

ARGENTINA (II)

Víctor ABRAMOVICH
María José GUEMBE

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

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende esbozar algunas consideraciones sobre la forma en que se ha dado tratamiento a los crímenes de Estado en Argentina y su relación con la construcción del sistema democrático, para contestar posteriormente las preguntas planteadas por el Instituto Max-Planck de Derecho Extranjero e Internacional. Para realizarlo, aborda como perspectiva la articulación entre las estrategias legales y las estrategias políticas en el marco de las interrelaciones entre el ámbito local y el internacional.

En particular considera el papel que han tenido los distintos actores sociales sobre las iniciativas estatales para tratar los crímenes del pasado y, en el ámbito legal, su incidencia sobre la definición de categorías jurídicas.

1. *Coyuntura política regional*

El proyecto de investigación del Instituto Max-Planck pretende analizar de manera comparativa la relación entre el Estado de derecho y la delincuencia de Estado en diversas regiones del mundo. En Argentina se plantea el problema del tratamiento de los crímenes cometidos por el terrorismo de Estado entre 1974 y 1983.

Es cierto que la perspectiva de investigación comparada reviste importancia. Sin embargo, es necesario agregar que el abordaje del problema de los crímenes de Estado en Argentina significa ineludiblemente to-

mar en cuenta un análisis diacrónico y dentro del ámbito regional. En otras palabras, es imprescindible comenzar por enmarcar el problema en los procesos de constitución de Estados terroristas y sus posteriores transiciones democráticas en el Cono Sur.

Argentina, Uruguay, Chile, Paraguay, Brasil, Perú y los demás países de la región, tienen distintas experiencias en cuanto a la consolidación del Estado de derecho en los últimos cien años. Sin embargo, salvo pocas excepciones, todos ellos experimentan el problema de la violencia política a partir de la década de los sesenta; ingresan en gobiernos de facto o dictaduras militares en los años setenta, y arriban casi simultáneamente a la apertura democrática en la década de los ochenta.

La ejecución del terrorismo de Estado se desarrolló con las particularidades propias de cada proceso social y político: mientras Uruguay se caracterizó por el encarcelamiento político en condiciones inhumanas, Chile sobresalió por las ejecuciones extrajudiciales y Argentina por la desaparición forzada de personas y la clandestinidad de la represión. Pero todas estas dictaduras están marcadas por una coyuntura internacional signada por la doctrina de la seguridad nacional, elaborada por los Estados Unidos e íntimamente relacionada con las premisas bipolares de la Guerra Fría. Esta misma base ideológica permitió que los Estados coordinaran la represión y la extendieran más allá de sus fronteras.

2. El terrorismo de Estado en Argentina

El presente trabajo no se extenderá en la historia de la dictadura en Argentina. Sólo se rescatarán las características fundamentales de los crímenes cometidos que permiten abordar el problema del Estado de derecho hoy en el país.

El rasgo saliente de la dictadura militar que ocupó el poder entre 1976 y 1983 fue la aplicación de un sistema de terrorismo de Estado. Desde el comienzo de la década de los setenta Argentina atravesaba un grave conflicto de organizaciones políticas armadas que ejercían la acción directa y la respuesta del gobierno constitucional previo al golpe fue planteada a través de la utilización de las fuerzas armadas y de grupos parapoliciales que reprimieron de manera clandestina a la oposición política.

Luego del golpe militar, se formó una junta militar que ejerció el gobierno. A través de diversos cambios institucionales, el gobierno militar

trató de establecer un marco “legal” para ejercer la represión, pero de cualquier forma se la implementó a través de un sistema clandestino.

Para garantizar el encubrimiento y el silencio, se hizo participar a todos los integrantes de las fuerzas armadas de este plan militar de represión. La doctrina represiva clandestina, por los medios empleados, adquirió el carácter de terrorismo de Estado. Hannah Arendt definió al Estado terrorista como aquel que en forma deliberada y como decisión política utiliza los medios de que dispone en forma clandestina para amenazar, secuestrar, asesinar, torturar, etcétera, con la complicidad de todos los órganos oficiales y dando lugar a que sus habitantes se encuentren en una situación de absoluta indefensión.¹

Se instalaron más de 600 centros clandestinos de detención —que en general funcionaron en dependencias militares o policiales— donde eran alojadas las personas detenidas sin órdenes judiciales y en los que se practicaba la tortura por los medios más aberrantes. El destino de las personas desaparecidas es aún una incógnita.

Más de 600 hijos de personas desaparecidas, detenidos junto a sus padres o nacidos durante el cautiverio de ellos, fueron robados y entregados ilegalmente a familias de militares que los inscribieron como propios, de los cuales menos de una centena han sido recuperados por sus familias de origen.

II. PREGUNTAS DEL INSTITUTO MAX-PLANCK

1. *¿El poder estatal en Argentina, en el concierto de su proceso de transformación, denominó posteriormente un comportamiento social específico previo como “delincuencia de Estado”, y aún más, decidió permitir que se persiguiera y sancionara ese comportamiento a través del sistema penal y se efectuara una compensación?*

La Argentina de los años ochenta se caracterizó por dos razones divergentes: la atrocidad de las violaciones a los derechos humanos que se dieron a conocer una vez recuperada la democracia, y las inmediatas decisiones de castigar a los responsables.² En un lapso muy breve de tres

¹ Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza, 1932, 3, p. 592.

² *Verdad y justicia en la Argentina*, Washington D. C., CELS-Americas Watch, 1991.

años, Argentina se diferenció de lo que sería la transición democrática de sus países vecinos, especialmente por la condena a las juntas militares pero también por la labor de la Comisión de la Verdad, entre otras medidas. Posteriormente se igualaría a partir de decisiones políticas que garantizaron la impunidad de los responsables y en la actualidad con el proceso de revisión judicial del pasado.

Los candidatos a presidentes en las elecciones de 1983 incluyeron como tema central de sus campañas las decisiones que tomarían respecto de lo que ya se denominaban crímenes de Estado o, más precisamente, terrorismo de Estado. Se intentará dar cuenta de la forma en la que se fueron relacionando el derecho y la política en las distintas etapas del proceso de transición.

A partir de 1980 comienza el derrumbe de la política financiera de la dictadura y en 1982, la derrota en Malvinas trajo aparejada la pronta disolución del poder militar. Se planteaba entonces el tema de la transición hacia un nuevo gobierno. Las Fuerzas Armadas ambicionaban entregar el poder a alguna fuerza que continuara con el modelo económico y social y que garantizara su impunidad. Por su parte, los partidos políticos y los sindicatos unidos en lo que se llamó “la multipartidaria” basaron sus demandas en tres puntos: el levantamiento del estado de sitio, la legalización de la actividad política y sindical y el llamado a elecciones.³

Un punto nodal en este contexto fue precisamente el tema del tratamiento de los crímenes y la acción de los organismos de derechos humanos fue fundamental. Los militares no lograron condicionar la transición, por ello la junta militar se vio obligada a dictar normas para protegerse. El 23 de septiembre de 1983 se sancionó la Ley de Pacificación Nacional, por la cual se declaraba extintas las acciones penales por los delitos cometidos en el marco de “combatir el terrorismo”.

De esta manera, la persecución penal de los responsables de los crímenes del terrorismo de Estado se convirtió en un tema decisivo de la campaña electoral:

Antes de la sanción de la ley en cuestión, cuando se discutía acaloradamente sobre ella, el candidato presidencial de la Unión Cívica Radical, Raúl Alfonsín se comprometió a propiciar una norma que la dejara sin

³ Mignone, Emilio, *Derechos humanos y sociedad. El caso argentino*, Buenos Aires, Ediciones del Pensamiento Nacional, 1991.

efecto. En cambio el candidato justicialista⁴ Italo A. Luder formuló un pronunciamiento ambiguo diciendo que el momento no estaba maduro y que había que tener en cuenta ciertas precauciones desde el punto de vista moral y político que no estaban presentes. A renglón seguido afirmaba que desde el punto de vista legal sus efectos eran irreversibles. Sin embargo, algunos días más tarde declaró, contradiciéndose, que si era elegido presidente dejaría sin efecto dicha ley.⁵

Una de las primeras decisiones del gobierno constitucional que asumió el poder en 1983 fue la de juzgar a los máximos responsables de la dictadura militar. El primer punto que llama la atención es que esa decisión no fue adoptada por los órganos competentes, jueces o fiscales, sino que se hizo por decreto del Poder Ejecutivo.⁶ Miles de denuncias por homicidios, secuestros, privaciones ilegales de la libertad, apremios ilegales y otros delitos, habían sido presentadas ante los tribunales por lo que éstos se encontraban habilitados para iniciar las investigaciones; era innecesaria entonces la orden de un órgano político para que los juicios se desarrollaran.

Sin embargo tenía una enorme significación social la expresión de la voluntad política por parte del presidente. Él mismo estableció quiénes entre los máximos responsables serían juzgados y quiénes no; de hecho, la última Junta Militar no fue investigada. El presidente resolvió en el mismo decreto juzgar a los jefes de las organizaciones políticas armadas, lo que provocó fuertes debates puesto que igualaba el accionar delictivo del Estado con aquel ejercido desde organizaciones no estatales. Esta decisión dio lugar a lo que se conoció como la *teoría de los dos demonios* que atravesó la política estatal durante el gobierno de Raúl Alfonsín, sobre la que se profundizará más adelante.

2. ¿Se decidió sobre las consecuencias y los costos de este comportamiento en el sistema penal?

Los diversos proyectos de reforma de la legislación vigente que el Poder Ejecutivo elevó al Congreso Nacional para llevar adelante los procesos no produjeron cambios en el Código Penal. Sencillamente establecie-

⁴ Del partido Peronista o Partido Justicialista.

⁵ Mignone, *op. cit.*, nota 3, pp. 148 y ss.

⁶ Decreto del Poder Ejecutivo núm. 158 de diciembre de 1983.

ron que la competencia para llevar adelante los juicios sería de los tribunales militares y se limitaron a permitir una participación mínima de las víctimas ante ese fuero y una revisión por la justicia común.

Se reformó el Código de Justicia Militar y se mantuvo el fuero militar sólo para delitos y faltas esencialmente militares. Sin embargo, se preservó la intervención del fuero especial para juzgar a los militares acusados por delitos comunes; se incorporó el artículo 100 *bis* que otorgó legitimación a las víctimas para indicar medios de prueba, ser notificados de la sentencia o de la radicación en la Cámara Federal e interponer el recurso de revisión. La presentación por este artículo interrumpía también la prescripción por daños y perjuicios.

Por otro lado, la sanción de la Ley 23.049 introdujo un recurso de revisión por parte de las Cámaras Federales a la actividad del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y la posibilidad de que esas Cámaras se avocaran a la investigación en caso de incumplimiento por parte del Consejo. La ley preveía también la posibilidad de que las Cámaras asumieran la persecución penal en caso de negligencia o demora injustificada de parte de las fuerzas armadas.

De este modo, los jueces castrenses comenzaron a juzgar a sus pares aplicando para ello el Código Penal de la nación y el Código de Justicia Militar. La estrategia del presidente de la nación pretendía que las fuerzas armadas se juzgaran a sí mismas y se autodepuraran, lo que redundaría en un acercamiento de éstas con la sociedad y permitiría limpiar su imagen ante la opinión pública.

Esta decisión obedeció a cuestiones políticas y no jurídicas. De hecho, fue adoptada en contra del reclamo de una sociedad que entendía que recuperar la democracia era aplicar las normas del derecho y que debía ser la justicia civil quien revisara los graves crímenes cometidos por los militares. El resultado de la medida sancionada por el Poder Legislativo fue la inactividad de los jueces castrenses que se negaban a instruir los sumarios, la ausencia total de investigación y la convalidación de la legitimidad de las órdenes militares.

La situación pudo ser encauzada porque el procedimiento preveía la intervención de la justicia civil en caso de que los procesos no avanzaran. Esta “prevención” era parte de las cláusulas introducidas por el Senado de la nación al momento de votar la ley.

El tratamiento de la ley dio lugar a que en el Senado, donde el radicalismo no tenía mayoría, se introdujesen dos modificaciones que darían lugar a que la iniciativa de Alfonsín se saliese de los límites previstos, con consecuencias inesperadas... se estableció que la Cámara Federal correspondiente podría ordenar la remisión del proceso ...se exceptuó de la ventaja procesal de la inversión de la prueba al personal de las Fuerzas Armadas y de seguridad que hubieran actuado bajo órdenes, en el caso de tratarse de “actos atroces y aberrantes”.⁷

Por ello, a fines de 1984 la Cámara Federal de la Capital Federal resolvió recuperar los expedientes de la esfera militar y reanudar las investigaciones.⁸ Así, el 9 de diciembre de 1985, luego de nueve meses de investigación, se dictó sentencia contra los miembros de las juntas militares. El tribunal consideró que había existido un plan deliberado, concertado, para ejecutar una política de represión encubierta y que esa política se convirtió en el arma principal de la dictadura en su campaña para eliminar a la subversión. Cinco de los procesados fueron condenados y cuatro fueron absueltos.

Como se sostuvo anteriormente, no hizo falta para ello reformar la legislación penal vigente.⁹ Los delitos por los que se condenó a cinco de los nueve acusados fueron homicidio agravado por alevosía, privación ilegal de la libertad agravada por violencia y amenazas, tormentos, tormentos seguidos de muerte y robo, todos ellos previstos en el Código Penal.¹⁰

Este juicio marca sin duda un hito en la historia reciente de Argentina. Interesa destacar aquí que con las herramientas legales disponibles los jueces lograron demostrar el carácter sistemático y generalizado del plan implementado por los militares para violar los derechos humanos e imponer condenas. El Estado, a través de esta sentencia, dio cuenta de su capacidad de imponerse, a través del Estado de derecho, al abuso del po-

⁷ Mignone, *op. cit.*, nota 3, p. 154.

⁸ Esta decisión fue adoptada el 4 de octubre de 1984.

⁹ Se logró eludir de esta forma posibles impedimentos para perseguir penalmente basados en el principio de legalidad penal; en estos límites que operan como garantía para los imputados se basaron las críticas mejor fundadas a los juicios de Nuremberg.

¹⁰ La Cámara condenó a Videla a reclusión perpetua; a Massera a prisión perpetua; a Viola a 17 años de prisión; a Lambruschini a 8; a Agosti a 4 y medio, y absolvió a Grafigna, Anaya, Lami Dozo y Galtieri.

der y sus violaciones a los derechos humanos.¹¹ Los delitos cometidos por el Estado terrorista se encontraban previstos en la legislación penal al momento de ser cometidos y la aplicación de la ley se constituyó en condición para la reconstrucción del Estado de derecho. Esta histórica sentencia fue avalada por el consenso social y político, tanto en el ámbito nacional como internacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación la confirmó.

3. *¿Poderes políticos impidieron o dificultaron la toma de decisiones en el derecho?*

Esta misma sentencia, sin embargo, iniciaba un problema político que terminó de resolverse dos años después aunque sus consecuencias persisten aún hoy. En uno de sus puntos la decisión de la Cámara ordenó a los jueces de primera instancia instruir juicios contra el resto de los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad. Como lo ha remarcado Marcelo Sancinetti este punto era “notoriamente extraño al objeto de la sentencia” y su resultado fue la activación de miles de juicios contra la explícita pretensión del gobierno de limitar el juzgamiento a los máximos responsables.

La decisión de la justicia avivó las tensiones ya existentes entre civiles y militares, lo que impulsó al Poder Ejecutivo a ensayar nuevas estrategias para disminuir el número de procesamientos contra los subalternos.

El 23 de abril de 1986, a través del ministerio de defensa, se instruyó a los fiscales militares para que alegaran obediencia debida interpretando para ello que “todo subordinado obró con «error insalvable sobre la legitimidad de la orden»”. Estas directivas no se concretaron, gracias a las presiones ejercidas por la sociedad civil y la oposición parlamentaria. El 25 de junio de 1986 el Senado aprobó por unanimidad la interpelación al ministro de Defensa, Horacio Jaunarena,¹² que se realizó el 3 de julio de ese mismo año. En dicha interpelación el funcionario informó a los

¹¹ Estas afirmaciones no desconocen las críticas de que son pasibles tanto el proceso como la sentencia. Para un análisis pormenorizado, véase Sancinetti, Marcelo, *Derechos humanos en la Argentina posdictatorial*, Buenos Aires, Lerner, 1988, pp. 45 y ss.

¹² Jaunarena no sólo fue ministro de Defensa del presidente Raúl Alfonsín, sino que ocupó el mismo cargo durante los mandatos del también radical Fernando de la Rúa y de Eduardo Duhalde, del Partido Justicialista.

senadores sobre el alcance de las instrucciones cursadas por el Ministerio de Defensa al fiscal general del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas.

Finalmente, se impuso el poder militar¹³ y se sancionaron dos leyes impulsadas por el Poder Ejecutivo —la de Punto Final y la de Obediencia Debida— que impidieron el juzgamiento de los subalternos y clausuraron una etapa de la actividad jurisdiccional.¹⁴ Los únicos delitos excluidos de esas leyes fueron la apropiación de menores y el robo de bienes.

La primera de esas normas acortó el plazo de prescripción a un periodo de dos meses, vencido el cual, si los acusados no hubieren sido llamados a prestar declaración indagatoria, no podrían ser citados en el futuro. El efecto fue el contrario al esperado por el gobierno porque la actividad judicial se incrementó inesperadamente.

“Dio lugar a una frenética actividad de las cámaras federales que no quisieron cargar con la responsabilidad histórica de la impunidad y se pusieron en movimiento los procesos contra varios centenares de los acusados”.¹⁵ De ese modo se logró el procesamiento de gran cantidad de militares y miembros de las fuerzas de seguridad.

La segunda norma pretendió remediar esa situación. Determinó *a priori*, y sin permitir constatación judicial o prueba en contrario, que todos aquellos acusados que no hubieren ocupado puestos de decisión habían actuado obedeciendo órdenes superiores.

Ambas leyes fueron aplicadas por los jueces y convalidadas por la Corte Suprema de Justicia.¹⁶

Entre 1989 y 1990, los decretos de indulto del segundo presidente constitucional reabrieron la polémica.¹⁷ El Poder Ejecutivo perdonó a quienes habían sido condenados en el juicio a las juntas y a otros milita-

¹³ Los militares no se valieron sólo de la presión política, sino que además se produjeron dos levantamientos armados encabezados por el entonces coronel Aldo Rico, con quien pactó el entonces presidente Alfonsín. Rico es actualmente intendente de San Miguel (un importante departamento de la provincia de Buenos Aires) y candidato a gobernador de la provincia de Buenos Aires. Además es uno de los principales impulsores de las autoritarias políticas de “mano dura” o de “ley y orden” como herramientas para combatir la inseguridad ciudadana.

¹⁴ Punto Final, Ley 23.492, BO 29/12/86 y Obediencia Debida, Ley 23.521.

¹⁵ Mignone, *op. cit.*, nota 3, p. 162.

¹⁶ Auto de fecha 29 de marzo de 1988, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos CS, t. 1, p. 32.

¹⁷ Decretos 2741/2/3/4/5/6, 1002/89.

res que habían sido sancionados o que permanecían procesados.¹⁸ No esgrimió consideración jurídica alguna sino que la decisión se justificó únicamente en el concepto de pacificación nacional. Se abrió una discusión jurídica sobre su valor constitucional que se clausuró con los fallos de la Corte que los convalidaron.¹⁹

Durante el primer gobierno constitucional, el poder político había intentado en todo momento mantener bajo control la actividad judicial y el contrapeso estuvo marcado por la sociedad civil que ejerció una fuerte oposición a esa intervención e intentó torcer las decisiones que menoscabarían al Estado de derecho, sólo algunas veces con éxito. Los militares por su parte presionaron al gobierno, y llegaron a hacerlo por las armas, hasta lograr sellar su impunidad por leyes dictadas por el Congreso nacional. Durante el gobierno de Carlos Menem los militares continuaron presionando para obtener el indulto, sin embargo, éste fue una concesión del gobierno para poder llevar a cabo una estrategia que desarticuló el poder militar por el resto de su mandato.

El debate social que enfrentó a los organismos de derechos humanos con la política del gobierno constitucional de Raúl Alfonsín al momento en que las leyes de impunidad fueron dictadas tenía como premisa la preservación del sistema democrático en el periodo de la transición. Bajo una insistente presión por parte de los miembros de las fuerzas armadas, el fundamento político para interrumpir la acción de la justicia luego de la condena a los ex comandantes consistió en que los juicios constituirían un riesgo para el sistema democrático. En la base de esta postura yacía la idea de que la democracia argentina era débil y se encontraba fuertemente limitada por la acción de las instituciones castrenses que seguían siendo un importante factor de orden político. Por ello, sobre este entendimiento, se requería desplazar al Poder Judicial de su papel central en la transición y avanzar en una solución que debía ser indefectiblemente política.

La posición contraria a la solución política, liderada por el movimiento de derechos humanos con el apoyo de una parte sustancial de la sociedad, sostenía que para resolver el problema de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado y afianzar la estabilidad

¹⁸ A pesar de que el indulto está previsto únicamente para condenados.

¹⁹ Auto de fecha 29 de marzo de 1988, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos CS, t. 1, p. 32.

democrática en el periodo de la transición, debía optarse por la actuación plena e independiente de la justicia. Las leyes de impunidad no sólo no aventajaban el riesgo de las regresiones autoritarias sino que, además, socavaban las bases mismas del Estado de derecho y debilitaban así al sistema democrático.²⁰

4. *¿Cómo se aprecian las consecuencias para el proceso de transformación de las decisiones en el derecho y sus posteriores trabas provenientes de los poderes políticos?*

Es posible notar entonces que en un primer momento, con las herramientas legales disponibles y en el marco de instituciones democráticas débiles, fue posible llevar a juicio a los responsables y demás partícipes de los crímenes atroces cometidos durante el terrorismo de Estado. No fue necesario hacer uso de otras normas que las vigentes en el ordenamiento jurídico interno. Los avances y retrocesos de este periodo son producto del derecho y de la política casi en igual medida y dentro de esta última de la correlación de fuerzas entre civiles y militares.

Durante los años siguientes a aquellas medidas orientadas bajo la lógica de la solución política, no hubo reclamo judicial que prosperara a pesar de los incansables intentos de las organizaciones de derechos humanos. Pese a ello, las víctimas y los organismos acudieron a las instancias internacionales de protección de derechos humanos, obteniendo pronunciamientos contrarios a la validez de las leyes de impunidad por su contradicción con el derecho internacional.

Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos actuaron como una vía supletoria ante el cierre del acceso a los recursos judiciales internos y si bien no resultaron adecuados para reparar las violaciones en casos individuales, avanzaron en la fijación de estándares sobre el derecho de las víctimas a conocer la verdad y obtener justicia y reparación. Estos estándares fueron luego incorporados, como se verá, al derecho interno, y contribuyeron decisivamente a apuntalar sobre el fin de siglo la recuperación de un espacio de protagonismo de la judicatura.

²⁰ Cfr. Mignone, Emilio, *op. cit.*, nota 3, *passim*. Véase también Mendez, Juan y Chillier, Gaston, “El fallo del juez Cavallo y sus consecuencias sobre el sistema democrático”, *Nueva Doctrina Penal*, 2000, pp. 509 y ss.

En el ámbito local, sólo al cumplirse veinte años del golpe de Estado, tras una multitudinaria movilización social y una reedición del debate en la esfera pública, se logró alterar el escenario político. Las confesiones de algunos militares sobre los métodos utilizados durante la dictadura permitieron renovar los intentos frente al Poder Judicial. Aunque no parecía posible imponer condenas penales, era imprescindible buscar una nueva intervención del Poder Judicial.

El derecho a la verdad

En 1995 se presentó el primer reclamo a los jueces para que reconocieran el derecho a la verdad. Aún seguía vigente la obligación de investigar la suerte corrida por los detenidos desaparecidos y el destino de sus cuerpos. También se presentaba la oportunidad de lograr, por medio de una exhaustiva investigación, un conocimiento minucioso de la metodología utilizada por la dictadura militar.

Los pedidos —presentados al mismo tribunal que había condenado a las juntas militares— se fundaron en el derecho internacional; especialmente en las obligaciones que surgen para los Estados frente a graves violaciones a los derechos humanos, esto es, investigar los hechos, informar a las víctimas y sus familiares, juzgar y sancionar a los responsables. Estas obligaciones, aunque relacionadas, son independientes unas de otras por lo que el Estado no puede desentenderse de unas con el pretexto de que las demás se han tornado de imposible cumplimiento.

En cuanto a la investigación de los hechos, los pedidos presentados se fundaron en la doctrina elaborada por los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos que establece que el Estado debe poner a disposición de los interesados y de la sociedad en general toda la información que posee, como así también los medios idóneos para llegar a la verdad. En tal sentido, las acciones por el derecho a la verdad comenzaron a incorporar al derecho local estándares sobre derechos humanos que el sistema interamericano había fijado en el tratamiento de casos individuales promovidos por las propias víctimas de las dictaduras latinoamericanas y por las organizaciones de derechos humanos locales e internacionales que patrocinaron sus reclamos.²¹

²¹ Corte Interamericana de derechos humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, número 4.

El derecho a la verdad se fundó también en normas constitucionales. Se afirmó que este derecho es la reconceptualización de antiquísimos deberes del Estado y derechos de los individuos que se deducen de aquellos derechos reconocidos por la Constitución “que nacen del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno”. El derecho a la verdad es, en este sentido, el derecho a obtener respuestas del Estado sobre todo lo que al individuo le corresponde saber.

El 20 de abril de 1995, se dictó la primera resolución judicial que aceptó el derecho a la verdad y lo hizo de manera amplia, como derecho individual de las víctimas y sus familiares pero también colectivo perteneciente a la sociedad en su conjunto.

La decisión de los jueces se inspiraba en el derecho internacional y las obligaciones derivadas. En este sentido, la utilización del derecho internacional incorporaba la posibilidad de tratar a estos crímenes a partir de las obligaciones del Estado frente a la comunidad internacional y no sólo como la aplicación de la ley en una relación aislada entre el Estado y ciudadanos. Se advierte entonces una nueva perspectiva de la relación entre la política, el derecho y el Estado. Los jueces hablaban como representantes de un Estado comprometido frente a la comunidad internacional y sus normas y admitían la necesidad de garantizar derechos no enunciados en el orden interno y aun de un deber ético frente a la sociedad.²²

Fue otro paso de gran importancia en el proceso de lucha contra la impunidad. Hubo quienes entendieron que pelear por la verdad sin invocar “juicio y castigo” significaba claudicar en los reclamos. Pero el objetivo era poder “judicializar” nuevamente el debate y se logró.

Pocos años debieron pasar para que los mismos tribunales que habían convalidado la impunidad comenzaran a elevar los estándares judiciales y a esbozar estrategias que permitirían paulatinamente salvar los obstáculos y avanzar en el camino de la justicia.

Un hito decisivo para el avance de esta estrategia fue la incorporación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional tras la reforma constitucional de 1994 y una incipiente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que convalidó la preeminencia de los tratados sobre las leyes internas²³ y luego de la enmienda constitucio-

²² Posteriormente el desarrollo de la jurisprudencia sobre este derecho no fue lineal, también vio avances y retrocesos.

²³ *Ekmekdjian, Miguel A. vs. Sofovich, Gerardo y otros*, CSJN, 7 de julio de 1992.

nal, afirmó su carácter operativo y auto ejecutable en las instancias domésticas, así como el valor de las decisiones de los órganos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, como una guía para la interpretación de esos tratados por los tribunales locales.²⁴

Por otra parte, en el tratamiento de pedidos de extradición de criminales de guerra nazi, la Corte Suprema reconoció como parte del sistema jurídico argentino los principios y las normas del derecho penal internacional que tipificaban los crímenes y su régimen de imprescriptibilidad.²⁵

Poco a poco diferentes resoluciones comenzaron a declarar la imprescriptibilidad de los delitos de la dictadura —debe recordarse que habían pasado más de veinte años desde que algunos de ellos se cometieron— lo que permitió mantener en trámite los casos judiciales aún hasta la actualidad.²⁶

Lo mismo sucedió en el denominado Caso Poblete, sobre el que se enfatizará más adelante.

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Giroldi, Horacio David, Sentencia del 7 de abril de 1995.

²⁵ Lo hizo a partir de una interpretación dinámica de la mención al derecho de gentes en el artículo 118 de la Constitución nacional y de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio incorporada a con rango constitucional por el artículo 75 inciso 22 de la ley fundamental, en el caso de la extradición del Erich Priebke a la República de Italia (J. A., 1996-I, pp. 331 y ss.).

²⁶ Simultáneamente, el Estado adoptó diversas medidas de reparación para las víctimas y a la sociedad. Mencionaremos sólo algunas de ellas.

Se creó un Banco Nacional de Datos Genéticos que pretende identificar y restituir a su familia de sangre los hijos de desaparecidos o asesinados, secuestrados o nacidos en cautiverio, tarea que se vio reforzada por la creación de la Comisión de Derecho a la Identidad. Se introdujo en la legislación un nuevo estado de las personas, la figura del ausente por desaparición forzada.

Se dispuso la restitución de los bienes de organizaciones sindicales que habían sido intervenidos durante la dictadura y la exoneración de deudas de entidades asistenciales vinculadas a sindicatos también intervenidos. Se otorgaron beneficios para la obtención de créditos hipotecarios por parte de los hijos de personas desaparecidas. Se reincorporó a empleados estatales que habían sido removidos de sus puestos durante la dictadura, a la vez que las indemnizaciones a las personas que no fueron reincorporadas. También se dictaron varias normas por medio de las cuales se dispuso una reparación económica para las víctimas.

5. *Los derechos humanos, con relación a las decisiones tratadas arriba, ¿se vuelven argumentos de reacciones ante dichas decisiones?*

Efectivamente los derechos humanos resultaron ser el principal argumento de las reacciones contra las decisiones tomadas en el marco de la lógica de la solución política. El protagonismo de los derechos humanos surgió tanto del ámbito local con el reconocimiento judicial de la preeminencia de los tratados internacionales por sobre las leyes, y a través de la incorporación de las convenciones de derechos humanos a la Constitución en 1994, como del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional; sistemas normativos en los que reposaron la garantización del derecho a la verdad, las declaraciones de nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, y la imprescriptibilidad y no amnistiabilidad que se reconoció a los delitos de lesa humanidad.

El Caso Poblete

En el año 2000, en el marco del Caso Poblete, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) solicitó judicialmente la declaración de nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida y el consecuente juzgamiento de varios miembros de las fuerzas armadas y de seguridad por crímenes de lesa humanidad.

El caso escogido para el planteo judicial contaba con algunas particularidades: se trata del secuestro de un matrimonio y su hija recién nacida. Los padres se encuentran aún desaparecidos y la niña fue apropiada ilegalmente por un militar y su esposa. Los delitos cometidos contra la niña podían ser juzgados sin obstáculos legales porque no habían sido comprendidos en las leyes de impunidad; en cambio, aquéllos de los que fueron víctimas los padres sí habían sido amnistiados. Lo llamativo es que la niña no hubiese podido ser robada si previamente no hubiese sido secuestrada junto a sus padres y tampoco si éstos estuvieran con vida. La justicia entonces se encontraba frente a la comisión de varias conductas delictivas, todas ellos de igual gravedad, algunas de las cuales podían ser perseguidas y condenadas y otras no.

Esta irrazonable situación plasmada en el caso contribuyó para que se lograra discutir judicialmente la validez de las leyes de impunidad. Sin

embargo, lo fundamental para lograr que el planteo fuera admitido fue que el escenario de la política judicial había cambiado.

Así, en marzo de 2001, el juez federal de Instrucción a cargo de la causa dictaminó la nulidad de ambas normas legislativas por ser contrarias a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Argentina. Esta resolución fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones en el mes de noviembre del mismo año. Los argumentos presentados al juez se centraban en el deber jurisdiccional de continuar la investigación de los delitos de lesa humanidad y en que las leyes que otorgaron beneficios de impunidad son nulas por ser contrarias al derecho internacional. Para introducir la categoría de crímenes de lesa humanidad y el tratamiento particular que éstos merecen (imprescriptibilidad, inamnistiabilidad, etcétera) se tradujeron las figuras del Código Penal en los términos de los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino.

En la resolución judicial se afirmó que los delitos que se denunciaban —torturas y desaparición forzada— constituyen crímenes contra la humanidad y que ya lo eran al momento de su comisión. Por tal circunstancia entran en consideración algunos principios y reglas generados en el derecho penal internacional específicamente para el juzgamiento de esos crímenes.

Por una parte, es la humanidad en su conjunto la que afirma el carácter criminal de esas conductas, aun cuando el derecho doméstico del Estado no las prohíba. Como se dijo anteriormente, los hechos del caso encuadran en algunos tipos jurídicos del Código Penal argentino (privación ilegal de la libertad y apremios ilegales o torturas) pero no se han incorporado a la legislación penal de fondo delitos contenidos en los tratados internacionales como la desaparición forzada de personas. De cualquier manera, están previstos en pactos de los que Argentina es parte e incorporados a la Constitución nacional, por lo que los efectos que derivan de este reconocimiento deben ser tenidos en consideración por los jueces.

Esos efectos recién mencionados surgen de normas consuetudinarias (más allá de estar reflejadas también en tratados) que completan lo que vendría a ser una suerte de “estatuto jurídico” de los crímenes contra el derecho de gentes. Se refieren a la imprescriptibilidad de tales delitos, a la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut punire*) y a la inadmi-

sibilidad de la obediencia debida como causal de exclusión de la responsabilidad penal.

Las leyes que consagraron la impunidad de los responsables de esos graves crímenes violan la obligación estatal de perseguir y sancionar penalmente contenida en tratados internacionales que ya estaban en vigor al momento de su sanción. Entre otros tratados internacionales, tal obligación surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En virtud de tales consideraciones y a la luz de resoluciones de organismos internacionales que habían declarado el deber de Argentina de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, el juez resolvió declarar la invalidez de las leyes de impunidad.

Días después de dictada esta resolución, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el Caso Barrios Altos, y con extraordinaria claridad declaró la invalidez de las leyes de amnistía peruanas, respecto de crímenes cometidos por el servicio de inteligencia del gobierno de Alberto Fujimori. También aplican la jurisprudencia de la Comisión Interamericana sobre Argentina,²⁷ en la que se ha declarado, a la luz de aquellos principios, de manera específica la contradicción de leyes de impunidad argentinas con la Convención.

La Cámara Federal de Apelaciones confirmó en el mes de noviembre de 2001 la resolución del juez y declaró la invalidez de las leyes de impunidad. Reconoció que son contrarias a las obligaciones asumidas por Argentina ya que pesa sobre el Estado la obligación de juzgar y castigar, norma imperativa proveniente del *ius cogens*. Según los jueces, desde la incorporación de Argentina a la Convención Americana, al Pacto Internacional y a la Convención contra la Tortura, el Estado se encontraba impedido de dictar normas que vedaran la posibilidad de investigar cualquier caso de lesión de bienes protegidos por esos tratados o restringieran la punibilidad de esos delitos.

Afirmó el tribunal que “Sin embargo, habiéndose dictado normas de ese tenor, no corresponde aplicarlas si de tal circunstancia pudiere surgir responsabilidad para el Estado argentino. Así, la única vía posible para evitar tal situación la constituye el desconocimiento de la validez de las leyes...”.

²⁷ CIDH, Informe 28/92.

Tras realizar un recorrido por la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos, el tribunal de apelaciones concluyó que “En el contexto actual del desarrollo del derecho constitucional de los derechos humanos la invalidación y declaración de inconstitucionalidad de las leyes... no constituye una alternativa. Es una obligación”.

Un elemento que distingue el Caso Poblete y que marca el estado actual del debate ante el Poder Judicial y la lucha contra la impunidad es que los argumentos centrales de las decisiones del juez de instrucción y de la alzada se construyen mediante la aplicación directa del derecho internacional. Como se ha visto, el uso de estándares internacionales en el ámbito interno fue una estrategia jurídica de los organismos de derechos humanos desde las primeras causas por derecho a la verdad, y procuró conferir a los jueces nuevas fuentes de argumentación que autorizaran a reabrir el debate sobre las leyes en el espacio de la justicia. En síntesis, ambas resoluciones establecen la invalidez de las leyes de impunidad sobre la base del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos. La consagración de los crímenes como delitos de lesa humanidad y su carácter imprescriptible y no amnistiable surgen de la primera fuente, y la obligación del Estado de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos, y la invalidez de las normas que lo impidan, provienen de la segunda fuente.

Esta jurisprudencia de los tribunales domésticos en materia de derecho penal internacional se sostiene, como fuera dicho, en una lectura dinámica de un viejo precepto constitucional que refiere la preeminencia del derecho de gentes,²⁸ y recorre el camino abierto en el escenario internacional por los tribunales españoles e ingleses en el proceso contra el general Augusto Pinochet y los desarrollos de los tribunales penales *ad hoc* para Ruanda y la ex Yugoslavia. Al mismo tiempo, los tribunales argentinos aplican en el ámbito interno la tradicional jurisprudencia de la Corte Interamericana acerca del derecho de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos de conocer la verdad y obtener justicia. Este principio sostenido en su primera sentencia en el caso Velásquez Rodríguez, en el que se analizaba la práctica de la desaparición forzada durante la dictadura de Honduras, fue ratificada en su más reciente decisión en el Caso Barrios Altos recién mencionado.

²⁸ Actual artículo 118 de la Constitución argentina.

6. *¿Quién convierte los derechos humanos en tema de reacciones?
(por un lado: las víctimas, los perpetradores y movimientos sociales;
por otro lado: políticos, funcionarios públicos y jueces)*

La exigencia del reconocimiento de los derechos humanos como reacciones ante las decisiones que impedían o dificultaban la toma de decisiones en el derecho ha tenido diversos impulsores. En primer lugar se encuentran las víctimas y sus familiares junto a las organizaciones de derechos humanos, y posteriormente podría mencionarse a algunos pocos operadores judiciales.

Como se adelantó oportunamente, en relación con el tratamiento de los crímenes, algunos ejes planteados por el movimiento de derechos humanos influenciaron fuertemente en la agenda de la transición y el debate eleccionario.²⁹ Al momento de asumir el gobierno constitucional, se habían afianzado en la opinión pública algunos temas centrales: la negativa a aceptar cualquier autoamnistía militar y condicionamiento a partir de pactos de impunidad, y los derechos humanos como tema de la transición. A su vez, los organismos de derechos humanos ocupaban un papel central como actores sociales y se configuraban como referentes éticos del nuevo sistema por construir.

Son también los organismos de derechos humanos quienes instalan el concepto de un “plan sistemático” para entender y juzgar los crímenes de Estado. Esta postura se enfrentaba a la idea de que habían sido “excesos” cometidos por algunos miembros de las fuerzas armadas. También contradecía parte del argumento en el que se basaba el proyecto de ley elevado por el Poder Ejecutivo con el objeto de determinar las responsabilidades en las violaciones a los derechos humanos. En ese proyecto —que luego sería la Ley 23049— se distinguían entre quienes habían planificado y dado las órdenes, quienes se habían excedido en su cumplimiento y quienes simplemente habían obedecido bajo un “contexto de presión”.³⁰

²⁹ Aunque en la opinión pública estaba anclada la idea de que el gobierno respetaría el marco de garantías del Estado de derecho, fue necesaria la presión del movimiento de derechos humanos para que los partidos políticos y los sindicatos incluyeran el juzgamiento de los crímenes como tema de agenda.

³⁰ En relación con la participación criminal, la fiscalía federal en el juicio a las juntas (1985) se valió de la teoría del dominio por fuerza de un aparato organizado de poder, elaborada por Claus Roxin; una mirada crítica, al considerar que dicha teoría podía justificar “ciertas soluciones políticas poco deseables”, en Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *De-recho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 748.

Otro de los temas conflictivos fue la igualación del accionar delictivo del Estado con aquél ejercido desde organizaciones no estatales, argumento conocido como la *teoría de los dos demonios*. Los decretos 157 y 158 del 13 de diciembre de 1983 promovían acción penal contra integrantes de las organizaciones Montoneros y ERP —el primero— y contra los miembros de las tres primeras juntas militares —el segundo—. Frente a esto, los organismos de derechos humanos reclamaron un tratamiento específico frente a los crímenes de Estado.

Finalmente, es posible afirmar que los avances del derecho internacional de los derechos humanos son el producto de la acción decidida de las víctimas y sus familiares, que no cesaron jamás en sus reclamos de justicia. Fueron las víctimas argentinas quienes iniciaron la primera causa en España ante el juez Baltazar Garzón, procurando superar las leyes de impunidad en el país. Al mismo tiempo, fueron las víctimas quienes, ante la sanción de esas leyes a fines de los años ochenta, decidieron acudir al sistema interamericano para cuestionarlas y contribuyeron a sentar los principios que tiempo después sirvieron para invalidarlas.

7. ¿Con qué atribución funcional los derechos humanos se vuelven un tema en cada reacción?

La exigencia del reconocimiento de los derechos humanos, por ejemplo respecto del derecho a la verdad, respondía a una estrategia política que pretendía poner nuevamente en funcionamiento al Poder Judicial, aunque con un reclamo de mínima, y a una estrategia jurídica cuyo objetivo era avanzar en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno.

Es en este sentido que el Caso Poblete no puede entenderse como una decisión aislada, sino como parte de un proceso social y político por recuperar el papel de la judicatura democrática como actor central en el tratamiento de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar argentina. Este proceso se articuló con una estrategia legal que apuntó a la utilización de las instancias internacionales de protección para fijar estándares que pudieran ser luego importados al derecho interno y sirvieran para reabrir la discusión sobre la validez de las leyes de impunidad y de los indultos en el ámbito de la justicia.

Esta estrategia legal tenía también por objetivo ser un medio para reforzar los instrumentos de protección de estos derechos y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas y en particular del mismo sistema de justicia.

El Caso Poblete permite además revisar en otro escenario los dilemas del proceso de transición democrática en la Argentina, y en particular la opción para superar la “debilidad” del sistema por la vía de una solución política o judicial al problema de los crímenes de Estado cometidos en el periodo dictatorial.

Es indudable que la exclusión de la justicia en aquel proceso contribuyó a consolidar la presencia de la impunidad en el escenario político argentino, y socavó la legitimidad de las instituciones de la democracia y en especial la credibilidad en el sistema judicial. En definitiva, la denominada solución política, lejos de garantizar la estabilidad del sistema, lo debilitó dramáticamente, y está en la raíz de la crisis de legitimidad que atraviesa hoy a las instituciones y a los principales protagonistas de nuestra incipiente democracia constitucional. Por el contrario, la memoria colectiva del terrorismo de Estado, a la que contribuyó el juicio a las juntas, el informe de la Conadep, las causas de verdad y por apropiación de niños y las condenas internacionales, entre otras acciones, ha sido un factor decisivo en la repulsa social de cualquier intento de regresión autoritaria o quiebre de las reglas constitucionales, aun en los momentos más agitados de la tormenta política que atraviesa el país.