

# LA IMPUNIDAD NO ES SOLO CUESTIÓN DE HECHO

## SOBRE LA PERSECUCIÓN EN ESPAÑA DE LOS CRÍMENES DE LA DICTADURA MILITAR ARGENTINA

*Perfecto Andrés Ibáñez*

### 1996: Un “Núremberg” pendiente

*Peña y olvido* es el título de un penetrante comentario periodístico con el que Vázquez Montalbán evocaba “el 20º aniversario del golpe político-militar argentino-norteamericano”. Como conclusión, decía: “... la Solución Final del Cono Sur de América Latina no ha tenido su Núremberg Internacional salvo en el territorio de la memoria ...”. Situados en el umbral de 1996 había que seguir dando la razón a Vázquez Montalbán, porque, en efecto, los crímenes de la dictadura militar argentina, como los de otras dictaduras del área y del momento, después de haberse producido en un ominoso vacío de sensibilidad internacional (para no hablar aquí de complicidades activas y pasivas), habían carecido de respuesta institucional digna de ese nombre<sup>1</sup>, en cualquier ámbito, y desde luego, en el del derecho penal internacional.

---

1 No se ignora la existencia de algunas respuestas institucionales concretas. Pero éstas deben valorarse en su verdadero alcance y en su significación real, con la perspectiva de 1996, es decir, teniendo a la vista todo el curso de todos los acontecimientos, en su vertiente judicial y política. Así, hay que decir que, en realidad, se había juzgado y condenado sólo a algunos de los responsables de los crímenes de la dictadura militar y sólo por algunos de éstos, aisladamente considerados. Después –dejando de lado (y es mucho dejar) que la inmensa mayoría de los delitos no llegaron ni siquiera a enjuiciarse y prescindiendo también de los procesos que acabaron “en la papelera” merced al uso de todo un arsenal de triquiñuelas legales y procedimentales- ya conocemos lo sucedido con aquellas condenas. Lo cierto es que un internacionalista tan autorizado como Antonio Cassese (distinguido con la presidencia del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia), tras pasar revista a los iniciales

No obstante, es justo recordar que, aunque con carácter aislado y con patente insuficiencia objetiva, en algunos países: Francia, Italia, Suecia, Estados Unidos, se han dado actuaciones judiciales de indudable trascendencia, no sólo simbólica. Además, entre los años 1989-1991, el Tribunal Permanente de los Pueblos, instancia moral y de opinión, desarrolló un riguroso *Proceso a la Impunidad de Crímenes de Lesa Humanidad en América Latina*<sup>2</sup>, cerrado con la impresionante sesión de clausura celebrada durante los días 22 a 25 de abril, en Bogotá. Y, finalmente, con una estremecedora sentencia –dotada de una consistente argumentación jurídica– que constituye un hito realmente importante en la reflexión y la denuncia del terrible fenómeno.

De nuevo, como en el caso de la intervención norteamericana en Vietnam y en tantos otros, el trabajo de una ONG debió

---

esfuerzos del presidente Alfonsín y a sus dificultades, sin duda bien reales, no pudo dejar de constatar como incuestionable dato objetivo que, al fin, “hizo prevalecer el derecho argentino del periodo de la dictadura tanto sobre los conceptos de democracia introducidos por su gobierno como sobre algunos principios internacionales” (En *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1988, página 181. Existe traducción española de Editorial Ariel, Barcelona).

Hay, no obstante, una dimensión de aquellas vicisitudes que debe permanecer en la memoria: es la tensión y la esperanza con que gran parte del pueblo argentino vivió aquel apunte de exigencia de responsabilidades y el coraje de quienes, como el fiscal Strassera, en condiciones nada fáciles, realizaron un esfuerzo personal de extraordinario valor moral y cívico en la aplicación rigurosa del derecho.

Nota del editor. Al momento de publicar este libro, una decisión judicial reciente podría cambiar radicalmente la situación en Argentina. En su resolución de fecha 6 de marzo de 2001, el Juez Federal Gabriel R. Cavallo, declaró inválidos los artículos 1 de la ley 23.492 (Ley de Punto Final), los artículos 1, 3, y 4 de la Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y con el objeto y fin de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Asimismo, declaró la inconstitucionalidad y la nulidad insanable del artículo 1 de la Ley 23.492 y de los artículos 1,3 y 4 de la ley 23.521 en aplicación del artículo 29 de la Constitución Nacional. En consecuencia, llamó a prestar declaración indagatoria a dos militares imputados.

2 Cfr. Tribunal Permanente de los Pueblos, *Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad en América Latina 1989-1991*, Bogotá, 1991. También, sobre el conjunto de las intervenciones del Tribunal, puede verse: Fondazione Internazionale Lelio Basso per il Diritto e la Liberazione dei Popoli, *Tribunale Permanente dei Popoli. Le sentenze: 1979-1991*, edición e introducción de Gianni Tognoni, Nova Cultura-Bertani Editore, Verona, 1992. Asimismo, el N° 17 de *Pueblos*, Boletín de la Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos (Sección colombiana), monográfico sobre las sesiones nacionales (1989-1990) del Proceso a la Impunidad de Crímenes de Lesa Humanidad en América Latina.

suplir el defecto de reacción de las instancias oficiales de cualquier ámbito. La evocación de esta circunstancia justifica el énfasis y la decepción evidenciados en la denuncia del escritor: los crímenes que ensangrentaron América Latina en esos años no contaron con el Tribunal de Núremberg que sin duda reclamaban intensamente desde una perspectiva de principios e incluso de legalidad internacional vigente. Lo que pone de manifiesto, no sólo la coyuntural falta de voluntad política de quienes habrían tenido capacidad de decisión para instituirlo, sino algo que es aún más desolador. Me refiero al dato de que, a tanta distancia del 8 de agosto de 1945, en presencia de experiencias masivas de crímenes de lesa humanidad, la reacción jurisdiccional desde el derecho penal internacional continúa, todavía, sometida a sórdidas razones de oportunidad.

### **Unión Progresista de Fiscales: hacer que “el punto” no sea “final”**

La denuncia de la asociación española *Unión Progresista de Fiscales* (UPF)<sup>3</sup> se inscribe en el contexto al que acaba de aludirse. Quienes la formularon lo hacían con la conciencia clara de que, probablemente, no iba a servir para cubrir el escandaloso vacío de respuesta, ni siquiera en los casos concretos de las víctimas –ciudadanos españoles y argentinos– por cuyos asesinatos y desapariciones se actuaba inicialmente. Quizá pensaban sobre todo en contribuir al imprescindible “Núremberg de la memoria” y en reivindicar como la única opción válida aquella concepción del derecho que lo sitúa inequívocamente al servicio de los derechos y no las que sirven para justificar y cooperar de manera activa con la impunidad de los más graves de todos los crímenes: los masivos y de Estado.

En su escrito presentado en el Juzgado Central de Guardia de la Audiencia Nacional, de fecha 28 de marzo de 1996, la UPF retrocedía al 24 de marzo de 1976, cuando, de madrugada, unidades del ejército argentino al mando del amotinado general Videla, ocuparon de forma violenta el palacio presidencial.

---

3 Unión Progresista de Fiscales es una asociación profesional, pluralista, de carácter rigurosamente no partidista (sus miembros, como integrantes del Ministerio Público, tienen prohibida la inscripción en partidos políticos y sindicatos). Al actuar como lo hizo en este caso, obedeció al imperativo estatutario de defender los valores constitucionales.

A ello seguía el relato sintético de cómo la junta militar, apenas constituida, aplicó celosamente al “exterminio físico” del disidente, a partir del diseño de un *tipo de autor* expresivo de toda la miseria moral y política que es capaz de irradiar una corporación armada abandonada a su propia lógica: la del amigo/enemigo, que invariablemente asocia al segundo término del par todo lo que expresa o encarna algún valor democrático o civilmente solidario.

Al denunciar en el Juzgado, la UPF retomaba y activaba una vieja denuncia. La que el escritor Rodolfo Walsh, el día 29 de marzo de 1977 –con la desolación moral del hombre de bien ante la contemplación de la injusticia y de la barbarie en estado puro y una confianza contra toda evidencia en la fuerza de la razón– dirigió a la junta de gobierno golpista señalando: “Quince mil desaparecidos, diez mil presos, cuatro mil muertos, decenas de miles de desterrados son la cifra desnuda de ese terror”. Cifra de víctimas de la que él también pasaría a formar parte, precisamente, en aquella misma fecha.

En el escrito de la UPF seguía un relato estremecedor de datos conocidos, pero confinados ya en la dimensión neutralizadora del fenómeno histórico, que cobraban en ese texto, y sobre todo en el pormenor de las sucesivas ampliaciones de la denuncia, una nueva dimensión necesaria y tardíamente recuperada. La que impone la óptica del Código Penal, que obliga a contar los muertos, a desgranar minuciosamente los hechos criminales, a calificarlos uno por uno.

La UPF se limitó a hacer uso de los datos de identidad de las víctimas de que disponía. Además, el marco jurídico nacional imponía en este caso una reducción del campo de la ilegalidad criminal susceptible de consideración. Puesto que se trataba de promover el ejercicio de la acción penal ante la jurisdicción española con respecto a hechos acontecidos fuera de las fronteras del país, por lo que había que ajustarse a las reglas de competencia en la materia, que circunscriben aquélla (artículo 23, 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) a determinados tipos delictivos: los de genocidio y terrorismo.

El primero, como se sabe, es un delito para el que –en virtud de la Convención Internacional de 9 de diciembre de 1948 que

lo regula, y que cuenta con la adhesión del Estado Español, rige el principio de persecución universal. Por otra parte, tanto a ese como al de terrorismo, sería aplicable el precepto de la ley española citada. De este modo, la UPF consideró que no existía obstáculo que pudiera oponerse a la denuncia, frente a la que en ningún caso podrían prevalecer las leyes argentinas de *punto final y obediencia debida*, no vinculantes para los tribunales españoles. Además, la obediencia debida a órdenes manifiestamente ilegales nunca podría jugar como eximente en el contexto legal y jurisprudencial español, sin contar con que la Convención Internacional contra la Tortura, de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España, impediría la invocación de aquélla como posible causa de justificación<sup>4</sup>.

## Objeciones de la Fiscalía

La Fiscalía de la Audiencia Nacional formuló una consulta sobre la competencia de la jurisdicción española a la Fiscalía General del Estado. El informe emitido planteaba una serie de objeciones sobre la viabilidad de la denuncia.

En el caso del genocidio, la objeción fue de defecto de tipicidad. Se argumentó que lo previsto como delito es la destrucción de un “grupo nacional”, precisamente por su nacionalidad y que éste no fue el propósito de los denunciados, que actuaron como lo hicieron en función de la ideología y no de la condición nacional de las víctimas. Se recordaba –con razón– que precisamente durante la discusión del texto del Convenio, antecedente del precepto del Código Penal español, se había descartado expresamente la protección por esa vía de los “grupos políticos”, cerrando con ello el paso a la posibilidad de incriminaciones como la pretendida en el supuesto de referencia.

---

4 Ciertos es que, tratándose de la Convención contra la Tortura, que entró en vigor el día 26 de junio de 1987 y para España el 20 de noviembre del mismo año, se plantea el problema de su irretroatividad (artículo 27). Pero, en todo caso, tendría que considerarse la previsión del artículo 15, 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que aquel principio general de derecho sancionador no “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”.

Por lo que hace al delito de terrorismo, el informe apuntaba la necesidad de estar a la consideración que esta figura tenía para el legislador español de la época de los hechos. Al menos para una gran parte de los que se denunciaban como delito –decía– el marco legal susceptible de aplicación es de matriz franquista y entre los bienes jurídicos objeto de protección penal por aquel título, no podrían contenerse los valores propios de un Estado democrático, sino otros como los de la “seguridad del Estado”, la “integridad de sus territorios”, la “unidad nacional”, el “orden institucional u orden público”.

La Fiscalía General del Estado vio también dificultades para una aplicación retroactiva del citado artículo 23, 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, que había entrado en vigor en 1985. En su opinión, debería estarse a lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, todavía vigente en los años de la dictadura militar argentina. Esta no contemplaba la competencia de la jurisdicción española para conocer de delitos de terrorismo perpetrados fuera del territorio español. Por otra parte, entendía el informante, aun tratándose de un tema de competencia, la cuestión nunca podría valorarse como meramente procesal, al depender directamente de ella la misma aplicación de la ley penal.

Ya, en fin, se objetaba que el artículo 23, 2 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, establecía como condición de posibilidad de la actuación de la justicia española que “el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena”, lo que, a la vista de los datos disponibles en el momento, no podía decirse que no hubiera realmente sucedido en todos o algunos de los supuestos cubiertos por la denuncia. Para decidir con fundamento sobre este punto, sería preciso conocer la sentencia o sentencias dictadas en Argentina o en otros países y su grado de ejecución.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional, a tenor del informe de la Fiscalía General del Estado, pidió el archivo de las actuaciones. El Juzgado no lo consideró procedente mediante resolución de 10 de junio de 1996 que, al mismo tiempo, admitía a trámite las querellas promovidas en el ejercicio de la acción

popular por la Asociación Libre de Abogados, Izquierda Unida y Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos-Madrid.

## La UPF contraargumenta

La Unión Progresista de Fiscales dirigió al Fiscal General del Estado un informe de su elaboración, discutiendo los argumentos del que acaba de sintetizarse.

En materia de delito de genocidio, cuestionaba la interpretación defendida, por demasiado reductiva. Para la UPF, el tipo penal de referencia ampara a quienes pueden ser víctimas de una eliminación colectiva, por este sólo hecho. Lo que los constituye en *grupo* – “grupo nacional” puede ser también grupo de nacionales– es el carácter masivo de la acción criminal ejercida contra ellos como conjunto de personas. Del orden de 30.000, en este caso.

Paralelamente se presentaba una curiosa particularidad de la ley española. Al introducir el delito de genocidio en el Código Penal, el legislador de 1971 concretó la protección a grupos de carácter “nacional étnico, social o religioso”<sup>5</sup>. Alguna doctrina atribuyó a un error la alteración de la fórmula del Convenio. La UPF sostenía que no tenía por qué haber sido así y que lo cierto es que ese texto estuvo en vigor hasta 1983 (durante la producción de los hechos denunciados, por tanto). Y si fue reformado en 1983, no hay ninguna razón para entender que, en ese momento, la sustitución de “social” por “racial” obedeciera al propósito de reducir el campo de aplicación del precepto, la extensión del bien jurídico protegido. De ahí que, a su juicio, fuera defendible en derecho que “la protección brindada expresamente desde 1971 a 1983 al ‘grupo social’ por el legislador español … persiste en el ordenamiento vigente dentro de la mención ‘grupo nacional’”.

Recordaba asimismo la UPF que la calificación de los hechos de su denuncia como delito de terrorismo –terrorismo de Estado– tiene un autorizado precedente en el juicio de la Comisión de Investigación sobre la Desaparición de Personas

5 Sin coma ortográfica entre “nacional” y “étnico”.

del Senado Español, constituida en 1983, sancionado por la mayoría absoluta de la Cámara.

Y retrocediendo hasta el Decreto-ley de 26 de agosto de 1975 –vigente en el momento de iniciarse los hechos objeto de denuncia–, recordaba que éste veía terrorismo en la “utilización de la violencia como instrumento de acción política”, condición sin duda concurrente en las conductas denunciadas, ejecutadas al margen de la ley y de cualquier procedimiento legal, sin sujeción a trámite administrativo o judicial formal, por aberrante que éste pudiera haber sido, dadas las circunstancias. Las acciones fueron violentas y la finalidad atribuida a las mismas por sus autores evidentemente *política*, según su tenebrosa inteligencia de tal adjetivo.

De este modo, de las conductas en cuestión, cabía afirmar que estaban penalizadas en la legislación estatal; que habían sido cometidas por personas armadas y organizadas; que consistieron en hechos de especial gravedad y que se ejecutaron con una finalidad política; siendo el secuestro, la tortura, el asesinato masivo de personas, un ataque al bien jurídico de la seguridad interior del Estado. Incluso en la España no democrática de los primeros años 70 –señalaría la UPF– actos como los enumerados, aun cuando fueran cometidos por autoridades o funcionarios, si encuadrados en grupos clandestinos armados y operando al margen de todo procedimiento legal, habrían constituido delitos de terrorismo, por atentar contra aquel orden institucional. Ni siquiera el sentido del orden público informador de la legalidad de tal régimen una vez institucionalizado podría haber sido, aun formalmente, insensible a esa clase de situaciones.

En una parte relevante de los casos denunciados se da la circunstancia de que las víctimas que fueron secuestradas continúan desaparecidas. En términos de experiencia corriente, la muerte violenta de estas personas es más que presumible. Pero no así desde la perspectiva de la legalidad penal, para la que las mismas tendrían que ser tratadas, a la luz de los datos de que se dispone, como víctimas de un delito de detención ilegal con posterior desaparición del detenido (artículos 480 y 483 del Código Penal español vigente en el momento y 163 y

166 del actual). Siendo así, a tenor de la pena prevista, el plazo de prescripción sería de veinte años. Pero sin constancia actual de que la ejecución del delito ha terminado, por la liberación o la muerte de la víctima del mismo, aquel plazo no podría siquiera empezar a correr.

Nueve niños, al menos, comprendidos en la denuncia, fueron secuestrados siendo casi recién nacidos<sup>6</sup>. Existen buenas razones para presumir el nacimiento de dos más en cautividad. De todos ellos, sólo tres habían sido devueltos. Los otros seguían, por tanto, desaparecidos. La sustracción de menores se hallaba prevista como delito en los artículos 484 y 485 del Código Penal español a la sazón vigente, artículo 223 del actual. Los delitos –también es claro–, se están perpetrando todavía; permanecen.

En materia de competencia, se salía al paso de una objeción de la Fiscalía que veía en el artículo 6 del Convenio un obstáculo para la persecución del delito de genocidio en España, ya que en ese texto la competencia se atribuye a la jurisdicción del lugar de realización del delito o, en su caso, a la Corte Penal Internacional constituida al efecto. Para la UPF ese inconveniente no era real, puesto que la posibilidad de juzgar en España delitos de genocidio cometidos en otro país se deriva del propio derecho interno. Esta solución no está excluida por el Convenio y, además, es precisamente la más favorable para el cumplimiento de los fines de la misma. De otro lado, sería paradójico ofrecer a los eventuales genocidas estatales la posibilidad de autogarantizarse la impunidad, justamente, suscribiendo el Convenio.

En lo relativo a los delitos de terrorismo, se recordaba la existencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable a la competencia de la jurisdicción española para perseguir conductas de esa clase cometidas en el extranjero. Tampoco se aceptaba como objeción a la actuación de la justicia española el dato de que, existiendo los correspondientes tipos delictivos, no estuviera prevista la competencia para perseguir, conforme

<sup>6</sup> Hay que señalar que el artículo 5 de la ley “de punto final” y el artículo 2 de la ley “de obediencia debida” excluían de su ámbito de aplicación los delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores.

con los mismos, hechos cometidos fuera de España, en este caso de terrorismo. Se replicó que la irretroactividad no permitida es sólo la de la ley penal, la ley sustantiva, que sólo implica un voto a la persecución de conductas no incriminadas en el momento de su realización. Fuera de esto, el proceso como tal –que quiere decir jurisdicción, competencia y procedimiento– se rige siempre por la ley actual.

Por último –se argüía–, no había razón para temer un quebrantamiento del *non bis in idem*. Y era bien cierto. Diriase que la Fiscalía, con su escrúpulo en este punto, estaba contribuyendo a ampliar el “cielo de conceptos” de Ihering con todo un nuevo género: el *iust formalismo* mágico, al servicio, por cierto, de la perpetuación del infierno en la tierra. Pues razonar con fundamento en esa posibilidad irreal, cuando se tenía constancia de la masiva esterilidad de los procesos seguidos en Argentina contra los responsables de la masacre, sólo era posible a costa de negar la más abrumadora de las evidencias informativas. Se tiene buen conocimiento de la resistencia de los imputados a la jurisdicción, con traducción en algunos alzamientos en armas protagonizados por los infames “carapintadas” (con las mejores razones para ocultar el rostro). Y de que esa resistencia desembocó finalmente en la ley “de obediencia debida” de 1987. Así, no quedó más proceso que el de los jefes de las juntas, que no fueron acusados de genocidio ni de rebelión, sino de detenciones ilegales y homicidios de personas concretas (en una proporción ni simbólica en relación con el total de víctimas). Y de que, al fin, resultaron indultados individualmente por el presidente Menem.

Es precisamente la falta de persecución –es decir, de persecución efectiva- de los hechos en Argentina, lo que dio lugar a la incoación de causas criminales en Italia (con noventa militares argentinos procesados), en Francia (donde ha sido condenado a cadena perpetua en rebeldía el capitán de navío Astiz, por el asesinato de dos monjas), en Suecia (con procesamiento del mismo sujeto por el asesinato de una adolescente) y en Estados Unidos (contra el general Suárez Mason)<sup>7</sup>. Y como no

7 En este caso se trata de un proceso no penal, sino de extradición y de indemnización de daños y perjuicios.

podía ser de otro modo, en ninguno de los países citados los tribunales han reconocido validez a las leyes de punto final y de obediencia debida. Y tampoco a los indultos.

En idéntica línea, la UPF entendió que, por lo mismo, tales disposiciones no podían producir efectos en España. Primero, porque es legítimamente cuestionable que las autoridades e instituciones que las adoptaron hubieran dispuesto de –real-libertad para decidir como lo hicieron, dadas las condiciones políticas en que se produjo tal actuación en todos los casos. También, porque es discutible que cupiera reconocerles el derecho a disponer de bienes jurídicos de la relevancia de los afectados, comprendidos en la esfera constitucional de lo *políticamente indecidible*, en la expresiva terminología de Ferrajoli<sup>8</sup>. Y más en concreto, porque la Constitución española rechaza los indultos generales y, como ya se dijo, ni el Código Penal ni los tribunales españoles admiten que pueda operar como causa de justificación la *obediencia debida* a órdenes manifiestamente criminales. Todo ello sin contar que la aprobación de aquellas leyes por el Estado argentino supuso la ruptura de los compromisos contraídos frente a la comunidad internacional con la ratificación de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos en 1983, tras el restablecimiento de la democracia.

## El proceso se mueve

La primera andadura del proceso se concreta, básicamente, en cuatro resoluciones del juez Baltasar Garzón, titular del Juzgado Central de Instrucción Nº 5. La primera, un auto de 10 de junio de 1996, además de acoger en sus fundamentos de forma pormenorizada los datos y argumentos de la denuncia inicial de la UPF y las sucesivas ampliaciones, admitía a trámite las querellas promovidas en el ejercicio de la acción popular por las entidades a que se ha hecho referencia.

---

8 Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés Ibáñez, A Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 4<sup>a</sup> edición, 2000, página 864. También L. Ferrajoli, “El derecho como sistema de garantías”, traducción de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, Nº 16-17, 1992, página 65. Ahora incluido en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción De P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999.

Poco después, el 28 de junio siguiente, un nuevo auto declaraba la competencia de la jurisdicción española y en concreto del Juzgado hasta ese momento conoedor del asunto, que daba comienzo a la investigación. Siguió otro auto, de 12 de septiembre del mismo año 1996. De él lo sustancial fue el acuerdo de librar una comisión rogatoria a las autoridades judiciales argentinas, a las que –a lo largo de más de treinta folios– se solicitaba la práctica de todas las diligencias necesarias para la identificación de los posibles autores de los hechos perseguidos. También se disponía el envío de otra comisión rogatoria a Suiza, para que las autoridades de ese país llevasen a cabo una investigación bancaria sobre las personas imputadas en la causa. Esto, en aplicación de una máxima de experiencia que va camino de convertirse en ley de validez universal, una vez confirmado, por la ingente acumulación de datos, que la condición de *salvapatrias* en ejercicio lleva consigo espectaculares aumentos de patrimonio y, con éstos, el impulso irrefrenable de beneficiarse de las ventajas que aquel país –otro refugio de las víctimas de la intolerancia europea– ha venido ofreciendo a los tocados por cierta clase de *fortuna*.

Vale la pena señalar que las tres resoluciones citadas adquirieron firmeza, puesto que no fueron recurridas por la Fiscalía, no obstante las iniciales reservas.

Un nuevo auto, éste de 26 de febrero de 1997, se hacía eco del “absoluto desprecio del contenido del Tratado de Asistencia Judicial [así como del] olvido consciente de las demás normas internacionales que regulan el derecho de tratados” exhibido por las autoridades argentinas, a las que se venía a recordar cómo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, con fecha 2 de octubre de 1992, había declarado las leyes de “punto final”, de “obediencia debida” y el decreto de indulto 1002/89, incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Congreso argentino el 1 de marzo de 1984. Aludía también a la resolución del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 5 de abril de 1995, declarando tales leyes y decretos contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por el Congreso argentino el 17 de abril de 1986.

Finalmente, en el capítulo de decisiones judiciales aquí reseñables, es de indudable relieve el auto de 25 de marzo de 1997, motivado por la actitud negativa de la justicia argentina frente a la comisión rogatoria que tenía por objeto recibir declaración como imputado al general Galtieri. En vista de ese resultado –y puesto que la ley española, dada la gravedad de los delitos y la necesidad de esa diligencia para poner en marcha el proceso, lo permite– el juez consideraba necesario disponer la prisión provisional incondicional del imputado, para así poder librar una orden internacional de detención, como paso previo a la demanda de extradición.

Esta decisión suscitó una reacción altamente significativa por su procedencia: la del entonces canciller argentino Guido Di Tella, que, por sus implicaciones, vale la pena traer a colación. Sorprendido por la noticia en París, se despachó con la infame sentencia de que “los muertos, muertos están” (una buena *causa de extinción de la responsabilidad* derivada de cualquier delito, en la perspectiva de cualquier delincuente). A ella asociaba la grosera descalificación del juez, con el argumento de que “no está en su sano juicio”. Y “El sano juicio” fue, para remate, el título de un artículo de su firma, aparecido por esas fechas en la prensa bonaerense, en el que podía leerse que el juez: “No sólo desafía el principio jurídico de la cosa juzgada, sino que transgrede el principio de territorialidad de la ley penal ... Los delitos deben ser juzgados por los tribunales del país donde aquéllos se cometan. Lo contrario se basa en una tradición arcaica, propia de los países que solíamos llamar imperialistas, que nacen en el medievo ...” (Pase que el articulista no supiera de cosa juzgada y tampoco de territorialidad de la ley penal. Pero ¿cómo es posible que siendo ministro de exteriores de un país del Cono Sur, pudiera hacer gala de tanta ignorancia en tema de imperialismo?). Concluía, por supuesto, que respecto a los crímenes de la dictadura militar argentina no podía hablarse de impunidad. Pero sin explicar lo que el término quería denotar en su particular diccionario.

Lo que seguramente no pudo prever Di Tella es que con sus pintorescas manifestaciones acerca de la territorialidad de la ley penal y el imperialismo estaba creando escuela. En efecto, aunque motivadas más que por la decisión judicial objeto de su

comentario, por las que habrían de dictarse tiempo después en el caso Pinochet, si bien versando sobre el mismo asunto, se han producido intervenciones relevantes y no menos elocuentes, en una escala que va, significativamente, de Felipe González<sup>9</sup> a la señora Thatcher, convertidos por mor de este asunto y en el ejercicio de una suerte de solidaridad –al menos en apariencia– *contra natura*, en pintorescos ocasionales “compañeros de cama”. Aunque, en realidad, considerado el tema desde la perspectiva de las dinámicas de la razón de Estado, posiciones como las de referencia no deberían dar lugar a demasiada sorpresa. En tal género de reacciones, Galtieri como el innombrable general chileno, eran apenas la *anécdota* superficial evocadora de una consistente categoría de fondo: la constituida por la vieja concepción de la política como zona franca de cualquier posible fiscalización desde el derecho. De ahí la fina sensibilidad del estadista experimentado para reaccionar frente a iniciativas que apuntan a un significativo redimensionamiento del ámbito tradicionalmente cubierto –con sobradados motivos– por la razón de Estado.

## Algunas vicisitudes posteriores

La decisión del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de sostener la competencia de la jurisdicción española en este asunto (al igual que en el conocido como “caso Pinochet”<sup>10</sup>), manteniendo los autos de imputación y de prisión dictados, así como las órdenes de detención internacional emitidas, fue recurrida por el Fiscal, provocando una relevante decisión del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre de 1998, de la que merece la pena destacar los aspectos más significativos<sup>11</sup>.

9 Este, por cierto, asimilando en supuesta clave de humor de pésimo gusto las actuaciones judiciales a una suerte de reedición de la aventura colonial (*el chiste*, es natural, le hizo mucha gracia al entonces presidente Menem).

10 Sobre las ya complejas vicisitudes de este asunto puede consultarse con provecho: Antonio Remiro Brotóns, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999. También, *Atti del convegno internazionale Il caso Pinochet. I crimini contro l'umanità fra politica e diritto*, Fondazione Internazionale Lelio Basso, Roma, 1998. Y Carlos Castresana, “Pinochet: balance provisional”, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, Nº 37, marzo de 2000.

11 El tribunal, en su auto, hacía propio en buena medida un *corpus* doctrinal progresivamente acuñado en medios jurídicos comprometidos con los derechos humanos a lo largo de estos

En materia de delito de genocidio, fijaba el alcance del artículo 6 del Convenio para el caso concreto, llegando a la conclusión que el hecho que las partes contratantes no hubieran pactado el deber de persecución universal por cada una de las jurisdicciones nacionales, no impedía a ninguna de ellas decantarse por esa opción en el marco de su propia política legislativa.

Tal sería según la Audiencia Nacional el caso de España que, con el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial citado, no habría tipificado ni penado conducta alguna, sino sólo proclamado la jurisdicción de los tribunales españoles en materia de infracciones penales definidas como tales en otras leyes. De este modo, se entendía carente de fundamento la objeción formulada al amparo del artículo 9, 3 de la Constitución Española, sancionador del principio de irretroactividad de la ley penal.

Entendía asimismo el tribunal que los hechos denunciados sí podían considerarse típicos a tenor de la descripción legal del delito de genocidio, puesto que el destinatario de las acciones perseguidas fue “un grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor”\*.

También consideró ajustado a derecho proceder por posibles delitos de terrorismo, al margen del problema concursal que en fase de decisión pudiera plantearse, puesto que las acciones a tomar en consideración serían, en general, las mismas a valorar como genocidas. Y, en cuanto al delito de tortura, el tribunal resolvió que carecía de interés práctico plantearse el tema de la existencia o no de jurisdicción universal en el ámbito

---

años y al calor de las vicisitudes procesales que aquí se evocan. Buena expresión de ese esfuerzo puede hallarse en el excelente trabajo de Carlos Castresana, “Persecución de crímenes contra la Humanidad en la Audiencia Nacional”, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, N° 31, marzo de 1998. También puede verse, entre otros más recientes, Carmen Lamarca, “El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, marzo de 2000, número extraordinario 1.

\* Nota del editor. Para una crítica a esta interpretación del concepto de genocidio, Gil y Gil Alicia, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED Alzira-Valecia, 1999.

de la legislación española, puesto que las acciones incriminables tendrían que ser contempladas en todo caso como instrumentales en el marco del diseño genocida.

En fin, se interpretó que las leyes de “punto final” y de “obediencia debida” carecían de relevancia en la perspectiva del enjuiciamiento, y no sólo por su oposición al *ius cogens*. El artículo 23, 2 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla, entre los presupuestos de *perseguibilidad* de los hechos cometidos fuera del territorio nacional, el de que “el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero”; condición que no se daría en ninguno de los supuestos cubiertos por aquellas leyes, *despenalizadoras* con carácter general.

En este momento, se ha dictado auto de procesamiento contra 98 militares argentinos y también 48 órdenes de detención respecto de aquellos procesados suficientemente identificados<sup>12</sup>. El gobierno argentino dio traslado de esas órdenes a los tribunales de justicia, considerando que no correspondía decidir sobre ellas al poder ejecutivo. El juez federal Gustavo Literas, encargado del caso, solicitó como información adicional el texto íntegro de las órdenes de detención, que le fue remitido, tanto a través de Interpol como por vía diplomática. Pero, al parecer, el gobierno argentino no le dio traslado de esa documentación, con el argumento de que se habría agotado el plazo (?) y sugiriendo que el juez español debería formalizar las demandas de extradición (interfiriendo, así, la comunicación entre ambos jueces); mientras que el juez Literas, en lugar de reclamar la entrega de aquélla documentación, se habría limitado a pedir al gobierno, de forma genérica, información sobre el caso.

Al cerrar estas líneas, el proceso está en una situación de *impasse*. El juez español insiste en que el gobierno argentino debe dar traslado al juez federal de los textos completos de las

---

12 Dentro de ese curso procesal, a finales de agosto de este año se ha producido una incidencia digna de consideración: la detención en México del procesado Ricardo Miguel Cavallo - conocido en la causa con la falsa identidad de Miguel Angel Cavallo y por los alias “Sérpico”, “Marcelo” y “Ricardo”- a la que ha seguido una solicitud de extradición. Esta se contiene en un texto de dos centenares de páginas, de notable interés informativo sobre la peripécia procesal en su conjunto.

órdenes de detención, para que sea este último quien decida. El gobierno argentino defiende su autonomía para decidir en la materia, esto es, sobre si remitirlos o no y qué documentos. Ultimamente se ha dirigido al Juez Central N° 5 insistiendo en que debe formalizar las solicitudes de extradición y manifestando –como exponente de su voluntad de cooperación– que le hará entrega de los datos completos de filiación de todos los procesados, una vez recibidos éstos de los Registros Civiles correspondientes.

## Contra impunidad, imperio de la ley

Agencias de opinión oficiales *ad hoc* han proclamado con reiteración y clónica monotonía que en los países arrasados por alguna forma de barbarie del género de la que aquí nos ocupa, las raíces del *conflicto* hay que buscarlas en la necesidad ineludible de hacer frente a la *subversión*. Así, en todos los casos, se atribuye a ésta el carácter de inequívoco factor *causal*: en el principio, habría estado siempre la *subversión*; después, la respuesta legitimada por *razón de estado de necesidad*; y, al fin, en la línea Di Tella, la cínica pretensión de hacer de esa otra forma de *necesidad*, la impuesta por el carácter irreversible de las muertes, una aberrante *virtud* supuestamente estabilizadora.

Las explicaciones más de fondo pertenecen a una oscura metafísica *hobbesiana* que propende a conectar genéticamente esta clase de situaciones con lo más profundo de la naturaleza humana; la propia de una especie “caída”, en sus orígenes, al fin y al cabo<sup>13</sup>. Pasó –dice el discurso oficial– lo que sucede fatalmente cuando dos grupos humanos se enfrentan en una lucha fratricida ... De ahí que la *salida* sólo pueda encontrarse por la vía de “la reconciliación”, que exige *de todos* (!) generosidad y olvido.

---

13 Paradigmáticas resultan a este respecto algunas palabras del teniente general Balza, jefe del estado mayor general del ejército argentino, en el mensaje dirigido al país en 1995: “Siendo justos, miraremos y nos miraremos, siendo justos reconoceremos sus errores y nuestros errores. Siendo justos veremos que del enfrentamiento entre argentinos somos casi todos culpables... [porque] cuando un cuerpo social se compromete seriamente, llegando a sembrar la muerte entre compatriotas, es ingenuo intentar encontrar un solo culpable, de uno u otro signo, ya que la culpa en el fondo está en el inconsciente colectivo de la nación toda...” (Publicado en la prensa del 26 de abril de 1995).

Pero no. Esa retórica de la justificación de hechos de tal grado de abyección, debidos a quienes no se detuvieron ante la destrucción de ningún bien y la negación de ningún valor, encuentra problemas de viabilidad ya en el plano de la propia racionalidad discursiva. La pretensión de cambiar crímenes por crímenes no es aceptable. Porque los crímenes no se neutralizan, se suman; en este caso, en una operación aritmética que registra una aparatoso asimetría de las magnitudes numéricas. Además, en la necesaria reescritura del diccionario convencional impuesta por la experiencia de esos años terribles, *impunidad* ya no es sólo la genérica ausencia de castigo en presencia de cualquier delito. Lo que denota el término *impunidad* empleado en este contexto, es el defecto de respuesta a los crímenes de lesa humanidad cometidos de forma masiva por poderes institucionales que, invariablemente, violaron, primero, todos los derechos fundamentales imaginables y después, hicieron burla del derecho –mediante la interposición de decisiones de gobiernos y parlamentos democráticos bajo amenaza– tratando de convertirlo en cómoda vía de escape.

También el diccionario jurídico ha experimentado cambios en esta materia: ese *derecho* –el Decreto-ley N° 2191 de 1978, chileno; la brasileña ley N° 6683 de 1979; las argentinas ya citadas; la uruguaya N° 15848 de 1986; el guatemalteco Decreto-ley 8 de 1996; el salvadoreño N° 805 de 1987; la ley de amnistía amplia e incondicional de Honduras, de noviembre de 1987; la peruana ley N° 26479 de 1995<sup>14</sup>– no es *derecho válido* en el sentido actual de las constituciones y del *ius cogens* internacional. Conforme con el derecho del Estado constitucional de derecho, el poder sólo se justifica a través de la búsqueda de la efectividad y la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y aunque aquél, *de facto*, pudiera estar en situación de dar forma legal a cualquier decisión, no por ello dispondría de habilitación para revestirla de legitimidad sustancial.

El avance jurídico-político y cultural que esto representa es de un enorme alcance, pues lo mismo el ordenamiento interna-

---

14 Todas estas disposiciones, a excepción de la última -publicada en *El Peruano*, Lima, 5 de junio de 1995- pueden consultarse en “Leyes de impunidad en América Latina”, en *Pueblos*, Boletín de la Liga Colombiana por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, N° 13.

cional que la generalidad de los ordenamientos estatales vigentes, que en su mayoría responden a este paradigma, han situado en la cima de su pirámide normativa, confiriéndole formal positividad jurídica, un orden de valores que incorpora todos los que se conocen como derechos fundamentales de la persona que, de este modo, aparecen dotados de una vigencia incondicionada. Ciertamente que esto no basta para que ese vigor jurídico-formal se traduzca en efectividad real, pero no es nada banal que el sistema jurídico haya alcanzado el grado de consistencia necesario para dejar de ofrecer él mismo una coartada a los más graves incumplimientos, e incorporado a su propia lógica el poderoso impulso autotransformador implícito en el imperativo de coherencia de cada plano de la legalidad con los valores normativos del vértice.

Sólo en el clima generado por ese nuevo *statu quo* del derecho y de la cultura jurídico-política (con todas sus limitaciones) pueden entenderse las relevantes vicisitudes procesales acontecidas en estos años y las que están en curso, así como el estado de conciencia universal generado en torno a ellas. De otro lado, esos mismos procesos tienen también, a su vez, una trascendencia que no cabe infravalorar, y es que, con su sola existencia, han puesto en tensión a todo el orden jurídico democrático y hecho posible el insólito descubrimiento de la existencia en él de recursos infrautilizados, activados por vez primera en el contexto de las vicisitudes que nos ocupan.

Sea cual fuere el destino de estas últimas en su conjunto, me parece tan necesario como realista hablar de un antes y un después del caso de los responsables de la dictadura militar argentina y, sobre todo, del caso Pinochet.

Esto es realmente cierto en términos de crecimiento de la conciencia y la sensibilidad colectivas acerca de la brutal inhumanidad de regímenes como los considerados. Multitud de ciudadanos *bien-pensantes*, de los países del primer mundo, sobre todo, acostumbrados a ver con la óptica inducida por los protagonistas de aquéllos las respectivas realidades, merced a la información generada por la apertura y el desarrollo de los procesos, han tenido que rendirse a una evidencia reiteradamente sustituida por el recurso a tales cómodos clisés.

Pero donde las consecuencias de las vicisitudes procesales aquí contempladas han sido más relevantes, es en el campo de la cultura jurídica. En este terreno –puede decirse–, ha hecho crisis, en buena medida, el patrón del jurista *de derecho interno* como funcionario implícito del poder soberano de viejo estilo, propio del positivismo dogmático<sup>15</sup>: el jurista reconocible en el discurso burocrático de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, de supuesta asepsia técnica en sus planteamientos, empeñado activamente en truncar la pirámide normativa del orden jurídico nacional e internacional, dejando sin aplicación a su parte más noble, negando toda vigencia a sus principios y reglas de mayor rango<sup>16</sup>.

Ese sospechoso jurista, para el que la actuación de algunos tribunales extranjeros sería la interferencia abusiva de un Estado en el terreno de otro soberano, en vez de la actuación de jueces independientes en el ejercicio, no de una jurisdicción particular o privativa, sino de la regida por el principio de universalidad, por imperativos de *ius cogens*. El mismo jurista empeñado en hacer prevalecer –en materia de genocidio– la *voluntas legislatoris* sobre la *voluntas legis*, con una actitud cerradamente “cognoscitivista” o “formalista”<sup>17</sup> de la interpretación, hoy francamente insostenible.

**Es sabido que el Estado, en la historia, fue constituyéndose progresivamente a partir de la *jurisdictio* y que la centralización**

15 De algunas cuestiones relacionadas con este asunto me he ocupado en “Garantía judicial de los derechos humanos”, en *Claves de razón práctica*, N° 90, marzo de 1999.

16 No es casualidad que el fiscal Fungairiño, jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, mientras diseñaba y llevaba a la práctica la estrategia de que se ha dejado constancia, vertía en *El Mercurio* sus opiniones sobre la dictadura chilena que, a su juicio, no habría sido tal, sino una interrupción coyuntural de la normalidad jurídica por exigencias de garantía del orden público.

17 Uso ambos términos en el sentido en que lo hace la filosofía del derecho de inspiración analítica, para referirse a ese modo de entender la interpretación como proceso de descubrimiento del significado objetivo de los textos normativos, puesto en éstos por el legislador que expresó así, en su momento, una “intención”, llamada siempre a prevalecer. Por todos, puede verse al respecto R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, páginas 335-336. En ese planteamiento, el juez-intérprete se limitaría a *conocer* normas ya (definitivamente) producidas, preexistentes, por tanto, a su actividad. En lo que aquí interesa, el legislador internacional, al legislar sobre el genocidio, habría impreso ya en el texto un canon de lectura, inferible de algunos datos de la coyuntura, de tal manera que a él, y sólo a él, habría que atenerse, a despecho de lo que pudiera permitir una inteligencia racional y filológicamente rigurosa del mismo, a tenor del alcance del campo semántico de los vocablos que lo constituyen.

de la función de aplicar la ley precedió a la centralización de la función de producirla. No es, pues, descabellado pensar que pasos como los examinados hacia el afianzamiento de un modelo y una práctica universal de la jurisdicción al servicio de los derechos fundamentales, puedan representar un anticipo del ideal kelseniano de articulación político-jurídica de la sociedad internacional en torno a los valores del derecho, como garantía de convivencia pacífica. Un anticipo, en fin, del Estado de derecho cosmopolita que tan intensamente demanda el actual modo de ser de la economía y de las relaciones transnacionales de poder que la misma propicia.