntad opuesta de los jueces de instrucción, ante quienes han planteado la constitucionalidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, siguiendo en esto el dictamen ya emitido por el procurador general.

11. El curso penal estricto en que desembocan parte de las investigaciones sobre el “hallazgo de la verdad” nos da pie para referirnos al prin-

<sup>13</sup> Al cual la Cámara Federal delegó las funciones de investigar en juicios por la verdad, decisión que fue revocada por la Cámara de Casación en el citado caso “Rivarola”.

cipio *nemo tenetur se ipsum prodere* que impide que en el juicio de la verdad las personas de las que pudiera sospecharse alguna responsabilidad como autores o cómplices, sean interrogadas en calidad de testigos. Las cámaras federales de la ciudad de Buenos Aires y de La Plata, se han atenido a ese criterio, si bien, en La Plata, los simples guardianes de centros de detención sí fueron interrogados como testigos por entender el tribunal que contra ellos no habría por qué presumir responsabilidad penal, criterio éste no compartido únicamente por el Ministerio Público que ha abierto numerosas causas estrictamente penales que involucran también a guardianes que declararon como testigos.

La Cámara Federal de Bahía Blanca y el Tribunal Oral de Mar del Plata, mientras estuvieron habilitada para actuar, entendieron que por el carácter no penal de los “juicios por la verdad” podían interrogar como testigos a personas claramente implicadas en los hechos, lo cual fue desaprobado por la Cámara de Casación penal en el citado caso Corres.

12. Como resultado, puede afirmarse que la desaparición forzada de personas y las otras acciones concomitantes propias del terrorismo de Estado, se consideran, en los juicios de la verdad, como hechos *prima facie* penales, acerca de los cuales cabrá discutir, en la instancia estrictamente penal, si las mismas leyes de Obediencia Debida y de Punto Final pueden ser invocadas como defensas desincriminantes.

Este esquema deriva, al fin, de que las leyes de Punto Final y Obediencia Debida fueron efectivamente derogadas por el Congreso, lo cual implica un respaldo estatal al modo de proceder que se ha descrito.

Con esto creo poder dar por respondidas las dos primeras preguntas referidas a si la herramienta de hallazgo de la verdad tiene la aptitud de establecer que un comportamiento social específico previo tiene características de delincuencia de Estado y que esa terminología efectivamente se utiliza en los procedimientos de hallazgo de la verdad.

13. Las restantes preguntas apuntan a los efectos de estos procesos judiciales de hallazgo de la verdad que son de distinto orden. En primer término, el marco solemne de un foro judicial permite a las víctimas y sus deudos llevar a la opinión pública la lesión antes recibida de modo clandestino, poniendo ese mínimo umbral de justicia consistente en hacer verdadero el derecho a la audiencia en procura de esclarecimiento y de retribución. Esto, a la vez, se integra con la preservación y desarrollo de la memoria individual y colectiva que evita el segundo asesinato que significaría el olvido. Al remover el oscuro pasado, al poner en exposición

pública a los victimarios, las instituciones armadas y de seguridad, que contienen ya muy poco personal comprometido con ese pasado, y los sectores civiles que lo compartieron y promovieron, se ven empujados a dar respuestas que, si bien escasas e insatisfactorias, son, al menos, tímidos intentos para salir de la negación del pasado y ponerse en el camino de su superación.

Quiero concluir con algunas ideas sobre el carácter de los juicios de la verdad en la Argentina que lo diferencia de los procedimientos encamados mayormente a la reconciliación de víctimas y victimarios. Los crímenes contra la humanidad no son hechos individuales cometidos por una persona contra otra sino que se trata de la victimización de toda una categoría de personas por parte de otra categoría.

Así como puede ser virtud perdonar un individuo a otro, no lo es perdonar a una entera categoría de delincuentes que han cometido los peores crímenes contra una entera categoría de víctimas, menos todavía cuando los primeros no demostraron ningún arrepentimiento.

Descartar el perdón en estos casos no es estimular el odio o la venganza, sino expresar los más básicos sentimientos de justicia y decencia. Insistir en la persecución en estos casos es un deber de carácter moral, legal y pragmático del que no puede dispensar ni las conveniencias del momento ni el correr del tiempo.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Cfr. Bassiouni, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Londres-Boston, Kluwer Law International-The Hague, 1992, pp. 226 y 227. Lo expresado indica que aquí no se comparte la posición sustentada por Jaime Malamud Goti, quien considera —al igual que amplios círculos de la Iglesia católica— la reconciliación y el perdón como metas parcialmente deseables en el caso argentino; cfr. Malamud Goti, Jaime, “Los dilemas morales de juzgar a Pinochet en España”, *Nueva Doctrina Penal*, 2000, pp. 177 y ss., con amplias consideraciones sobre el tema argentino; del mismo autor, “A propósito de una sentencia bien intencionada”, *Nueva Doctrina Penal*, 2000, pp. 493 y ss., que es una crítica al fallo en el que se declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. El criterio de Malamud parece derivar de una visión del terrorismo de Estado argentino como episodio de un conflicto de violencia, incluso armada, interno entre sectores de algún modo equivalentes de la sociedad argentina, y no como la represión por un bloque dominante de los sectores políticos, sindicales, culturales y religiosos que representaban mayores obstáculos para imponer un sistema económico financiero contrario a los intereses de la mayoría, como apuntamos en el texto. Hay que agregar que esa represión brutal y perversa también estuvo dictada por factores psicológicos, irracionales, provenientes de los anhelos y rencores del antiguo patriciado y sectores afines, que deseaban el regreso al modelo económico-social preindustrial y pastoril sentido como una perdida edad de oro.