

Ramón Torres Molina

LOS DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA

Segunda edición

Memorias del Sur

LOS DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA
Segunda edición

Ramón Torres Molina

LOS DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA
Segunda edición

Memorias del Sur

Torres Molina, Ramón Horacio

Los derechos humanos en Argentina / Ramón Horacio Torres Molina ; compilado por Ramón Horacio Torres Molina. - 1a ed ampliada. - Pergamino : Ramón Horacio Torres Molina, 2018.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-778-638-5

1. Derechos Humanos. I. Torres Molina, Ramón Horacio, comp. II. Título.

CDD 323

©Ramón Torres Molina
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Edición ampliada
ISBN 978-987-778-638-5

Queda hecho el depósito que dispone la Ley 11723
Editado e impreso en Argentina

Índice

Prólogo a la segunda edición	7
Prólogo a la primera edición.....	9
Dictamen Fiscal en Habeas Corpus interpuesto en favor del ex gobernador de la provincia de Santa Cruz.....	19
Los que mueren de hambre.....	21
Memorial presentado ante la Cámara Federal de Bahía Blanca.....	41
Inconstitucionalidad de una ley de amnistía dictada por un gobierno de facto.....	47
La proscripción política	57
Consecuencias jurídicas de la desaparición de menores.....	63
Inconstitucionalidad de la Ley de Punto Final	75
La Obediencia Debida	85
La desaparición de menores en Argentina	89
Pericia hemogenética compulsiva	101
La ideología de la Seguridad Nacional	109
El derecho a la defensa en juicio	113
Las nulidades procesales en el juicio “La Tablada”	117
Transición democrática y Derechos Humanos en Argentina....	119
Un genocidio legalizado	131
La Noche de los Lápices	135
El Derecho Penal ante la desaparición de menores	139
El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	147
Funcionarios de facto.....	155
Justicia transnacional.....	161
Seguridad ciudadana o represión ciudadana.....	165

Pena de muerte	181
Presunción de inocencia y excarcelación	183
Derecho Internacional de los Derechos Humanos	187
Delitos de lesa humanidad.....	193
Los archivos de la dictadura.....	215
Argentina: Políticas de la memoria	219
Veinticinco años del Informe de la CONADEP	229
Memoria histórica y construcción de la historia.....	233
Archivos, memoria, historia	241
Los juicios por delitos de lesa humanidad	249
Por una ley de la Memoria Histórica	255

Prólogo a la segunda edición

EN 1990 PUBLIQUÉ UNA RECOPIACIÓN DE TRABAJOS QUE FUERON agrupados con el título *Los Derechos Humanos en Argentina*. Fue prologado por Reyna Diez, fallecida en 2001, quien fue una destacada dirigente de las organizaciones de Derechos Humanos y la primer mujer Decana de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de La Plata. Me acompañó también, con todo el fervor militante de sus 79 años, en la lista de candidatos a diputados provinciales en la elección de 1993 que me tocó encabezar en la ciudad de La Plata. Por ello, esta nueva edición es un homenaje a su memoria.

A esa primera edición se le han agregado trabajos de distinta naturaleza como eran los que habían sido publicados en la edición original referidos todos a las graves violaciones a los derechos humanos que se produjeron en el país (artículos periodísticos, escritos judiciales, conferencias, trabajos académicos). Se trata siempre de un aspecto parcial del amplio campo de los derechos humanos que es, precisamente, en el cual he desarrollado mi actividad.

Al producirse la restauración democrática en 1983, en condiciones difíciles porque el poder de la dictadura se mantenía con fuerza, pudo desarrollarse lo que ahora se llama *lawfare*, pero en otras condiciones y con otro sentido. La tremenda derrota sufrida por el pueblo como consecuencia de la represión dictatorial, comenzó ser revertida en forma parcial y progresiva a través de la justicia. Pero esa guerra judicial se hizo –a diferencia de la *lawfare* actual– con las leyes vigentes, con respeto al Estado de Dere-

cho, sin crear órganos de justicia *ad hoc*, enfrentando la ideología de la Seguridad Nacional que había impregnado a importantes sectores de la sociedad, incluso a los órganos de justicia. Esa lucha avanzó con el Juicio a las Juntas Militares y fue deteniéndose con la sanción de las normas de impunidad (leyes de Punto Final y Obediencia Debida y decretos de indulto).

La incorporación de los de los trabajos posteriores a 1990 a este libro duplica la extensión de la obra original. Frente a la impunidad que se había establecido se recurrió al Derecho Internacional de los Derechos Humanos tal como se registra, en parte, en los trabajos que se agregan. Se pudo establecer así en carácter de delitos de lesa humanidad a los que se habían cometido en Argentina lo que permitió, junto a los cambios políticos, el desarrollo de los juicios por las graves violaciones a los derechos humanos que constituyen un ejemplo para la comunidad internacional.

Si se observa el largo plazo puede trazarse una relación directa entre la situación política y el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad. Cuando el Estado tomó como propios los objetivos de las organizaciones de Derechos Humanos y esas políticas pudieron consolidarse, se avanzó significativamente en la sustanciación de los juicios. Cuando el Estado sostiene políticas opuestas, como ocurre en la actualidad, el avance se dificulta, aunque no cambien las leyes ni los órganos de justicia y obliga a intensificar los esfuerzos para seguir avanzando.

La publicación de esta nueva edición quiere ser, entonces, una contribución para el análisis de la evolución de las políticas de derechos humanos, fundamentalmente las que se relacionan con las graves violaciones a los derechos humanos, los delitos de lesa humanidad y las políticas de la memoria.

Pergamino, 5 de noviembre de 2018

RTM

Prólogo a la primera edición

EL DOCTOR TORRES MOLINA, CUYO LIBRO *LOS DERECHOS HUMANOS en Argentina* me complace prologar, no pertenece a esa cofradía de innúmeros abogados que todos los años salen por hornadas de las Facultades de Derecho del país, listos para iniciar su carrera de trepadores, como integrantes natos de la clase política, extraída de las napas intelectuales de la burguesía. Ni tampoco a la de quienes almacenan los trucos del oficio y pueden complacerse en repetir que “hecha la ley, hecha la trampa” y que, conocedores, por sus estudios de las leyes, se sienten optativamente dispuestos a demostrar en la práctica lucrativa, que también conocen las trampas leguleyas. Y menos se integra a esa especie de fauna aséptica, inmune a realidades sociales de cualquier naturaleza; hombres de leyes, empastados, prensados entre códigos que atraviesan impertérritos las centurias, justificándose frente a la mutable realidad con rituales fórmulas arcaicas.

Su vida personal y profesional es una misma; la militancia político-social fue y es la tónica de esa vida. Integrante del Equipo Jurídico de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas y Abogado de Abuelas de Plaza de Mayo, la teoría y la práctica de los derechos humanos constituyen un núcleo sustancial de su personalidad. Desde la cátedra como profesor adjunto de Historia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, su docencia recrea en los alumnos aliento y fe en que, además de mentores, instructores e informadores de cultura enciclopédica, sigan existiendo maestros de verdad.

El autor de la obra aludida nunca se expresa en primera persona, pero en cada página va quedando impresa su condición humana, y el protagonismo que lo vincula, desde la base por elección, a los capítulos trágicos de nuestra historia reciente, historia que debemos escribir para el futuro, a contrapelo y como revulsivo de la Historia Oficial, que intentan endilgarnos los escribas y voceros a sueldo, en defensa de las prebendas, beneficios y privilegios, que el capitalismo brinda a quienes lo sirven bien.

Catorce estudios, de diferente extensión, algunos publicados por Abuelas de Plaza de Mayo y otros aparecidos en la prensa, integran Los Derechos Humanos en Argentina. Tanto el contenido como el orden cronológico de la presentación, van trazando la semblanza del joven abogado, agente fiscal en Santa Cruz en 1975, representante legal del ciudadano Jorge Cepernic, de captura recomendada en violación flagrante de lo establecido en las constituciones nacional y provincial. En el mismo año deja sellado su compromiso social, accionando contra la sentencia de “homicidio calificado por el vínculo, reiterado, en concurso real con homicidio culposo y lesiones gravísimas” aplicada a los progenitores de niños fallecidos por inanición, imputaciones que conducen, por lógica forense, a la condena de reclusión perpetua. Para llegar a la pena máxima, el agente fiscal ha procedido a aislar el hecho, como bajo una campana de vidrio, prescindiendo de factores derivados de la injusticia social: la miseria, la enfermedad, la ignorancia, la desprotección por burla a leyes laborales y carencia de jubilación y obras sociales; la situación de una madre que debe dejar a sus pequeños sin mayor resguardo para contratarse por jornada completa a fin de arañar un mísero sustento. El fiscal ignoraba olímpicamente la enfermedad, la pobreza, la vivienda indigna, lugar ideal para irse muriendo por enfriamiento, desnutrición y raquitismo; todo lo reducía a la figura jurídica de “abandono”. No pudiendo o no queriendo señalar como víctima-

rio al sistema deshumanizado, propicio al drenaje perpetuo de la niñez marginada, estigmatizada como sobrante y superflua, prefería cerrar el expediente con la condena a perpetuidad para las víctimas restantes. Pero, declarada la nulidad del juicio, pasan las actuaciones al juez subrogante, doctor Torres Molina. El análisis riguroso de la causa, asentado en fuentes jurídicas inobjectables, le permite, no sólo revertir la sentencia, sino lograr una indemnización monetaria, como reconocimiento tácito por parte del Estado, de cierta participación en las responsabilidades actuantes. Para 1981 se le ha pasado la factura, por posiciones como las arriba mencionadas que, para la dictadura del Proceso, lo asimilan a la condición de “subversivo”; y se encuentra reducido a prisión, primero en la Unidad Carcelaria N° 6 de Rawson y luego en el campo de concentración de Comodoro Rivadavia. En este libro figura un “Memorial” que presentara a la Cámara Federal de Bahía Blanca, solicitando revocatoria por la negativa a su opción para salir del país por “estar ligado a la subversión” y mantener “una actitud subversiva desde la cárcel”. El “Memorial” es un documento valioso por la objetividad de la exposición, la sustancia doctrinaria y el temple para sobreponerse a su situación personal. Como si no hubiera sufrido torturas, vejámenes, frío, hambre, postración física, todas las violencias destinadas a la destrucción total de la persona humana. Como si su indefensión individual no fuera absoluta y su vida o muerte no dependiera del capricho aberrante de cualquier carcelero, el reo se permite enrostrar al juez que no se haya pronunciado sobre la inconstitucionalidad de su prisión. Como si se le dirigiera desde un estrado, dentro de un Estado de Derecho que permitiera cierta independencia judicial, sugiere y demanda la adopción de la serie de medidas que le son debidas. “Podrá o no la Justicia (escribe el 9 de enero de 1981) penetrar en la realidad del país con sus campos de concentración, desaparecidos, muertos, torturados, exiliados y regímenes car-

celarios de castigo...”. Critica al juez por “considerar formalmente los informes del Poder Ejecutivo, como si nada hubiera ocurrido, como si nada ocurriese”. . . y concluye: “Pero de todas maneras esos hechos son conocidos por el pueblo y serán esclarecidos por la Historia”.

No es extraño que quien mantiene, en grave riesgo, la tesitura personal digna, al recuperar la libertad se convierta en esforzado defensor de los presos políticos heredados de la dictadura en 1983 y de los que incorporara la democracia.

Si bien no es mi propósito seguir anticipando en síntesis los conceptos desarrollados por el autor, no puedo dejar de entrar en algunas consideraciones más.

Fuera del orden cronológico que adopta el texto, podrían constituirse bloques temáticos de contigüidad de temas más que de continuidad de tiempos. Por ejemplo: “El derecho a la defensa en juicio” respecto a su “Prólogo” a *La Proscripción Política y los Jueces de la Dictadura* de Carlos Zamorano, por cuanto ambos estudios consagran la legalidad absoluta del derecho de opinión, eximiéndolo de toda valoración de tipo punible. Por su disenso en opiniones públicas la dictadura del Proceso hizo desaparecer a innumerables estudiantes, gremialistas, profesionales, periodistas, docentes, sociólogos, psicólogos y artistas. Eliminado el derecho de la defensa en juicio, se llenaron las cárceles con los PEN y los condenados por los tribunales militares. Los abogados de presos políticos, fueron hechos desaparecer, encarcelados o forzados al exilio. Y es bueno recordar, como lo hace el “Prólogo” al libro de Zamorano, las páginas negras de nuestra historia nacional, cuando en uso de la violencia contra la razón, muchas veces se proscribió el derecho de opinión de grandes núcleos de disidentes políticos.

El autor dedica tres capítulos al tema de los menores desaparecidos: “La desaparición de menores en la Argentina”, “Las con-

secuencias jurídicas de la desaparición de menores” y “Pericia hemogenética compulsiva”. En los dos primeros arriba, entre otras, a las siguientes conclusiones: que la desaparición de menores constituye un crimen específicamente argentino, desconocido en el resto de América Latina, donde aún se practica la desaparición forzada; que el trabajo abnegado, persistente y lúcido de las Abuelas, con colaboración popular, ha obtenido resultados más positivos que los que pudieran atribuirse la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Nación y el Ministerio de Acción Social de la Provincia de Buenos Aires; que los resultados se acrecientan, gracias a los nuevos elementos científicos que permiten establecer la exclusión real de un niño de la presunta familia y su inclusión en la verdadera familia biológica. Reconoce la importancia de la aceptación del concepto de “abuelismo” que incluye también a tíos o hermanos como sujetos válidos para las pruebas hemogenéticas, porque los genes nunca cambian. Denuncia una vez más la negligencia de los Juzgados de Menores y jueces civiles durante la dictadura militar por haber acordado adopciones sin cumplir con los resguardos legales en vigencia. Nos instruye sobre la necesidad de una ley, que podría denominarse “Delitos contra la personalidad” que previniera la desaparición forzada de personas adultas y menores, y los atentados contra la libertad individual y la integridad personal y de identidad, dictándose además normas que establezcan formas culposas de tenencia de menores. Habría que superar, con urgencia, la contradicción existente entre la sustracción de menores, evaluada como delito permanente y la falsificación de documento público, a la que se considera delito instantáneo, por la confusión que se origina en lo relativo a la prescripción. El último artículo continúa la materia, en el contexto de los adelantos hemogenéticos. Lo escribió a raíz da iniciarse la prestación de servicios al respecto en el Hospital Durand.

Con la finalidad de responder a los reparos interpuestos por los apropiadores de niños que se niegan a la prueba hemogenética, en nombre del derecho a no declarar en contra de uno mismo, el doctor Torres Molina discierne sobre la diferencia entre ejercer presión para que alguien declare en su perjuicio, lo cual es ilegal, y la coerción para obtener una prueba material cuya naturaleza se ignora. Los trabajos denominados “Inconstitucionalidad de una ley de amnistía, dictada por un gobierno de facto”, “Inconstitucionalidad de la ley de Punto Final”, “La Obediencia Debida”, “La vigencia de la ideología de la Seguridad Nacional” y “Las nulidades procesales del juicio La Tablada” aparte de constituir un trozo vivo y palpante de nuestro inmediato pasado y presente actual, encierran un entramado de persecuciones de causas y efectos, que están muy lejos de haber llegado a sus últimas consecuencias. Se me ocurre graficar este proceso con una imagen recurrente. Imagino la condena a los comandantes de las tres primeras Juntas Militares –salvo la omisión de la cuarta– como la salida de un terrible antro subterráneo y la iniciación de un ascenso hacia el aire libre y las alturas de la Justicia. Pero a los pocos peldaños se frena el ascenso y lentamente se va desandando lo andado: Reforma del Código Militar, demora abusiva del Consejo Supremo de las FFAA en dictar sentencia, sus tres absoluciones de verdadero escarnio, la concentración de los casos en las sedes de cuerpos militares, la inhabilitación de los testigos, las instrucciones, a los fiscales, las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, nacidas con fórceps, entre matoneadas de caras pintadas y amagos de golpes militares y la licuación de la voluntad política del presidente anterior de defender al pueblo, a la democracia y a su misma persona, sosteniéndose sobre la vocación de protagonismo de las masas populares. Ahora nos toca soportar la farsa siniestra de “la reconciliación”, con misa y sin ella, con arrepentimiento expreso o reservado; tan reservado que nos parece sentir la mirada fría del

odio vengativo de todos los que salen, más soberbios y mesiánicos que nunca, acechando una oportunidad disponible para precipitarse sobre algún “vacío de poder” para otra vez diezmarnos, saquearnos, para convertirnos en muertos, esclavos o sumisos, que son sólo formas de la misma muerte.

Y si consideramos como se explotó el intento de copamiento de La Tablada por un grupo insignificante de jóvenes mal armados, que podía haber sido reducido policialmente y sin destrozos materiales ni pérdida de vidas. Si señalamos la constancia de por lo menos un desaparecido, la evidencia filmada de asesinados luego de su rendición, de heridos, rematados; y por otra parte la celeridad puesta en juego para revivificar la Doctrina de la Seguridad Nacional mediante leyes y proyectos de ley que conceden a las FFAA la suma de poderes para la represión. Es como si hubiéramos bajado tanto en esa escala ideal que debía conducirnos a la tranquilidad, a la pacificación de los espíritus por el imperio de la Justicia, que nos parece aproximarnos a la boca del abismo donde podría abismarse la endeble democracia y retornar aquella realidad que vivíamos como una pesadilla y hoy es casi una pesadilla que amenaza la realidad.

El capítulo décimo cuarto del libro reproduce una conferencia pronunciada en Barcelona. Tiende a cerrar el cuadro de las situaciones político jurídicas en la Argentina con una síntesis que sirva de final abierto hacia las posibilidades del futuro, en una doble opción, positiva o negativa; punto esclarecedor para la comprensión europea e ineludible para nuestra propia comprensión, con el fin de aperebirnos y armarnos conceptualmente en forma apropiada, contra hechos sin retorno que van ahondando inexorablemente nuestro estado de crisis.

I-Consideración:

La transición a la democracia en países europeos, fuertemente in-

fluidos por su herencia cultural, no puede tomarse como modelo comparativo con la misma etapa de cualquiera de las sociedades latinoamericanas, condenadas a la servidumbre y el vasallaje por la dependencia económica impuesta por las naciones centrales, especialmente los Estados Unidos de Norteamérica. Estos países, la Argentina incluida, no poseen todas las formas legales, ajustadas a una recuperación posible, y si las tuvieran no les serviría para oponerse a la presión de la mole económica financiera internacional.

II-Consideración:

Dentro del cuadro general nuestro país pareció una excepción, cuando produjo el hecho insólito de un gobierno democrático, posterior a una dictadura, que sentó en el banquillo de los acusados a las máximas autoridades responsables de genocidio, dando margen a procesos y penalidades para sus cómplices y coautores. Pero gradualmente, cediendo a presiones castrenses, fue revertiéndose el despliegue de la Justicia, sin que el traspaso a otro gobierno de distinto signo partidista, haya hecho otra cosa que acentuar el imperio de la impunidad. Como resultado de su dialéctica abarcadora, el doctor Torres Molina plantea, más allá de la teoría de filiación europea, la necesidad de elaborar una doctrina propia, apta para generar fuerzas en América Latina: la de la transición a la dictadura, camino de retroceso inevitable, cuando la democracia formal, sucumbe ante el peso de sus propios errores o se auto desarma con prácticas antipopulares. La similitud entre las dictaduras de América Latina y el fascismo europeo reside en que en uno y otro caso se pone fin a un proceso revolucionario en marcha.

La rica madurez adquirida a través de experiencias vividas en plenitud por naciones hermanas del continente y nuestra imaginación y realismo combinados, la capacidad ejecutiva sumada

a una nueva generación en marcha, con voluntad de vivir en libertad, paz y democracia son las mejores armas para evitarnos la caída en el abismo.

Este libro aparece en un momento muy apropiado, tras el indulto por decreto de responsables muy caracterizados de la represión, mientras se reservan los beneficios del indulto a los jerarcas máximos, por alguna especulación irrisoria, como podría ser para Navidad o Año Nuevo. Los hechos nos obligan a la unidad de acción. A buscar coincidencias y olvidar distinciones menores. Si bien la desaparición de nuestros seres queridos es una herida que no se cierra, debemos trascender el ánimo depresivo o angustioso para ser útiles en la contienda por la vida, en el terreno que se plantee: de la racionalidad, de la juricidad, de la constitucionalidad. Por eso la lectura comentada de *Los Derechos Humanos en Argentina* es útil para todos y necesaria para gente del Derecho, estudiantes y militantes o colaboradores de las campañas populares. Viene a fortalecer su energía, a dotarlos de un arsenal irrefutable de argumentos, tendientes a establecer la necesidad de consagrar, mediante una Declaración Universal, que la desaparición forzada de personas es un crimen de lesa humanidad, imprescriptible y extra territorial. Que a la Declaración debe seguir una Convención que comprometa a los gobiernos de cualquier signo. El Derecho no siempre vuela. Solamente en momentos de conmoción estremecedora de transformación del hombre y de la sociedad, cuando afloran ideales profundos. A veces se estaciona, a veces se arrastra pesadamente, a veces retrógrada. Pero sobre la fe, la conciencia y la voluntad activa de los pueblos, al final de unas décadas se advierten sus progresos, para bien de los que vendrán: los hijos de los hijos.

Reyna Diez

Dictamen fiscal en Habeas Corpus inerpuesto en favor del ex gobernador de la provincia de Santa Cruz

SEÑOR JUEZ:

El Poder Ejecutivo Provincial por intermedio de su Ministro de Gobierno acompaña copia de la resolución que firma el Señor Interventor Federal y el Señor Ministro de Gobierno por la que se comunica al Señor Jefe de Policía que debe “proceder a la detención del ciudadano Jorge Cepernic en el momento de su ingreso por cualquier medio a la Provincia o en el lugar en que se lo encuentre dentro del territorio provincial, debiendo comunicar inmediatamente al Poder Ejecutivo la detención del nombrado”.

En primer lugar el Fiscal debe señalar que la Provincia de Santa Cruz forma parte de la República Argentina, donde no existe un gobierno de facto, y está en plena vigencia la Constitución Nacional y que nuestra Provincia aprobó en 1957 la Constitución que nos rige. Por eso sorprende que una resolución que invoca “el respeto por las instituciones”, o la “política de pacificación”, vulnere las normas más elementales de la organización constitucional de la República y de la Provincia.

El Artículo 6º de la Constitución Nacional establece que el Gobierno Federal interviene en el territorio de las Provincias para garantizar la forma republicana de gobierno. Nuestra provincia ha sido intervenida, pero las Provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno Federal (artículo 104 de la Constitución Nacional) y en consecuencia no han delegado la facultad de ser intervenidas para suprimir el derecho de que nadie puede ser penado sin

juicio previo, ni juzgado por comisiones especiales, o sacados de los jueces designados por la ley (artículo 18 de la Constitución Nacional).

El Poder Ejecutivo Nacional durante la vigencia del Estado de Sitio puede detener a las personas si ellas no prefirieren salir del territorio, pero esta atribución no es propia de los Poderes Ejecutivos Provinciales. Ya hace más de cien años en la conocida polémica entre Sarmiento y Rawson, quedó establecido doctrinariamente que las Provincias no pueden declarar el Estado de Sitio.

La Constitución de la Provincia de Santa Cruz, entre otras garantías, establece que nadie podrá ser privado de su libertad sin orden escrita de Juez competente (artículo 26). Que todos los habitantes de la Provincia de Santa Cruz gozarán en ella de los derechos y garantías que la Constitución Nacional otorga, los que serán asegurados por los poderes provinciales (artículo 3°). Que “en ningún caso podrán las autoridades de la Provincia suspender la observancia de esta Constitución ni de la Nacional, ni la efectividad de las garantías y derechos establecidos en ambas. En caso de Intervención Federal, los actos practicados por el Interventor serán válidos si hubieren sido realizados conforme a esta Constitución y leyes de la Provincia” (artículo 6°).

La medida que se cuestiona, que no está fundada en norma legal alguna, porque no existe norma que la fundamente, significa que la Intervención Federal en la Provincia se arroga facultades que corresponden a los Jueces o al Poder Ejecutivo Nacional durante la vigencia del Estado de Sitio, afectándose así los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional y 3° y 6° de la Constitución de la Provincia.

Por lo expuesto considero que debe hacerse lugar a la acción de habeas corpus deducida.

Fiscalía: 5 de septiembre de 1975
Ramón Horacio Torres Molina
Agente Fiscal

Los que mueren de hambre

VISTOS:

Los presentes autos caratulados: "A.C.J. y otros sobre Abandono de personas" Expediente A-792/71 venidos a despacho para dictar sentencia, en los cuales se encuentran procesados: J.A. de apellido materno C, de nacionalidad chilena, de cuarenta y siete años de edad, de estado civil casado, que no lee ni escribe pero sí firma, alojado en la Unidad Carcelaria N° 15; y F.D.I.C.A., de apellido materno G., de sobrenombre B., de nacionalidad chilena, de treinta y un años de edad, de estado civil casada, que no lee ni escribe, alojada en la Seccional Tercera de Policía y de cuya constancias;

RESULTA:

Se inician las presenten actuaciones el 8 de noviembre de mil novecientos setenta y uno, por denuncia del médico Jefe de Turno del Hospital Distrital de Río Gallegos quien manifiesta que ese día fue conducido a la Sala de Guardia el cuerpo sin vida de M.A.A. de seis años de edad. Al ser examinado se comprobó que la menor había dejado de existir como consecuencia de Caquexia Distrofia Tercer Grado Escaras, y que su cuerpo presentaba signos de raquitismo total.

A fojas 9 vta/11 vta. está agregada el acta de inspección ocular efectuada por la instrucción policial en el domicilio de los proce-



**Sentencia dictada como juez subrogante en la provincia de Santa Cruz,
Río Gallegos, 10 de octubre de 1975.**

sados donde consta que se trata de una vivienda de material ligero, de reducidas dimensiones, en la que existe una total falta de higiene.

A fojas 19/22 están agregadas tomas fotográficas del cadáver de la menor en la que se observa las lesiones que presentaba.

A fojas 23/26 presta declaración indagatoria ante la instrucción policial F.D.C.A., madre de la menor fallecida, quien manifiesta que de su unión matrimonial nacieron seis hijos: J.C., mellizo de M.A., fallecido en el nacimiento; S.M. de cuatro años de edad; H. de tres años, J.C. fallecido al mes de vida y M.D.C. fallecida a los dos días. Que como consecuencia de que su esposo no podía hacerlo por prescripción médica, comenzó a trabajar como empleada doméstica. Que la alimentación de sus hijos era la siguiente: a las ocho treinta de la mañana bebían café negro con pan, al medio día carne asada o frita, a la tarde té con pan, sin leche y a la noche carne únicamente. Que hasta el año sus hijos bebían leche. Que cuando nació M.A. fue atendida por un médico y que posteriormente su abuela la llevó a Punta Arenas donde también fue examinada. Que desde hacía un año no la había hecho revisar y que los demás niños se encontraban bien. Que M.A. caminaba en forma normal y jugaba afuera con sus hermanos. Que el día 5 de noviembre por los problemas matrimoniales que tenía se retiró de su casa permaneciendo en otro domicilio hasta que fue detenida.

A fojas 27/30 vta. presta declaración indagatoria ante la instrucción policial J.A. quien dice que por prescripción médica no podía trabajar. Que sus hijos se alimentaban tomando café con leche a las nueve de la mañana, al medio día, cuando había, le hacía porotos, por la tarde café con pan y a la noche sopa. Que M.A. no tenía ninguna enfermedad, que caminaba pero no salía afuera porque el frío le hacía mal en las piernas. Que no concurría a la escuela porque no caminaba bien. Que él cambiaba la ropa de M.A. y a los otros hijos sin haber advertido ninguna herida en el cuerpo de la

menor. Que no recibían ningún alimento del Ministerio de Asuntos Sociales para los menores. Que una semana antes de la muerte de María Angélica, su esposa le manifestó que se quedaría en la casa de su patrona ya que ésta viajaría a Córdoba; por tal circunstancia su mujer estaba muy poco en la casa y los últimos días no había concurrido a ella.

A fojas 32 está agregado el informe médico sobre el estado de la menor cuyas conclusiones dicen: “grado avanzadísimo de desnutrición y raquitismo y muerte por misma causa”.

A fojas 42/52, están agregadas las declaraciones testimoniales de los vecinos de los procesados quienes afirman que M.A. estaba siempre dentro de la casa, que no concurría a la escuela, que cuando A. trabajaba en Y.C.F. compraban distintos comestibles y últimamente muy pocos alimentos.

A fojas 52 vta./54 vta. presta declaración testimonial la empleadora de la procesada quien manifiesta que la misma se desempeñó como empleada doméstica en su domicilio, que era muy correcta y ordenada. Que trabajó desde el nueve de septiembre hasta el dos de noviembre y cumplía un horario desde las nueve de la mañana hasta las diecisiete horas y que últimamente lo hacía entre las ocho y treinta horas hasta las catorce horas.

A fojas 55 está agregado el certificado de defunción de M.A.A..

A fojas 58 presta declaración testimonial el empleador de la procesada –que es cabo de policía– quien dice que la misma trabajaba de catorce a diecinueve horas, recibiendo un sueldo de ciento cuarenta pesos. Que tomó una empleada doméstica para que atendiera a sus hijos mientras se encontraba de servicio y que desde hacía una semana que trabajaba con el horario y sueldo aludidos.

A fojas 62 está agregado el informe del perito médico designado por la instrucción policial que dice que M.A.A. “había fallecido por caquexia (consecuencia de su desnutrición), las lesiones que presentaba no eran traumáticas; eran consecuencia de su mal estado

general”, y que se observaban signos de desnutrición y desarrollo inferior a su edad.

A fojas 65 está agregado el informe de Yacimientos Carboníferos fiscales que dice que el procesado trabajó en esa empresa “por primera vez el 8-10-68, habiendo egresado por propia voluntad el 1-1-70, para posteriormente reingresar el 5-2-70”; solicitando su baja por propia voluntad el 7-5-70. Que se desempeñó en la primera oportunidad como peón de forestación dependiente de la Sección Bienestar Social y posteriormente como peón de vías en la Sección Vías y Obras. “Que como se trataba de un agente changarín no existía relación de dependencia y no estaba sujeto a horarios por lo que no estaba obligado a concurrir a su trabajo”. Que no se acogió a beneficio jubilariorio alguno.

A fojas 85 presta declaración indagatoria ante este Juzgado el procesado J.A.C. quien se ratifica de su declaración prestada ante la instrucción policial.

A fojas 86/87 presta declaración indagatoria ante este Juzgado la procesada F.D.C.A. quien se ratifica de su declaración prestada ante la institución policial.

A fojas 88/90 están agregadas actas de defunción de L.D.C.A., de tres meses, con diagnóstico de muerte por Distrofia por desnutrición de J.C.A., de un año con diagnóstico de muerte de Bronquicalveolitis; y de J.C.A., de cuatro días –con diagnóstico de muerte por prematurez– enfriamiento.

A fojas 100/101 se dicta autos de Prisión Preventiva contra J.A. y F.A. a quienes se declara procesados por hallarse incursos “*prima facie*” en el delito que provisoriamente se califica como Abandono de Persona seguido de muerte (artículo 106 “*in fine*” del C.P.).

A fojas 104 está agregado el informe médico sobre el estado de salud de los procesados y de sus hijos que dice que A. y F.A. no tienen ningún tipo de trastorno físico y que son “débiles mentales”. Que S.M. presenta “gravísimo raquitismo deformante. Estrabismo

convergente en ojo izquierdo. Edad mental ocho meses. Deambulaci3n imposibilitada por deformaci3n por raquitismo e inmadurez neurol3gica. Edad f3sica: 14 meses". Que H. presenta "estrabismo convergente en ojo izquierdo. Deambulaci3n correcta. Edad mental: 24 meses. Edad F3sica: 24 meses. No se alimenta solo. Lenguaje extremadamente escaso. Maduraci3n muy retrasada".

A fojas 137 presta declaraci3n testimonial el m3dico que atendió a L.d.C.A. quien manifiesta que la atendió en el Hospital Distrital y que presentaba un cuadro de coma terminal y falleció a los pocos minutos. Interrogado por el tiempo en que pudo haberse producido la distrofia por desnutrici3n diagnosticada en el certificado de defunci3n responde que si era por mala alimentaci3n se pudo haber producido en un lapso de quince d3as, y por falta total de alimentaci3n en tres o cuatro d3as.

A fojas 139 est3 agregada la pericia m3dica que efectúa un an3lisis sobre las causas que produjeran la muerte de los menores J.C.A. de doce meses y J.C.A. de cuatro d3as, y sobre el estado de salud de S.M. y H.. Con respecto al primero se señaala que la Bronquicalveolitis est3 relacionada muchas veces con la desnutrici3n y desprotecci3n. Con respecto a J.C., de cuatro d3as dice: "cabem las mismas consideraciones que para el anterior pero con el agravante de que queda clara la desprotecci3n a trav3s de la menci3n "enfriamiento". Sobre S.M. dice que ha perdido su capacidad potencial para una deambulaci3n normal y para alcanzar una maduraci3n neurol3gica y ps3quica indispensable. Sobre H. se dice que estar3 curado en noventa d3as.

A fojas 151 est3n agregados los antecedentes sobre la muerte de L.d.C.A., remitidos por el Hospital Distrital donde consta como causa inmediata de muerte un colapso cardiorrespiratorio debido a Distrofia por desnutrici3n.

A fojas 159 est3 agregado un duplicado del certificado de defunci3n de J.A. de cuatro d3as.

A fojas 166/169 vta. amplía su declaración indagatoria J.A., quien manifiesta que su hija L.d.C. fue llevada por su madre al hospital, regresando el mismo día a la casa, falleciendo aproximadamente a los tres meses en su domicilio. Que ignora las causas de la muerte de J.C., de un año de edad. Que anteriormente J.C. había estado internado en el hospital cuando tenía unos dos o tres meses porque sufría de bronquitis. Que recuerda que su hijo J.C. de cuatro días estuvo en la incubadora del hospital. Que S.M. tenía problemas en las piernas y cree que fue atendida en el hospital. Que le habían dado una pomada para las piernas. Que su hijo H. nunca estuvo enfermo.

A fojas 170/175 vta. amplía su declaración indagatoria F.D.C.A. quien manifiesta que su hija L.d.C. falleció en su domicilio. Que cuando tenía quince días la llevó a control al Hospital y que después no la llevó más porque la encontraba sanita. Que J.C., de un año de edad tuvo sarampión y luego tos convulsa y falleció en su domicilio. Que un mes antes de que falleciera la procesada estuvo internada con él en el Hospital unos quince días, pero que como no tenían lugar fueron dados de alta. Que J.C., de cuatro días, era mellizo de M.A. y que cuando nació, el matrimonio estaba viviendo en una casa que tenía forros de arpillera y era invierno. Que cuando murió el médico que lo revisó dijo que su fallecimiento se había producido por el frío que hacía en la pieza en que vivían. Que S.M., desde los dos o tres años tenía reumatismo. Que H. nunca estuvo enfermo.

A fojas 176/177 se modifica el auto de prisión preventiva con respecto a los procesados a quienes se declara incurso *“prima facie”* en el delito de Abandono de Personas seguido de muerte reiteradas en dos oportunidades en concurso real con abandono de personas seguido de lesiones reiterada en una oportunidad (artículo 106 *“in fine”*, 55, 106 párrafo segundo, 55 del Código Penal).

A fojas 202/203 el Tribunal Superior de Justicia modifica el auto

de prisión preventiva, decretando la prisión preventiva de los procesados por los delitos de Homicidio Calificado por el Vínculo reiterado en una oportunidad, en concurso real con Homicidio culposo y lesiones gravísimas calificadas por el vínculo y lesiones graves calificadas por el vínculo en concurso real (artículos 80 inciso Iº, 84, 91, 90, 92, y 55 del Código Penal) y declara la prescripción de la acción legal respecto del presunto Homicidio culposo imputado a los procesados y con relación al menor J.C.A. fallecido el catorce de julio de 1965.

A fojas 212 se da cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 261 del C.P.C. relativo a su estado mental y capacidad para delinquir de los procesados, informando el Médico Forense que no presentaban enfermedad mental y están capacitados para comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones.

A fojas 214/215 vta. el Agente Fiscal acusa a J.A.C. y a F.D.C.A. como autores de los delitos de Homicidio calificado por el vínculo, reiterado en una oportunidad en concurso real con Homicidio culposo y lesiones gravísimas calificadas por el vínculo, y lesiones calificadas por el vínculo en concurso real (artículos 80 inciso Iº, 84, 90, 91, 92 y 55 del Código Penal) a la pena de reclusión perpetua, con la accesoria del artículo 52 del Código Penal. Sostiene el Agente Fiscal que los informes médicos son contundentes y que la muerte de L.d.C. y M.A. se produjo por inanición, señalando que el mencionado informe es bien visible para cualquier persona.

A fojas 313/317 el Excelentísimo Tribunal Superior de Justicia resuelve declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de fojas 230 inclusive y pasar las actuaciones al Subrogante legal para que volviendo a sustanciar el proceso pronuncie sentencia con arreglo a derecho (artículo 152 del C.P.C.).

A fojas 367/369 vta. el Defensor de F.A. solicita la absolución de su defendida. Sostiene la Defensa que considera distorsionada la calificación hecha por el Agente Fiscal en cuanto a la imputabilidad de

delitos dolosos. Que la omisión de su defendida es culposo con culpa inconciente, sin representación de la posibilidad del resultado.

A fojas 371/371 vta. el Defensor de J.A. solicita la absolución de su defendido. Sostiene que no existe ninguna prueba terminante que acredite fehacientemente el abandono de persona y menos aún la comisión del delito de Homicidio calificado.

Abierta la causa a prueba la misma no es ofrecida por las partes que tampoco concurren a la audiencia establecida por el artículo 492 del C.P.C. quedando los autos en estado de dictar sentencia.

A fojas 401 se disponen medidas para mejor proveer.

A fojas 411 amplía su declaración testimonial el empleador de la procesada quien dice que la misma habría trabajado en otras oportunidades en su domicilio efectuando por ejemplo lavado y planchado, que a veces se quedaba a la noche cuidando a sus hijos.

A fojas 414/416 prestan declaración testimonial médicos que no recuerdan haber atendido al procesado ni a sus hijos.

A fojas 417 informa el Jefe de Seccional Segunda de Policía que se ha constatado la inexistencia de exposiciones radicadas por J.A. relativa al abandono del hogar por su esposa.

A fojas 419 está agregado el informe de la Secretaría de Prensa y Difusión que dice que el procesado no prestó servicios en esa dependencia.

A fojas 420 informa Yacimientos Carboníferos Fiscales que el procesado dejó de prestar servicios en esa dependencia (Gerencia de explotación) el 6 de setiembre de 1949.

A fojas 423 está agregado informe del Hospital Distrital de Rio Gallegos donde constan las fechas en que fueron atendidos el procesado y sus hijos J.C., nacido el 10-7-65, y M.A., S.M. y H.

A fojas 429 amplía su declaración la denunciante quien dice que las lesiones que presentaba la menor M.A. fueron causadas por la desnutrición y el abandono de la niña, y que tenían origen anterior de un mes por lo menos; y

CONSIDERANDO:

I) Que se encuentra probado que tres de los hijos de los procesados fallecieron en las siguientes circunstancias: J.C., de un año de edad, el 11-10-69 como consecuencia de bronquialveolitis (fojas 89); L.d.C., de tres meses, el 1º de agosto de 1971 por Distrofia por desnutrición (fojas 88); M. A. de seis años de edad, el 8 de noviembre de 1971 por caquexia debido a distrofia de tercer grado (fojas 55). También está probado que H.A. tenía lesiones que curaron en noventa días y que S.M. presenta deformación ósea que le afecta la Pelvis haciendo remota la posibilidad de concebir (fojas 139/140).

II) No surge de la presente causa que los procesados hayan tenido la intención de quitar la vida a sus hijos o de causarle lesiones. La insuficiente e inadecuada alimentación que recibían, que llevaron a los menores a un estado de desnutrición que produjo la muerte de tres de ellos y lesiones en otros dos, no puede confundirse con el elemento subjetivo que requiere el tipo penal descrito por los artículos 79, 90 y 91 del Código Penal para que se configure el delito de homicidio y lesiones.

En todo momento los procesados manifiestan que, de acuerdo con sus posibilidades, alimentaban a sus hijos. Debe tenerse en cuenta que el padre de los menores no trabajaba debido a su afección cardíaca, que se encuentra probada por el informe remitido por el Hospital Distrital de Río Gallegos, en el que constan las múltiples oportunidades en que a partir del 4-9-70 fue examinado por "insuficiencia cardíaca" (fojas 423), debiendo mantener la madre a su familia con los recursos que obtenía como empleada doméstica.

Si hubiera existido intención homicida como se sostiene en la acusación fiscal, la conducta de los procesados con respecto a las lesiones de los menores H. y S.M. debería incriminarse como Tentativa de Homicidio y no como lesiones graves y gravísimas

calificadas por el vínculo como lo sostiene el representante del Ministerio Público Fiscal con una inconsecuencia lógica en su propia argumentación.

No existe en toda la causa ningún elemento probatorio que permita determinar una intencionalidad homicida o de causar algún daño en el cuerpo o la salud de sus hijos por parte de los procesados, por lo que debe desestimarse la solicitud fiscal.

III) Tampoco surge de la presente causa el delito de abandono de persona. Para que se configure el delito tipificado por el artículo 106 del Código Penal es necesario que se coloque a una persona en situación de desamparo material, que el sujeto pasivo del delito sea un menor o una persona incapaz por causa de enfermedad y que el autor esté obligado a mantener o a cuidar a la víctima.

Desamparo material “o abandono” significa colocar a la víctima fuera de la posibilidad de ser socorrida, sin que esta figura jurídica se confunda con la falta de asistencia o de cuidado tal como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia en reiteradas oportunidades. Ni siquiera el viejo texto del artículo 106 –vigente al momento de iniciar esta causa– autoriza otra interpretación, ya que tal norma legal reprimiría al que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, colocándolo en situación de desamparo o abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse por sí misma.

Refiriéndose al delito de abandono de persona ha escrito Nuñez: “Desde el punto de vista material el abandono consiste en dejar en un lugar, en situación de desamparo peligroso para la salud física o la vida, a una persona menor de diez años o incapacitada por causa de enfermedad para valerse por sí misma”.

“Existe desamparo cuando el autor deja a la víctima privada de la asistencia y resguardo físico que necesita y que puede proporcionar el o los terceros, pero el desamparo punible por el artículo 106, no es sólo esa falta de asistencia y de cuidado sino que exige también el alejamiento del autor de la persona de la víctima. El de-

lito consiste, en realidad, en el alejamiento del autor con desamparo de la víctima, no en la sola omisión de asistencia y cuidados, sin perjuicio de que ésta importe un atentado contra la persona calificable, como tentativa de lesiones o de homicidio, o, con arreglo a su resultado, como lesiones u homicidio consumado. No es indefectible que el alejamiento desamparador sea definitivo. Puede ser un alejamiento no definitivo, pero que por las circunstancias particulares del caso, la falta de asistencia y resguardos que implica resulte peligrosa para la incolumidad personal de la víctima”.

“El Abandono puede consumarse de dos formas o bien sacando a la víctima fuera del ambiente de protección donde se encuentra y dejándola en otro lugar desamparada, o apartándose el autor de aquel ambiente y dejando allí a la víctima en esas condiciones. Esto último puede cometerse mediante un hecho positivo (yéndose el autor del lado de la víctima) o negativa de abandono (no acudiendo el autor al lado de la víctima)”.

“Desde el punto de vista del dolo, el abandono exige la conciencia y la voluntad de apartarse de la víctima que queda desamparada, y la conciencia de violar el deber de mantención o cuidado que le corresponde al autor. Basta la forma eventual del dolo, pero el delito no es imputable a título de culpa, la ignorancia o el error acepta de las condiciones de incapacidad en que se encuentra la víctima del desamparo en que ésta queda o de la obligación de asistencia que le incumbe al autor, excluye la culpabilidad de éste. El motivo del autor para consumir el abandono no es un elemento de su dolo”. (Nuñez Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961 Tº III p. 299).

En un sentido similar se ha pronunciado Soler, distinguiendo entre la simple privación de asistencia y la figura delictiva que nos ocupa. “En consecuencia no existe este delito cuando la víctima es abandonada en un lugar donde es seguro que prontamente y sin peligro para la salud, no ya para la vida, será atendida, sea por

persona determinada o indeterminada, sin que corra realmente ningún riesgo apreciable de daño en su persona... La simple privación de asistencia o la interrupción de aquélla no son suficientes, siempre que pueda razonablemente calcularse que la duración breve de la inasistencia no creará peligro para la vida o la salud (Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, T.E.A., 1970, Tº III p. 172).

Contrariando el criterio anteriormente expuesto se registra un fallo de la Cámara en lo Criminal de la Capital Federal, Sala Segunda, que en los fundamentos de la resolución de una cuestión de Competencia, dijo: “a pesar de encontrarse internada en un sanatorio y no obstante los reiterados pedidos de asistencia efectuados a lo largo de casi dos horas, la parturienta estuvo privada de todo auxilio médico, a punto tal que la llegada del facultativo de guardia coincidió, según expresa manifestación de éste, con la aparición de la cabeza de la criatura, no alcanzando siquiera, dada la urgencia del trance, a calzarse por completo los guantes de goma. De lo cual se desprende que la situación de cuidado y vigilancia que sería dable inferir del solo hecho de la internación en un establecimiento médico, no habría sido más que una apariencia, porque en la realidad ningún profesional auxilió a la enferma hasta después de iniciado el alumbramiento” (Jurisprudencia Argentina 1959, Tº V, p. 13) Dice Núñez, que tal fallo, alteró totalmente la estructura del delito de abandono de persona (Núñez, Ricardo A. Abandono de Parsona, en Enciclopedia jurídica OMEBA, Tº 1, Nota en p. 300).

El Tribunal de Justicia de la provincia de Santa Cruz, siguiendo el criterio doctrinario que vengo exponiendo, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el delito de Abandono de Personas, en un caso en el que había muerto un menor por distrofia aguda en grado de caquexia. Dijo el Tribunal en esa oportunidad:

“Para que se configure el delito de abandono de persona calificado por el vínculo, debe resultar de las probanzas de autos la vo-

luntad y conciencia de colocar al sujeto pasivo (hijo) en situación de desamparo material”.

“Sólo hay abandono de hijos, cuando el mismo ha sido dejado solo, fuera de la vigilancia que le es necesaria y de la posibilidad de ser socorrido, siendo insuficiente la sola falta de cuidados y asistencia que implique una simple dejación, fruto una negligencia o imprudencia, sino que se requiere la voluntad de desinteresarse, de sustraerse a un deber de asistencia”.

“No comete el delito previsto en el artículo 106 del Código Penal, con la agravante del vínculo que prevé el artículo 107 del mismo Código, la madre que, completamente sola y con cuatro criaturas, al ser abandonada por su concubino –padre de sus hijos– fue vendiendo sus escasas pertenencias e hizo por ellos lo que supo o pudo dentro de los límites que aquel abandono, su naturaleza humana y la miseria en que vivía le impusieron” (Boletín Jurídico, Tº III, Vol. IV, p. 195).

En sentido similar se han pronunciado la casi totalidad de los tribunales del país, pudiendo citarse entre otros, el fallo de la Suprema Corte de Tucumán de año 1944 en el que se analizan las viejas doctrinas penales que coinciden con las modernas concepciones del Derecho Penal en lo referente al delito de abandono de persona. Dijo la Suprema Corte de Justicia de Tucumán en esa oportunidad:

“El núcleo del tipo en el delito del artículo 106 del Código Penal se halla en el verbo abandonar, es decir, la acción de colocar al sujeto pasivo en situación de desamparo, privado de la vigilancia y asistencia que necesita”.

“Para la existencia del delito del artículo 106 del Código Penal se requiere un abandono peligroso, material y capaz de repercutir en la vida o integridad física del menor. La sustracción al deber de asistencia ha de importar el abandono, siquiera temporario, que no es tampoco la mera exposición y que mal puede ocurrir donde

no hubo interrupción de custodia por la intervención de un tercero –otra mujer– a quien confió la madre su hijo y en el mismo hospital donde diera a luz”.

“El abandono solo ocurre cuando la persona ha sido dejada sola fuera de la vigilancia que le es necesaria y la posibilidad de ser socorrida. El concepto del delito está, pues, en el abandono material, darse vuelta sin pensar más en el abandono, desinteresarse y confiarlo al destino” (La Ley, Tº 37, p. 180).

El mismo tribunal resolviendo una causa en que se había dado muerte a un menor pocas horas después de nacer, que estuvo privado de todo tipo de atención durante sus horas de vida, dijo:

“Para que exista el delito de abandono de personas basta el comportamiento posiblemente peligroso para determinadas personas, como es el de dejar solo a un menor o a otro incapaz por causa de enfermedad, desentendiéndose de él con ánimo de substraerse para siempre a los deberes de asistencia y custodia, dejándolo sin socorro alguno y con intención de no volver”.

“No existe el delito de abandono si la criatura estuvo en todo momento a la vista y al alcance de las personas que podían prestarle auxilio, aunque se le privara de toda asistencia y se le pusiera en situación precarísima” (La Ley Tº 42, pág. 481).

La prueba reunida en la causa demuestra que en ningún momento se interrumpió la custodia de los menores J.C., L.d.C. y M.A. El primero se encontraba al cuidado de su madre cuando murió (indagatoria de fojas 166 vta. y 171); la segunda dormía con sus padres y fue encontrada muerta (fojas 166 vta. y 170); M.A. quedó al cuidado de su padre como ocurría habitualmente desde que él procesado dejó de trabajar (fojas 23/26 y fojas 27/30). Aún cuando en este último caso la madre no había concurrido los últimos días a su hogar, fojas 23/26, 27/30 y testimonial de fojas 411) la menor estaba al cuidado de su padre.

Se descarta, en consecuencia, la existencia del delito de abandono de persona por parte de los procesados.

IV) Analizaré a continuación la posible existencia de delitos culposos en el accionar de los procesados, quienes son acusados por el Agente Fiscal como autores del delito de homicidio culposo en perjuicio de J.C..

Existe cierta jurisprudencia que efectivamente considera conductas que tienen semejanza con la de los procesados como delitos culposos. Por ejemplo, la Cámara en lo Criminal de Río Cuarto ha dicho que “la madre que al nacer su hijo no se asiste de persona alguna y logra el parto por sus propios medios procurando ocultar el hecho y provocando con su proceder la muerte de la criatura, incurre por su torpeza y falta absoluta de diligencia en calcular las consecuencias posibles del hecho propio en homicidio culposo (artículo 84 del Código Penal)” (Digesto Jurídico La Ley, T° VI, pág. 748).

Jiménez de Azúa define a la culpa como “un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo” (Jiménez de Azúa, *La Ley y El Delito*, Editorial Hermes, Buenos Aires, 1959, pág. 371).

El maestro español distingue los siguientes tipos de culpa:

“Culpa conciente: saber dudoso de las circunstancias del hecho y sobre esto la no probabilidad de la producción del resultado. En este caso el autor no está interiorizado de acuerdo, pues él espera que el resultado que se representó no se producirá. Se añade la conciencia de la antijuricidad material de hecho y el querer de la actividad voluntaria causante del resultado, la falsa esperanza de que el resultado no se producirá, descansa en la negligencia

de un deber concreto, cuyo cumplimiento podría serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad, la conducta causante del resultado puede revestir la forma de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad (olvido)” (Jiménez de Azúa, obra citada p. 378).

Entre los requisitos que señala Soler para que exista culpa debe destacarse el poder concreto de evitación que tiene una persona, que se relaciona con lo que Jiménez de Azúa llama culpa inconciente. Dice Soler:

“La concreta determinación de la culpa está subordinada a varios requisitos: a) Al poder concreto de evitación que el sujeto tenía en realidad y del cual podía hacer uso. Este poder, siendo individual y concreto, se debe referir a las condiciones del sujeto tanto si en el caso éstos eran superiores a la media común como si eran inferiores. Una delicada operación quirúrgica debe ser hecha con la prudencia propia de un cirujano, por lo tanto, la exigencia sería menor para el médico rural no especializado que se ve obligado a intervenir (Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino p. 140).

En la presente causa se observa que los procesados son analfabetos, que integran un sector marginal como es en la Patagonia toda la población de origen chileno, que el padre de los menores ha sido un minero de Río Turbio (fojas 420), y posteriormente un “changarín” de Y.C.F. (fojas 65).

Los procesados resultan así, en relación al cuidado que daban a sus hijos un producto de lo que el medio social en que vivían había hecho de ellos. Las normas culturales que rigen la conducta de la población marginal chilena en la Patagonia, son totalmente diferentes a la cultura de otros sectores sociales y de las poblaciones de otras zonas geográficas. Se impide que la población chilena tenga acceso a la documentación que establecen las normas sobre inmigración, y no se aplican las leyes laborales que se dictan en nuestro país, pagándose a los peones del campo salarios inferior-

res a los que les corresponde o haciendo de los trabajadores de Y.C.F. –una Empresa Estatal– simples “Changarines”, a quienes se les niegan los derechos que establecen las leyes en la materia y que como consecuencia de ello, carecen de beneficios jubilatorios como en el caso del procesado (fojas 65/66).

J.C. murió por Bronquialviolitis que según informe médico está “emparentado muchas veces con desnutrición y desprotección” (fojas 139). Este informe médico y el acta de defunción fundamentan la acusación fiscal por homicidio culposo. L.d.C., y M.A. también murieron como consecuencia de desnutrición.

Los informes médicos agregados en la presente causa llaman desnutrición a lo que organismos internacionales denominan hambre. Un especialista en el tema ha escrito: “De esos 60 millones de muertes anuales, más de la mitad debe atribuirse a la desnutrición. Se comprueba de ese modo que el hambre es la más generalizada de todas las enfermedades endémicas, y la más grave manifestación de pauperismo mundial, generado por el progreso económico defectuoso y agravado por el círculo vicioso por la miseria, la baja productividad por insuficiencia de energía creadora y el ínfimo que llega a crear una razonable capacidad adquisitoria. El siniestro papel del hambre en el caos económico y político de nuestros días hace que este fenómeno sea mirado hoy, con más atención por los estudiosos de los problemas sociales, preocupados principalmente por el problema de rebeldía que el hambre genera en los pueblos hambrientos frente a la relativa opulencia de los pueblos ricos, y el permanente temor a un posible levantamiento que ello entraña la realidad de esa miseria que ha dividido el mundo en dos grupos, el de los que no comen, y el de los que no duermen –el primero habita en los países pobres y se siente aplastado por la opresión económica de las grandes potencias industrializadas. El segundo se halla en las áreas más ricas del mundo, pero no duermen por el pavor que le infunde la rebeldía de los

que no comen” (Josué de Casto *El Libro Negro del Hambre*, Buenos Aires EUDEBA, p. 25).

Esa “enfermedad endémica” que las autoridades responsables de ello no han eliminado aún en nuestro país, y los procesados como integrantes de una población marginal no han sabido atenuar es lo que ha producido la muerte y las lesiones que presentaban los menores y no una negligencia o imprudencia en su accionar. Negligencia o imprudencia podría constituir esa conducta en otro núcleo social, o en otra región geográfica, por parte de personas que hubieran tenido suficiente poder concreto de evitación al que se refiere Soler. Los procesados en esta causa, que son analfabetos, sometidos a la desocupación y el desempleo, sin leyes sociales que los amparen, sin ninguna mutual o sindicato al que pudieran recurrir en busca de remedios, han considerado “normal” esa enfermedad endémica del hambre y manifiestan en sus indagatorias que sus hijos se encontraban sanos. A tal punto es normal para amplios sectores de la población de los países subdesarrollados esa enfermedad endémica que la mortalidad infantil alcanza en estos países al 200 por mil (Josué de Castro, obra citada p. 17).

En esas condiciones la conducta de los procesados no resulta negligente o imprudente, sino lamentablemente “normal”. Simplemente se trata de una de las sesenta millones de muertes anuales por hambre que se producen en el mundo que ha llegado a conocimiento de la Justicia de la provincia de Santa Cruz. No se ha procesado a los responsables de esa situación sino a sus víctimas.

V) Ante la inexistencia de hechos delictivos resulta de aplicación el artículo 29 de la Constitución de la Provincia que dice que “una ley establecerá indemnizaciones para quienes habiendo estado detenidos por más de 60 días fueran absueltos o sobreseídos definitivamente”. Tal ley no ha sido dictada pero la norma constitucional establece un derecho en favor de las personas que se

encuentran en esa situación. El artículo 15 de la Constitución dice que los jueces prestarán amparo a todo derecho reconocido por la Constitución Nacional y ésta, y si no hubiera reglamentación o procedimiento legal, “arbitrarán a ese efecto trámites breves”. A falta de reglamentación la indemnización establecida por el artículo 29 de la Constitución deberá ser pagada por el Erario Público a cuyo efecto se practicará la correspondiente notificación al Fiscal de Estado.

Son de aplicación a la presente causa los artículos 305 y concordantes. 495 y 496 del C.P.C.

Por ello, oídos que fueron el Agente Fiscal y la Defensa juzgando en definitiva,

FALLO:

1º) ABSOLVIENDO DE CULPA Y CARGO A J.A.C. y F.A. cuyos datos filiatorios obran en autos en orden a los delitos de HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO, REITERADO EN UNA OPORTUNIDAD, EN CONCURSO REAL CON HOMICIDIO CULPOSO, LESIONES GRAVÍSIMAS CALIFICADAS POR EL VÍNCULO Y LESIONES GRAVES CALIFICADAS POR EL VÍNCULO EN CONCURSO REAL (Artículo 80 inciso 1º, 84, 91, 92 y 55 del Código Penal), que fueran materia de acusación ordenándose su inmediata libertad.

2º) FIJANDO LA INDEMNIZACIÓN que establece el artículo 29 de la Constitución de la Provincia en VEINTE MIL PESOS para cada uno de los procesados, a cargo del Erario Público.

3º) REGULANDO los honorarios profesionales de los Doctores E.M.V., A.K. y H.D. por las tareas realizadas en OCHOCIENTOS PESOS a cada uno de ellos.

40 • Ramón Torres Molina

4º) REGULANDO los honorarios profesionales del Doctor H.S. como Defensor Oficial “*ad-hoc*” en la suma de MIL DOSCIENTOS PESOS; los del Doctor A. B. como Fiscal “*ad-hoc*” en la suma de MIL DOSCIENTOS PESOS y los del Doctor E.D. como Defensor Promiscuo “*ad-hoc*” en la suma de QUINIENTOS PESOS a cargo del Erario Provincial.

5º) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE y COMUNÍQUESE.

Ramón Horacio Torres Molina
Juez Subrogante

Memorial presentado ante la Cámara Federal de Bahía Blanca

EXCELENTÍSIMA CÁMARA:

Ramón Horacio Torres Molina, abogado, inscripto en la C. S. J. N. al L. XVI Folio 161, por derecho propio, actualmente detenido en la Unidad Carcelaria N° 6 de Rawson, en los autos caratulados “Torres Molina Ramón Horacio s/habeas corpus”, a V.E. digo:

Que vengo a presentar el memorial autorizado por V.E. solicitando se revoque la resolución por la que se me niega el habeas corpus que interpusiera fundado en las consideraciones que expongo.

El señor Juez fundamenta la resolución apelada en el informe de fojas 50 del Ministerio del Interior que sostiene que me encuentro detenido y no se me otorga la opción para salir del país por “estar ligado a la subversión” y por “mantener una actitud subversiva en la cárcel”. Se omite la producción de parte de la prueba que ofreciera y no se efectúa ninguna consideración sobre la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo por los que se me deniegan las opciones para salir del país que oportunamente formulara.

El artículo 23 de la Constitución Nacional faculta al Poder Ejecutivo a detener personas durante la vigencia del estado de sitio, pero tal facultad debe considerarse sometida al contralor judicial y, en consecuencia, susceptible de ser revisada por la justicia, en cuanto a sus fundamentos, duración y forma de cumplimiento, ya que lo contrario implicaría reconocer legalmente la arbitrariedad,

Cárcel de Rawson, 9 de enero de 1981.

el ejercicio de facultades extraordinarias, o la suma del poder público por parte del Poder Ejecutivo expresamente prohibidas por el artículo 29 de la Constitución y por todo nuestro sistema legal.

Si V.E. observa el informe que el Poder Ejecutivo presentó en el habeas corpus deducido en mi favor por mi madre, que tramitó ante el Juzgado Federal de Río Gallegos, especialmente el prontuario que acompañó al informe, cuyas copias están agregadas en autos, y lo compra con el informe de fojas 50, se comprueba el valor de los informes que el Poder Ejecutivo brinda a la justicia. El primero se funda en una serie de hechos que la prueba reunida en el presente habeas corpus demuestra que son falsos, y el segundo de una generalidad tal que no encuentra sustento en hecho alguno.

El artículo 23 de la Constitución Nacional autoriza la detención de personas pero no exige ninguna conducta por parte de ellas para obtener su libertad. Cuando el Poder Ejecutivo manifiesta que mantengo “una actitud subversiva en la cárcel” me exige una determinada conducta manteniéndome detenido, en consecuencia, por tiempo indeterminado, ya que “una actitud subversiva en la cárcel” significa presentar habeas corpus como el presente, exponer hechos como los expongo en este escrito, mantener una actitud digna frente a todas las violaciones a los derechos humanos cometidas en la cárcel, y mantener la primera entrevista que efectuó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su visita a esta cárcel, como efectivamente lo hice a su solicitud.

El artículo 23 de la Constitución Nacional no autoriza campos de concentración, torturas, ni cárceles de castigo. Estas últimas se encuentran prohibidas por el artículo 18. Sin embargo, desde que estoy en esta cárcel fui sometido a medidas de este tipo. El día 15 de julio de 1976 al ingresar a esta unidad fui golpeado de una forma tal que me produjo la rotura o fisura de costillas. Permanecí hasta el 30 de julio en una celda de aislamiento, sin ningún elemento en la misma, con muy poca alimentación, debiendo dormir

los nueve primeros días en el suelo, sin mantas ni colchón, vestido únicamente con ropa de verano, todo ello en pleno invierno y en días en que la temperatura alcanzó once grados bajo cero. Casi todos los días, varias veces al día, se abría la celda y se me golpeaba. El 1º de octubre del mismo año se me trasladó al campo de concentración de Comodoro Rivadavia donde nuevamente fui torturado con golpes y descargas de electricidad, efectuándose dos veces simulacros de fusilamiento con disparos de armas. Permanecí allí durante quince días atado a una cama, con los ojos vendados, con muy poca alimentación.

Durante los años 1976 y 1977 se aplicaron, en esta cárcel, golpes sistemáticos y todo tipo de vejaciones, insultos, baños de agua fría, movimientos de tipo militar como trotar, salto de rana, flexiones, sanciones indiscriminadas. A partir de diciembre de 1977, sin que desaparecieran los hechos anteriormente mencionados, se aplicó un régimen (con el debido asesoramiento científico) que tenía por objeto nuestra destrucción física, psíquica, intelectual y moral. Se nos sometió a un sistema de privación sensorial en el que únicamente recibíamos estímulos negativos que culminaron con una total militarización que controlaba constantemente nuestra conducta mediante órdenes que se nos impartían en forma permanente. Se prohibió la lectura, todo tipo de actividad física, toda información del medio exterior. Debíamos permanecer acostados en la cama catorce horas y media por día.

Como consecuencia de los hechos descriptos los médicos de la Cruz Roja Internacional en revisiones que me efectuaron comprobaron que tenía su soplo cardíaco y un estado de hipertensión arterial.

El decreto 780/79 estableció que debía dárse nos el tratamiento de D.T., que significa delincuente terrorista o detenido terrorista (reemplazando así el tratamiento de subversivos que se nos daba de hecho), creó una Comisión Interdisciplinaria encargada de evaluar

nuestra conducta y opinar en los casos de pedidos de opción para salir del país, y estableció un régimen por el que se clasificaba a las personas detenidas en tres categorías, todo ello al margen de un proceso legal, en abierta contradicción con los artículos 18, 23, 29 y 95 de la Constitución Nacional, pero que resulta coherente con la pena que de hecho se me ha impuesto. El decreto 929/80 vigente mantiene la Comisión Interdisciplinaria y la clasificación en tres categorías.

Desde fines de 1979, cuando empiezan a salir libremente los escritos que se remiten a la justicia sobre la situación carcelaria, las Cámaras Federales de Apelaciones de Buenos Aires, Córdoba, Tucumán, Rosario y Resistencia efectúan inspecciones oculares o instruyen sumarios sobre la situación carcelaria existente en esta unidad.

Tomar en cuenta el informe del Poder Ejecutivo en el sentido de que mantengo “una actitud subversiva en la cárcel” sería convalidar las violaciones a los derechos humanos cometidas en las cárceles del país.

Las consideraciones anteriores fundamentan la falta de razonabilidad de las negativas a concederme la opción para salir del país que solicito sea considerada por V.E. en forma subsidiaria al análisis de las razones de mi detención y a la constitucionalidad de las decisiones del Poder Ejecutivo que me impiden salir del país.

El señor Juez no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las resoluciones del Poder Ejecutivo que me niegan la opción para salir del país. El artículo 23 de la Constitución Nacional tiene su límite natural en el derecho de toda persona detenida sin proceso para salir del país si así lo desea. Si no existe tal limitación existe una pena, al margen del derecho de defensa en juicio, del debido proceso y en contradicción con los artículos 18, 29 y 95 de la Constitución Nacional. Observe V.E. que el Poder Ejecutivo no dice que se me han negado las opciones para salir del país, cuando lo he solicitado, por los fundamentos expresados a fojas 50, sino

que dice que no se me concede la opción por esas razones, tomando una decisión de tipo indeterminado que justifica la pena por tiempo indeterminado que cumplo.

Durante la sustanciación del presente habeas corpus se han omitido las siguientes medidas de prueba afectándose así el derecho constitucional de defensa en juicio.

1º) No se ha hecho lugar a la prueba testimonial ofrecida sin que se me notificara esa resolución.

2º) El Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Santa Cruz no ha respondido a la totalidad del informe solicitado por el señor Juez en su exhorto, sin que mediara reiteración del mismo.

3º) Se ha omitido librar los exhortos a los señores jueces mencionados en los informes del Poder Ejecutivo cuyas copias han sido agregadas en autos. A pesar de ello considero que del informe proporcionado por las autoridades de la Unidad Carcelaria N° 9 de la ciudad de La Plata surge la exactitud de lo expuesto en el escrito de fojas 1/4.

Solicito que tales omisiones sean subsanadas por V.E. mediante medidas para mejor proveer, teniendo en cuenta la aclaración que formulo en el último párrafo del punto 3º. Pido que mediante medidas similares se solicite al Poder Ejecutivo que amplíe los fundamentos del informe de fojas 50 y que remita copia de los informes elevados por la Comisión Interdisciplinaria al Ministerio del Interior, se solicite al Juzgado Federal de Río Gallegos la remisión de los autos "Torres Molina Ramón Horacio s/hábeas corpus" iniciado por mi madre María Ormesinda Villa Abrille de Torres Molina para ser agregado por cuerda al presente expediente y se verifique la existencia de denuncias sobre el régimen carcelario pidiendo los informes sobre causas instruidas por presuntos delitos en esta unidad y acciones de amparo al Juzgado Federal de Rawson.

En el caso de que en razón de los hechos que expongo V.E. dé intervención al Señor Juez Federal de Rawson solicito que expresamente

se haga constar que debo ampliar los mismos en forma personal ante el Señor Juez ya que en los sumarios de prevención que instruye personal del Servicio Penitenciario Federal por casos similares se establecen serias limitaciones a la libertad de expresión.

Podrá o no la justicia penetrar en la realidad del país con sus campos de concentración, desaparecidos, muertos, torturados, exiliados y regímenes carcelarios de castigo. En el presente habeas corpus esa alternativa se manifiesta en considerar formalmente los informes del Poder Ejecutivo como si nada hubiera ocurrido en el país o como si nada ocurriese, o establecer la verdadera naturaleza de tales informes. Pero de todas maneras esos hechos son conocidos por el pueblo y serán esclarecidos por la historia.

Finalmente quiero manifestar a V.E. que no me considero responsable de la debilidad política del gobierno que teme la libertad de un abogado a quien mantiene en prisión durante cinco años sin someterlo a proceso.

Reitero el caso federal previsto por el artículo 14 de la ley 48 ya que pueden resultar afectados los artículos 23, 18, 29 y 95 de la Constitución Nacional.

Dejo constancia que hago entrega del presente escrito que consta de cinco fojas a las autoridades de esta unidad el día nueve de enero de 1981.

Por todo lo expuesto pido se dispongan las medidas para mejor proveer solicitadas y oportunamente se haga lugar al habeas corpus deducido.

Provea V.E. de conformidad.

Será Justicia.

Ramón Horacio Torres Molina
Abogado, C.S.J.N. Lº XVI Fº 161

Inconstitucionalidad de una ley de amnistía dictada por un gobierno de facto

TODA LEY DE AMNISTÍA SIGNIFICA LA RENUNCIA POR PARTE DEL ESTADO a su potestad de sancionar los hechos considerados como delitos por las leyes penales fundada en consideraciones políticas de interés público. Siendo facultad del Congreso de la Nación definir qué hechos constituyen delitos, según el principio de legalidad que establece el artículo 18 de la Constitución Nacional (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), es también facultad exclusiva de ese Congreso derogar la ley penal y dictar amnistías generales según lo establecido en el artículo 67, inciso 17 de la Constitución Nacional. A la facultad de dictar normas represivas corresponde la de derogarlas, o suprimir sus efectos mediante las leyes de amnistía.

El derecho hispanoamericano tiene una larga tradición en la sanción de estas leyes, que es correlativa con la inestabilidad política de nuestro continente. Argentina cuenta con varias leyes dictadas a lo largo de su historia que, interpretando la situación política de cada etapa, contribuyeron a la solución de los conflictos que enfrentaron a las distintas corrientes políticas que disputaron el poder. Los movimientos revolucionarios de 1874, 1880, 1890, 1893 y 1905 dieron origen a la sanción de leyes de amnistía que alcanzaron a los participantes en esos hechos. Posteriormente los levantamientos radicales, la resistencia peronista y las acciones guerrilleras contra la dictadura del 66-73 fueron amnistiados, de

acuerdo con la opinión mayoritaria del pueblo, con la sanción de sucesivas leyes.

Las amnistías sancionadas en nuestro país son las siguientes:

Ley 714 del 22 de Julio de 1875.

Ley 843 del 21 de julio de 1877.

Ley 2.310 del 28 de agosto de 1888.

Ley 2.713 del 29 de agosto de 1890.

Ley 3.223 del 24 de enero de 1895.

Ley 4.939 del 12 de junio de 1906.

Ley 11.626 del 27 de septiembre de 1932.

Ley 12.673 del 5 de junio de 1941.

Ley 14.296 del 18 de diciembre de 1953.

Ley 14.436 del 22 de mayo de 1958.

Decreto-Ley 7.603/63 del 12 de setiembre de 1963.

Decreto-Ley 7.604/63 del 13 de setiembre de 1963.

Ley 20.508 del 26 de mayo de 1973.

La mayoría de estas leyes se refieren a delitos políticos y militares, incluyendo algunas de ellas a los delitos conexos. La Ley 843 amnistió a los condenados “al servicio de las armas” por los delitos de rebelión o sedición. La Ley 14.296 amnistió en general delitos políticos y gremiales, excluyendo expresamente los actos de terrorismo, derivando en el Poder Ejecutivo ciertas reglamentaciones para su aplicación.

Los dos decretos-leyes de 1963 son las únicas amnistías sancionadas por un gobierno de facto sin cumplir con los requisitos constitucionales de ser una amnistía dictada por ley del Congreso. El Decreto 7.603 amnistiaba a condenados o procesados “por delitos políticos y comunes conexos, por aplicación de los decretos número 2.628/60, 2.639/60 y la ley 15.293”, es decir, las normas que declaraban públicamente la vigencia del Plan Conintes (vigente desde 1958 por decreto secreto) y establecían los Consejos de

Guerra. Se trataba, como se observa, de normas ilegítimas e inconstitucionales, así declaradas por la justicia, y el gobierno de facto no hacía otra cosa que restablecer la normalidad, eliminando las normas que se oponían al régimen legal que deriva de la Constitución Nacional, accediendo así a uno de los objetivos de las luchas populares como era lograr la amnistía por las acciones de la segunda resistencia. El Decreto-ley 7.604 es el que más se parece a una auto-amnistía y establecía: “Concédese amnistía para todos los delitos políticos y comunes conexos cometidos con motivo de las luchas militares ocurridas el día 2 de abril y subsiguientes del año 1963”. Se trata de los enfrentamientos militares entre azules y colorados, que no originaron causas penales en número significativo, por lo que el decreto tiene principalmente una motivación de tipo administrativo al permitir solucionar la situación del personal militar perteneciente al bando colorado dado de baja, mediante su reincorporación en situación de retiro.

La Ley 20.508 de mayo de 1973, aprobada por la unanimidad de los bloques legislativos y cuestionada permanentemente por la dictadura, interpretó la realidad política del país al establecer legalmente lo que tenía legitimidad política anterior como una expresión de la lucha contra la dictadura, respaldada por el pueblo, que culminó con el llamado a elecciones después de dieciocho años de proscripciones. Solo interpretaciones simplistas de la política y de la historia (como son las interpretaciones de la dictadura) pueden hacer derivar de una ley, las acciones armadas que se desarrollaron posteriormente contra el gobierno popular, aun cuando una minoría de las personas amnistiadas haya participado en ellas. Un fenómeno político complejo se simplifica, de acuerdo con ese criterio, hasta hacerlo depender de una ley.

Todas las leyes de amnistía dictadas en nuestro país respondieron a una situación política concreta y contaron con el apoyo de la mayoría de los sectores políticos del país. No hubo oposiciones sig-

nificativas porque existía el consenso de solucionar los problemas políticos mediante la sanción de esas leyes. Muchos hechos, que hoy son páginas gloriosas en la historia de la nación, como las revoluciones del 90, del 93 y de 1905, para citar solamente las que resultan indiscutibles para la absoluta mayoría del pueblo, fueron hechos que originaron la sanción de leyes de amnistía. No existe ninguna amnistía dictada en contra de la opinión mayoritaria del país.

Consideradas desde el punto de vista legal, las amnistías cumplieron los requisitos formales establecidos por el artículo 67, inciso 17 de la Constitución Nacional, siendo discutidas y sancionadas por el Congreso de la Nación, no dando lugar a problemas interpretativos en cuanto a su validez, salvo los decretos-leyes del año 1963, cuyas particularidades han sido señaladas y que por esas circunstancias tampoco fueron cuestionados ante la justicia.

La intención de la dictadura de dictar una auto-amnistía nos coloca ante el problema legal de considerar la validez jurídica de sus actos, y en particular la validez de los decretos-leyes en materia penal.

Un gobierno de facto, tomando esta denominación en sentido amplio, es aquél que llega al poder sin cumplir con los requisitos formales establecidos por las leyes vigentes. En el presente siglo nuestro país ha vivido las experiencias de seis gobiernos de facto que tienen como antecedente, en el siglo pasado, el gobierno de Mitre después de su victoria en Pavón.

Los cuatro primeros gobiernos de facto de este siglo denominaron decretos-leyes a las normas de contenido legal que dictaron, mientras que las dos últimas dictaduras las llaman leyes, sin que esa denominación alcance a cambiar la naturaleza jurídica de las normas que dicta el Poder Ejecutivo sin Congreso: se trata de decretos-leyes aunque se las llame leyes. Una de las primeras resoluciones del congreso de 1973 fue disponer la correcta denominación de esas normas como decretos-leyes.

La validez de una norma es una consecuencia directa de la legitimidad del poder que la dicte. Cuando ese poder es ilegítimo imponiéndose únicamente por la fuerza a la mayoría de la población, las normas pierden su vigencia cuando cesa ese poder, porque dejan de existir los hechos que las imponen. Esta es la doctrina tradicional sobre los gobiernos de facto y el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo que dictó el 13 de noviembre de 1933. En el caso *Malmonge Nebreda*, que trataba sobre el pago de impuestos, la Corte Suprema, a la vez que limitaba las facultades del gobierno de facto a actos de urgente necesidad y que no establecieran penas, resolvió condenar al pago de impuestos omitidos, que habían sido fijados por decreto-ley del gobierno de facto, porque al ser ratificado por ley del Congreso podía tener efecto retroactivo a la fecha en que fue dictada esa legislación impositiva, pero absolvió al imputado de la multa, por no existir retroactividad en materia penal según lo dispone el artículo 18 de la Constitución Nacional (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, Tº 169, p. 309).

Esta doctrina que se mantuvo invariable hasta 1947 y que está de acuerdo con la opinión mayoritaria de los autores, establece la caducidad de todos los actos del poder de facto.

Para solucionar los problemas legales presentados como consecuencia de la doctrina sobre la caducidad de los actos de los gobiernos de facto, los parlamentos que siguieron a esos gobiernos ratificaron o derogaron expresamente por ley los decretos-leyes dictados por los gobiernos que los antecedieron.

Si en otras materias la necesidad de mantener funcionando el aparato del Estado hace que parte de la doctrina admita los decretos-leyes, en materia penal la opinión es unánime en el sentido contrario, porque la garantía establecida por el artículo 18 de la Constitución Nacional, que es una conquista de la Revolución Francesa y la esencia del Derecho Penal moderno, exige que

la norma penal sea tal en sentido material y formal, es decir que tenga un determinado contenido y que haya sido sancionada de acuerdo con los procedimientos exigidos por la Constitución Nacional, lo que presupone la existencia del Congreso de la Nación.

De acuerdo con esta doctrina los decretos-leyes penales dictados en 1962 y 1963 fueron declarados inconstitucionales por la justicia.

En 1963 la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia dictó un fallo que decía: “Restablecido el orden representativo republicano federal, con el juego normal de las instituciones, la aplicación del decreto-ley 4.214/63 –que crea una nueva figura penal sancionada con pena privativa de la libertad y que fuera dictado cuando el Poder Ejecutivo Nacional había disuelto el Congreso, arrogándose facultades legislativas– fuerza la Ley Fundamental vulnerando los artículos 18 y 19, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad”. (Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, 7 de noviembre de 1963 en L.L. 114-607).

El mismo criterio fue expuesto posteriormente por la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, que resolvió: “Las disposiciones del decreto-ley 788/63 son inconstitucionales por ser violatorias de las garantías esenciales establecidas en el artículo 18 de nuestra Carta Magna y de las disposiciones expresas de la misma contenidas en el inciso 11 del artículo 67, que atribuye al Congreso de la Nación la potestad legislativa para dictar el Código Penal y la legislación represiva. La aprobación definitiva del proyecto de ley actualmente a consideración del Senado de la Nación, con sanción de la Cámara de Diputados, en cuya virtud se declararían en vigencia los decretos leyes dictados desde el 29 de marzo de 1962 hasta el 12 de octubre de 1963, no obstaría a la declaración de inconstitucionalidad del decreto-ley 788/63, ya que aquella sanción definitiva del susodicho proyecto, sólo establecería la vigencia pero no la validez constitucional de los mismos, que está

reservada al control exclusivo del Poder Judicial” (Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, agosto 6, de 1964. en L.L. 115-414).

Esta doctrina fue reiterada por un fallo posterior de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y por varios fallos de primera instancia (L.L. 115-64, L.L. 115-102, L.L. 116-366).

Siguiendo esta doctrina el congreso establecido en 1963 derogó expresamente los decretos-leyes penales por Ley 16.648, y el congreso de 1973 derogó todas las llamadas leyes penales dictadas por la dictadura, incluso el Código Penal, cuya estructura y técnica legislativa era más moderna que la del que puso en vigencia. Es que era una cuestión de principios, como sigue siéndolo ahora, resolver que ningún gobierno de facto puede dictar normas en materia penal, cualquiera fuere el criterio que se acepte con respecto al valor de sus restantes actos jurídicos.

Siendo una ley de amnistía una facultad expresamente establecida por el artículo 67, inciso 17 de la Constitución Nacional al Congreso de la Nación, que deriva de la facultad represiva del Estado, toda la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de los decretos-leyes en materia penal resulta aplicable a una posible amnistía declarada por un gobierno de facto aún desde el punto de vista de la doctrina que acepta la vigencia de los decretos-leyes cuando se establece el nuevo gobierno constitucional.

Las discusiones doctrinarias sobre la validez y vigencia de un decreto-ley una vez que cesa el gobierno de facto se refiere únicamente a los decretos-leyes que no son de naturaleza penal. Con respecto a los decretos-leyes penales las opiniones son unánimes: estas normas son inconstitucionales. De la misma forma debe considerarse un decreto-ley que es la contrapartida de la ley penal, como sería un decreto-ley que establezca una amnistía.

Las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales anteriores fueron hechas para los gobiernos de facto normales, que se autodefinen como provisionales, que manifiestan respetar la Cons-

titución y adoptan medidas conducentes a lograr la normalidad constitucional, aunque sólo fuere parcialmente. Estas características tuvieron los cuatro primeros gobiernos de facto de este siglo, dando origen, tres de ellas a gobiernos ilegítimos producto de la proscripción de la mayoría del pueblo. Esos gobiernos de facto contaron con un mínimo de consenso en la opinión pública, aunque fuese minoritario y coexistieron con una justicia que tenía un origen constitucional.

La actual dictadura fascista, que creó su propio poder judicial de facto, se asemeja formalmente a lo que la doctrina llama gobiernos usurpadores, que se imponen por el solo uso de la fuerza sin contar ni siquiera con el consenso minoritario de los restantes gobiernos de facto. En este caso los actos del gobierno de fuerza son nulos, de nulidad absoluta, y cesan cuando desaparece el hecho de fuerza que los sustenta que es el único fundamento de su vigencia. Por esa razón, si puede admitirse una discusión doctrinaria sobre la vigencia de los decretos-leyes de un gobierno de facto, frente a la dictadura actual esa discusión resulta inadmisibile, todos sus actos carecen de valor.

La doctrina sobre los gobiernos de facto afirmaba que los delitos de rebelión y sedición que entre otros cometían los autores de un golpe de Estado al derrocar un gobierno constitucional, no caían bajo la sanción de la justicia cuando se trataba de un movimiento triunfante. La doctrina de facto actual, elaborada a partir de la experiencia de la dictadura griega sostiene que debe someterse a proceso, por los delitos cometidos en el acto del levantamiento, a los integrantes de las fuerzas militares que participaron en el golpe de Estado cuando se restablece la legalidad constitucional. En el caso de la dictadura griega sus responsables fueron procesados y condenados por el delito de traición a la patria.

Frente a la dictadura actual es aplicable esa doctrina. Los autores del golpe de Estado del 24 de marzo de 1976 son penalmente

responsables por ese acto y por todos los hechos cometidos con posterioridad que caen bajo la sanción del Código Penal. Si en el corto plazo se trató de un movimiento triunfante, en el largo plazo es una rebelión y sedición derrotada, con todas las consecuencias negativas que trajo para la vida nacional.

Por las razones expuestas, toda pretendida amnistía que nadie reclama, ni siquiera los encarcelados por la represión antiguerrillera, que contradice la expresa voluntad de todos los sectores de la vida nacional y que sólo busca la impunidad, es inconstitucional y así será declarada por los jueces de la Constitución, sometiendo a proceso a las personas responsables del derrocamiento del gobierno constitucional y a los autores de todo tipo de delitos que incluyen delitos contra la humanidad.

La proscripción política

EL TRABAJO DE CARLOS ZAMORANO ES UN TESTIMONIO DE LAS LUCHAS contra la proscripción política durante el último gobierno militar. Junto a las decisivas luchas populares que culminaron con la convocatoria a elecciones y el restablecimiento de las instituciones democráticas, se libraron también las batallas legales que reivindicaban el valor de la ley aun frente a regímenes dictatoriales que, como el argentino, ni siquiera respetaba la propia legislación represiva que dictaba. Este libro es un capítulo de esa dura y difícil batalla legal.

La proscripción política tiene una larga tradición en la historia argentina. Desde fines del siglo pasado el radicalismo se convirtió en intérprete de la voluntad popular en su lucha por la libertad del sufragio. Las revoluciones del 90, 93 y 1905 y la abstención revolucionaria del radicalismo expresaron la decisión soberana del pueblo de sostener sus derechos políticos frente a las minorías oligárquicas que ocupaban el poder. La sanción de la ley electoral de 1912 de voto universal, secreto y obligatorio fue la culminación de esas luchas en defensa de las libertades políticas.

La posibilidad de que la oligarquía perdiera parte del aparato estatal que controlaba, en particular el Senado de la Nación, originaron el golpe de Estado del 6 de septiembre de 1930, con sus con-

Prólogo al libro de Carlos Zamorano *La proscripción política*,
Buenos Aires, Cartago, 1985.

secuencias represivas contra todos los sectores populares. Fueron anuladas las elecciones del 5 de abril de 1931, se vetó la fórmula presidencial del radicalismo, se volvió a la época del fraude.

Los intentos por establecer el “delito de opinión” no tuvieron éxito hasta la década del 50, aunque sí existieron fallos judiciales discriminatorios. Al debatirse en 1902 la llamada ley de residencia (Ley N° 4.144), algunos legisladores expusieron su posición favorable a penar la doctrina anarquista como tal, con independencia de cualquier acto que estuviese tipificado en el Código Penal. La norma dictada no fue esa, aunque en los hechos la ley de residencia funcionó como una pena que se aplicaba a aquellos militantes sindicales que opinaban de manera divergente a la de los sectores gobernantes y entonces eran expulsados del país.

En 1933 el Senado debatió un proyecto de ley que creaba el delito de “propaganda comunista”, que fue rechazado (Diario de Sesiones del Senado de la Nación, 20 de junio de 1933). El mismo proyecto volvió a debatirse en 1936 con idéntico resultado (Diario de Sesiones del Senado de la Nación, 22 de diciembre de 1936).

La Reforma Constitucional de 1949 contenía cláusulas como las del artículo 15 que merecen ser objetadas desde el punto de vista de las libertades políticas. Establecía que: “el Estado no reconoce libertad para atentar contra la libertad”; principio que abría el camino a discriminaciones ideológicas según las leyes que se dictasen.

El golpe de Estado de 1955 retomó la práctica de la proscripción política al declarar disuelto al Partido Peronista (Decreto-ley 3.855/55) y transferir sus bienes al Estado. También proscribió al Partido Socialista de la Revolución Nacional (Decreto-ley 4.072/55).

Pero la verdadera innovación del golpe del 55 fue la tipificación del “delito de opinión”. El Decreto-ley 4.161/56 establecía en su artículo 1° “Queda prohibido en todo el territorio de la Nación: la utilización, con fines de afirmación ideológica peronista, por

cualquier persona ya se trate de individuos aislados, grupos de individuos, asociaciones, sindicatos, partidos políticos, sociedades, personas jurídicas, públicas o privadas, de las imágenes, símbolos, signos, expresiones significativas, doctrinarias, artículos y obras artísticas que pretendan tal carácter o pudieran ser tenidos por alguien como tales, pertenecientes o empleados por los individuos representativos u organismos del peronismo. Se considerará especialmente violatoria de esta disposición, la utilización de la fotografía, retrato o escultura de los funcionarios peronistas o sus parientes, el escudo y la bandera peronista, el nombre propio del presidente depuesto, el de sus parientes, las expresiones ‘peronismo’, ‘peronista’, ‘justicialismo’, ‘tercera posición’, la abreviatura, ‘p.p’, las fechas exaltadas por el régimen depuesto, las composiciones musicales denominadas ‘Marcha de los muchachos peronistas’ y ‘Evita capitana’ o fragmentos de la misma, y los discursos del presidente depuesto y de su esposa o fragmentos de los mismos” (Boletín Oficial, 9/3/1956). Para quienes infringieran estas disposiciones se establecía la pena de 30 días a 6 años de prisión y, además, multa.

El mismo sentido tuvo la creación de la llamada Junta de Defensa de la Democracia por Decreto-ley 18.767/56 que decía: “Toda organización que con arreglo al procedimiento establecido en el presente decreto-ley sea calificado como ‘comunista’, ‘cripto-comunista’, ‘con infiltración comunista’ o tan solo ‘totalitaria’ está obligada a agregar a su nombre, respectivamente la expresión ‘Organización comunista’, ‘Organización cripto-comunista’, ‘Organización con infiltración comunista’ u ‘Organización totalitaria’, en toda su documentación, correspondencia, publicaciones, propaganda, y, en general, a usar ese aditamento a su denominación en toda la actividad que desarrolle” (Boletín Oficial, 16/10/1956).

La proscripción política del peronismo se mantuvo en años posteriores mediante decisiones directas o a través del Estatuto de los

Partidos Políticos que le impedían acceder a la legalidad. Cuando a través de las listas abiertas por otros partidos el peronismo triunfó en las elecciones del 18 de marzo de 1962, las elecciones fueron anuladas. En 1963 se volvió a proscribir la fórmula presidencial levantada por el peronismo a través de un frente electoral.

El Estatuto de la llamada Revolución Argentina resolvió en su artículo 5º “disolver todos los partidos políticos del país” (Boletín Oficial, 8/7/1966). Era ésta una actitud proscriptiva mayor a las adoptadas con anterioridad ya que estaba referida a la totalidad de los partidos políticos. En particular se tipificó el “delito de opinión “ mediante la Ley 17.401 de represión a las actividades comunistas.

Con tales antecedentes y dentro del conjunto de las medidas represivas tomadas por la dictadura militar, cuyo fundamento ideológico fue la Doctrina de la Seguridad Nacional, se dictó el Decreto 6/76 que suspendió “la actividad política y de los partidos políticos en jurisdicción nacional, provincial, y municipal”. El Decreto fue complementado por las Leyes 21.322 y 21.325 que proscribió a organizaciones políticas, sindicales y estudiantiles, estableciendo penas de prisión a las personas que “de cualquier modo realizare o interviniese en actividades relacionadas o vinculadas con las organizaciones o agrupaciones comprendidas en esta ley”. Otra norma complementaria fue la Ley 21.323 que establecía la pena de un mes a tres años de prisión a quien “realizare actividades políticas” en los casos de los partidos políticos cuya actividad estaba “suspendida”.

Este libro se refiere a las consecuencias legales del Decreto 6/76 y de la Ley 21.323. A lo largo de sus páginas se observarán las condiciones en las cuales un abogado debió desarrollar su actividad en defensa de las libertades políticas, y la digna actitud de un militante político en un momento en que toda actividad política estaba proscripta. Los hechos que se relatan, las normas legales

que se citan, los dictámenes y resoluciones judiciales y las declaraciones de los funcionarios de gobierno, resultarían incomprensibles en un sistema democrático consolidado en el que se respetasen las garantías constitucionales. Pero tales hechos constituyen la realidad que deben enfrentar los pueblos de países que, como el nuestro, sufrieron o sufren las consecuencias de regímenes dictatoriales.

El restablecimiento de la democracia y la vigencia de las garantías constitucionales, eliminan la posibilidad de la proscripción política. Pero debe advertirse que aún en un Estado democrático se podría llegar a limitar la plena libertad política si se dictan normas que permitan el control de los partidos políticos a organismos ajenos a los propios partidos. Por ejemplo, a través de normas que reglamentan su régimen interno o que propicien la interferencia de la propia justicia electoral en su funcionamiento. De ahí que una futura reforma constitucional debería garantizar la actividad de los partidos políticos sin ningún tipo de discriminación ideológica ni interferencia estatal, tomando como base el principio de que el único juez de un partido político es el pueblo a través de sus pronunciamientos electorales.

En este sentido, el presente trabajo es también un aporte a las luchas por las libertades políticas.

Consecuencias jurídicas de la desaparición de menores

LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS HA SIDO ALGO GENERALIZADO EN LAS últimas décadas en los países del Tercer Mundo, en particular en los países de América Latina. La desaparición de niños, es específica de la sociedad argentina, un plan sistemático que ha sido llevado a cabo junto con las desapariciones forzadas, privándose a los menores de su familia, de su historia y de su verdadera identidad.

En nuestro país existen, en la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, aproximadamente doscientas denuncias sobre desaparición de menores. La mayor parte de ellas, unas ciento cincuenta, corresponden a niños nacidos cuando la madre se encontraba detenida. Estas cifras no incluyen cuarenta casos denunciados a la CONADEP y que no han sido registrados en Abuelas, casos en los que existen pocos datos filiatorios acerca de los menores y no se computan los casos de embarazadas cuya desaparición no fue denunciada y los que no se denunció el embarazo, porque la familia de la desaparecida lo ignoraba.

De tal forma, que la cifra de doscientos casos, probablemente pueda duplicarse. Ese es el tremendo problema que vive el país en



**Transcripción de la exposición efectuada en las Jornadas sobre el
tratamiento jurídico de la desaparición forzada de personas.
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires,
24 y 25 de marzo de 1987.
Publicada en *La desaparición. Crimen contra la humanidad*, Buenos Aires,
Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1987.**

la actualidad como una de las consecuencias de las violaciones a los Derechos Humanos que se han producido.

Abuelas de Plaza de Mayo en la labor que ha desarrollado desde su fundación, ha localizado a treinta y nueve menores. De esos treinta y nueve, dieciocho han sido restituidos a sus legítimas familias, once han permanecido por acuerdo de la familia con las personas que lo habían criado (esto, durante la dictadura militar); cuatro fueron encontrados asesinados y hay seis casos de menores identificados, cuya restitución está siendo tramitada ante la justicia y no ha sido posible aún porque la justicia todavía no lo ha resuelto o porque quienes tienen a esos menores en su poder se encuentran prófugos.

Si comparamos las cifras de los menores que fueron localizados y restituidos durante el gobierno militar con los menores localizados y restituidos desde que asumió el gobierno constitucional, veremos que el porcentaje mayor corresponde a la época del gobierno militar, esto por la exclusiva acción de Abuelas de Plaza de Mayo, lo que nos está demostrando la ineficacia de los instrumentos jurídicos e institucionales, en la actualidad, para poder llevar a cabo la tarea de localización y restitución de los menores que continúan desaparecidos.

En los juicios que se han llevado a cabo por violaciones a los Derechos Humanos: juicio a las juntas militares, juicio a integrantes de la Policía de la provincia de Buenos Aires que participaron en la represión, los jueces que intervinieron en ellos llegaron a la conclusión que la sustracción de menores no obedecía a un plan sistemático de las autoridades que habían usurpado el poder el 24 de marzo de 1976, hace hoy once años. Seguramente no se han aportado las pruebas suficientes para poder demostrar la existencia real de ese plan que se extrae de ciertos elementos probatorios. Por ejemplo, el tratamiento distinto que tenían las embarazadas en los centros ilegales; cierta alimentación privilegiada en

relación a otros detenidos en algunos casos, lo que no excluía la tortura de las personas embarazadas; y la existencia de centros que funcionaban como maternidad, por ejemplo, la muy conocida que funcionaba en la Escuela de Mecánica de la Armada. Entendemos que estos elementos probatorios, reunidos en el conjunto de las causas, demuestran que la sustracción de menores obedeció a un plan sistemático de las juntas militares, igual que el plan de desaparición forzada de personas.

La justicia ha dicho lo contrario, pero evidentemente, hay una verdad formal, jurídica y una verdad histórica. Y la verdad histórica terminará por imponerse. Con toda seguridad, los materiales que se están encontrando en estos momentos en determinados juicios, por ejemplo el juicio a la cuarta junta militar por destrucción de elementos probatorios y probablemente los materiales que se están reuniendo en el juicio que se sustancia ante la Cámara Federal de Bahía Blanca en estos momentos, nos permitan reunir los elementos probatorios que demuestren que la sustracción de menores respondía, como toda la política de la junta militar, a un plan sistemático tendiente a privar a los menores de su verdadera identidad.

Se han sistematizado distintos supuestos en los cuales los menores han sido sustraídos. Desde el punto de vista jurídico y considerando la actualidad; podríamos distinguir tres situaciones distintas:

Hay menores que en la primera época de la represión, años 76 y 77, fueron abandonados por las fuerzas represivas y los menores son entonces protegidos por vecinos o personas que se encargan de su custodia, crianza y educación. Ellos son, sin duda, los que poseen menores de buena fe. Es una actitud distinta a quienes sustrajeron a los menores y son los once casos de menores cuyas familias han permitido que permanecieran con las familias de crianza.

Entendemos que, en la actualidad, cuando no existe la represión de los años del gobierno militar y se ha difundido el problema de la desaparición de niños y el interés de sus familiares y del Estado en su localización, no hay poseedores de buena fe de menores desaparecidos.

Hay supuestos de adopción de menores desaparecidos. Los menores que fueron adoptados (caso en el que se excluiría la vía penal), lo han sido por la negligencia de los órganos de justicia que se encontraron con niños que sabían que provenían de procedimientos efectuados por fuerzas represivas que habían privado ilegalmente de su libertad a sus familiares, y que por una circunstancia u otra los menores eran puestos a disposición de un Tribunal de Menores. En algunos casos esos tribunales otorgaron la guarda provisoria y posteriormente se siguió el trámite civil de adopción.

Existen en la actualidad pocos casos de este tipo y se plantea su restitución a través de juicios de nulidad de adopción teniendo en cuenta las circunstancias en las que esos menores fueron adoptados.

La mayoría de casos de menores desaparecidos entran estrictamente dentro del campo del Derecho Penal. Son casi todos los casos de menores sustraídos durante el gobierno militar y la totalidad de los menores nacidos durante la detención de su madre. En estos casos los menores aparecen inscriptos como hijos propios por las personas que los sustrajeron.

Desde el punto de vista del Derecho Penal, el problema de la desaparición de menores se encuentra tipificado por distintas normas del Código Penal.

El artículo 139 del Código Penal tipifica el delito de supresión y suposición de estado civil, imponiendo prisión de uno a cuatro años “al que, por medio de exposición, de ocultación o de otro acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere el estado civil de un menor de diez años”.

El artículo más importante desde el punto de vista de la sanción penal es el artículo 146 que pena con prisión de tres a diez años al “que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”.

En el caso de inscripción como propio de un menor que no lo es, resultaría aplicable el artículo 139 del Código Penal, porque se está modificando el estado civil mediante la comisión de otro delito, el de la falsificación ideológica de documento público ya que se registran datos falsos en una partida que formalmente aparece como verdadera. Este último delito es el contemplado por el artículo 293 del Código Penal. Se relaciona con el artículo 292 cuando se refiere a documentos destinados a probar la identidad de las personas, caso en que la pena se agrava con una escala de tres a ocho años de reclusión o prisión.

Cuando se presenta el caso de supresión y suposición del estado civil contemplado por el artículo 139, nos encontraríamos en presencia de un concurso ideal con relación al 293. Entonces la pena en este caso es de tres a ocho años, que entraría en concurso real con el artículo 146 sobre sustracción de menor.

Las circunstancias probatorias en cada uno de los casos es diferente. Es fácil probar la falsificación de una partida de nacimiento por las condiciones que rodean al acto en el cual ese nacimiento falso se inscribe.

Pero nos resulta muy difícil, cuando entramos en el campo del artículo 146 sobre sustracción de menores, probar que las personas que tienen en la actualidad a los menores desaparecidos, son realmente quienes han sustraído a ese menor, porque en las declaraciones indagatorias y en las defensas van a invocar, y han invocado, otros elementos, diciendo que no son ellos quienes sustrajeron al menor, sino que en determinado momento han protegido a un menor abandonado.

Es muy difícil encontrar testigos o pruebas documentales que digan: esta persona que hoy tiene un menor en su poder es quien

lo sustrajo. Pero la tipificación penal de este delito es muy importante ya que habla de quien sustraiga a un menor de diez años o lo retuviere u ocultare. Cuando se efectúa la denuncia por la comisión de este delito y la persona que tiene en su poder al menor toma conocimiento de los hechos, podría cometer el delito de retención de menor o de ocultamiento de menor cuando se fuga con él.

Mientras los delitos de supresión del estado civil, falsificación ideológica de instrumento público, falsificación de documento destinado a probar la identidad y uso de documento público falsificado, son delitos instantáneos, el delito de sustracción de menor es un delito permanente, o sea que es un delito que en la actualidad se sigue cometiendo. Esto es muy importante cuando entramos a considerar el tema de la prescripción, porque para las teorías de ciertas Cámaras Federales que sostienen el paralelismo de la prescripción, a diferencia de la jurisprudencia predominante en la provincia de Buenos Aires, pueden estar prescriptos hipotéticamente los delitos de modificación del estado civil o falsificación de instrumento público, pero no está prescripto el delito de sustracción de menor, cuyo ciclo delictivo termina en el momento de la restitución del menor a su legítima familia.

Pero si profundizamos un poco más en el tema de la prescripción, en lo que hace a la falsificación de documento público, veríamos que el concurso ideal que conforma con el resto de los delitos toma en cuenta el artículo 296 del Código Penal que sanciona con la misma pena que establece para el falsificador el uso del documento público falsificado. En el caso de los menores que han sido sustraídos y son inscriptos como propios, siempre hay uso de documento público falsificado, por lo menos en las inscripciones en las escuelas, en los trámites que se efectúan en las obras sociales, de tal forma que en última instancia, el plazo de prescripción para estos delitos, aun teniendo en cuenta la doctrina de la Cámara

Federal de Buenos Aires, por ejemplo, sobre el paralelismo de la prescripción, la misma comenzaría a correr desde el momento en que el documento fue usado por última vez.

En ciertos casos el delito de sustracción de menor puede entrar en concurso con el delito de privación ilegal de la libertad. Es el caso de los menores que fueron vistos en centros ilegales, por ejemplo, en la Comisaría 5° de La Plata, o en centros ilegales destinados a ese efecto como las Brigadas Femeninas de La Plata y San Martín, donde los menores están restringidos en su movilidad, sin el ámbito de libertad ambulatoria que puede tener un menor. En estos casos, además de los delitos de sustracción de menor, supresión o modificación del estado civil y falsificación de documento público nos encontraríamos también ante el delito de privación ilegal de la libertad que en la vieja redacción del Decreto-ley 21.338 establecía una pena de tres a quince años de prisión o reclusión. Desde el punto de vista de la pena, este delito era más grave que el de sustracción de menor, algo que no ocurre en la actual redacción del Código Penal. El concurso real que se establece entre estas categorías de delitos, deriva del distinto bien jurídico tutelado.

En un caso, cuando nos referimos al delito de sustracción de menor, el bien jurídico tutelado es la libertad individual. Cuando hay modificación del estado civil y falsificación de documento público, se afecta la fe pública y el estado civil de las personas. En dos fallos relacionados con el tema, uno de la justicia provincial en La Plata (el único fallo de primera instancia que ha fijado una condena por sustracción de un menor desaparecido), y otro de la Cámara Federal de la Capital, en un incidente de prescripción de la acción penal, se siguieron criterios distintos. En la sentencia de La Plata se consideró que había un concurso ideal entre todos los delitos; la Cámara Federal de la Capital resolvió, teniendo en cuenta los diferentes bienes jurídicos tutelados, concurso material de delitos.

Teniendo en cuenta la complejidad de los bienes jurídicos tutelados que resultan afectados cuando se produce la desaparición forzada de personas, sería necesario retomar el tema sobre delitos contra la personalidad, no legislados actualmente en el Código. En el caso de un menor sustraído existen delitos contra el estado civil, la fe pública, la libertad individual y también delitos contra la personalidad: porque qué mayor delito contra la personalidad que privar a un menor de su verdadera identidad, de su historia y de su familia.

Un tema importante, cuando nos encontramos ante la desaparición de un menor, es el de su identificación y el de las pruebas periciales tendientes a su individualización.

Tradicionalmente, en las cuestiones de filiación, se efectuaban pericias sobre los grupos sanguíneos, para tratar de establecer la incompatibilidad entre los presuntos padres y el menor. Son las pruebas que hasta hace unos diez años predominaron en las cuestiones de filiación. Con posterioridad las investigaciones hechas en el campo de la genética, en particular para hacer posible el trasplante de órganos, llevaron a la realización de otro tipo de pruebas que pueden establecer con mucha mayor certeza la identidad de los menores. Se elabora así todo el sistema de pruebas de histocompatibilidad que trabajan con los glóbulos blancos. Estas pruebas se efectúan en la actualidad en el Sanatorio Güemes de la Capital Federal y en el Hospital General San Martín de La Plata. A estas pruebas se le agrega el sistema más completo con el que se trabaja en el Hospital Municipal Durand, que agrega a las pruebas; el estudio de proteínas y enzimas séricas.

No se trata ya de analizar únicamente los grupos sanguíneos, sino complementar el análisis de los grupos sanguíneos con otras pruebas que dan la certeza absoluta de la filiación del menor. Por eso, cuando los abogados defensores que actúan en estas causas nos cuestionan las pruebas de filiación, generalmente recurren a

Manuales de Medicina Legal, por ejemplo, el de Bonnet, donde se afirma que la certeza que se puede obtener sobre la filiación de un menor llega aproximadamente a un 65%. No tienen en cuenta las restantes pruebas, las pruebas de histocompatibilidad, las proteínas y enzimas séricas que son los avances logrados en los últimos años para resolver los problemas de filiación o de trasplantes de órganos, que han sido adaptadas a la realidad de nuestro país. Teniendo en cuenta que, en la mayor parte de los casos, los padres están desaparecidos, la investigación genética ha elaborado el concepto de “abuelismo”, mediante el cual con el análisis de los abuelos, o en caso de ausencia de ellos, de los tíos o hermanos del menor desaparecido, se llega a la certeza absoluta sobre la filiación del menor, obteniéndose índices del 97, 98 y 99% con relación a la pertenencia del menor a un determinado grupo familiar.

Las pruebas tradicionales sobre filiación eran de exclusión y no de inclusión. Las pruebas de exclusión tienden a demostrar que el niño que está en poder de determinadas personas no tiene nexo biológico con ellas. Es un procedimiento relativamente sencillo y que en parte puede ser demostrado por el análisis de los grupos sanguíneos. Pero lo importante son las pruebas de inclusión; determinar sobre un menor que no se sabe a quién pertenece, a qué familia corresponde.

Con los avances científicos logrados en la actualidad en el Hospital Municipal Durand con el objeto de identificar menores desaparecidos, se logra una inclusión con índices probatorios del 97, 98, 99%, o sea, certeza absoluta de que un menor pertenece a determinado grupo familiar. El fundamento de ello es que los genes nunca cambian, y la relación entre un niño y su familia biológica permanece inalterable, permitiendo así su identificación.

En cuanto a las posibilidades de exclusión, teniendo en cuenta los distintos análisis que pueden hacerse, si tomamos exclusivamente los grupos sanguíneos podemos llegar a un 54,21% de cer-

teza en la exclusión de un niño con respecto a las personas que lo tienen en su poder. Si agregamos a ello el análisis de proteínas séricas obtenemos una certeza del 97,33%. Y si agregamos el sistema de histocompatibilidad HLA llegamos a un 99,92%. Pero el más importante de estos métodos es el de HLA o de histocompatibilidad, que por sí solo alcanza un 97,15% en lo que hace a la exclusión de la paternidad.

Cuando se efectúan pericias de este tipo nos encontramos ante un problema práctico muy importante. Frente a la negativa de las personas que tienen al menor en su poder de someterlo a los análisis, sostener o no la obligatoriedad de esos análisis.

En diversas causas hemos planteado la necesidad de hacer las pericias en forma compulsiva, sosteniendo que no hay ninguna garantía constitucional que resulte afectada si el juez resuelve hacer las pericias aun ante la negativa de las personas que han inscripto a un menor como suyo.

En dos juzgados de la provincia de Buenos Aires se resolvieron favorablemente los pedidos de pericias compulsivas, resoluciones que fueron confirmadas por dos Salas de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de La Plata.

En cuanto a la competencia para entender en los casos de desaparición de menores, la Corte Suprema ha mantenido un criterio pragmático, un criterio que ha variado de acuerdo con las circunstancias en los distintos casos que han llegado a su conocimiento.

En conflictos de competencia planteados entre jueces de la provincia de Buenos Aires y jueces federales por denuncias de sustracción de menor en las que aún no se había determinado la actuación de grupos militares o de seguridad, la Corte Suprema resolvió que era competente la justicia provincial. En otros casos, en los que la sustracción del menor iba acompañada por la privación ilegal de la libertad de la madre, vista en centros ilegales, la Corte resolvió que era competente la justicia militar.

En cuestiones de competencia planteadas con anterioridad, entre la justicia ordinaria y federal de la Capital Federal, las Cámaras resolvieron la competencia de la justicia federal.

Como síntesis en lo que hace a las cuestiones de competencia diríamos que, en la provincia de Buenos Aires, particularmente en La Plata, intervienen jueces provinciales y en la Capital Federal jueces federales.

La restitución de los menores a su legítima familia se dispone de acuerdo a la competencia que se establece. En los casos de la justicia federal, el mismo juez que interviene en el caso a través del expediente tutelar, y en la justicia de la provincia de Buenos Aires, el juez en lo Penal que intervino en la investigación de los hechos delictuosos, pudiendo dar, en ciertos casos, intervención a los jueces de menores.

Como conclusiones de lo que venimos exponiendo podríamos establecer las siguientes:

La legalidad actual resulta inadecuada para la localización de los niños desaparecidos. Lo demuestra el escaso número de menores localizados y restituidos en los últimos años, hecho éste que no resulta coherente con lo que debiera ser la actividad de un gobierno democrático que procurara el esclarecimiento y solución de este gravísimo problema. El Estado no ha creado mecanismos institucionales aptos para la localización y restitución de los menores desaparecidos.

Como cuestión inmediata, es necesaria la aprobación por la Cámara de Diputados, del proyecto de creación del Banco de Datos Genéticos que tiene sanción por la Cámara de Senadores, que toma en cuenta la labor efectuada por el Hospital Municipal Durand y establece como centro de ese Banco, al mencionado Hospital.

Es necesario legislar sobre medidas cautelares de protección a los menores desde el momento en que son localizados hasta su restitución. Nos encontramos con un vacío legislativo desde el mo-

mento en que una persona toma conocimiento de que está siendo investigada porque tiene un menor que no le pertenece en su poder y el momento en que se produce la restitución. Las consecuencias de esas limitaciones legales que existen son los seis menores que quienes los tenían en su poder han sustraído a la acción de la justicia; fugándose con ellos.

Finalmente, compartiendo criterios expresados con anterioridad, debe tipificarse el delito de desaparición forzada de personas, ya sea a través de un título especial del Código, o de una nueva ley. También sostengo que debe modificarse el tipo penal sobre sustracción de menores para facilitar la labor de investigación de la justicia, teniendo en cuenta que tal delito no es un delito del pasado, sino un delito de carácter permanente que se sigue cometiendo en la actualidad y al cual serían aplicables las modificaciones legislativas que cambien el tipo penal.

Inconstitucionalidad de la Ley de Punto Final

I-ANTECEDENTES

El Poder Ejecutivo Nacional ha mantenido una política tendiente a limitar el juzgamiento de las personas involucradas en las violaciones a los derechos humanos. Junto a los decretos 13/84 y 280/84 por los que se dispuso el juzgamiento por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de los principales responsables de la represión, el Poder Ejecutivo intentó establecer distintos niveles de responsabilidad contemplando la situación de quienes se amparaban en la “obediencia debida”.

Como parte de esa política el Poder Ejecutivo remitió al Congreso el proyecto que se convirtió en Ley 23.049 que establece la competencia del Consejo Supremo para las Fuerzas Armadas para el juzgamiento de “los delitos que resultaren imputables al personal de las Fuerzas Armadas y de seguridad, policial y penitenciario bajo control operacional de las Fuerzas Armadas, que actuaron con el motivo alegado de reprimir el terrorismo”.

En el mensaje leído por el Presidente el 13 de diciembre de 1983 en el que se explicaron las medidas que se tomaban en relación a las violaciones a los Derechos Humanos, se estableció la siguiente discriminación con respecto a los autores de los delitos cometidos durante la represión:



Publicado por Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 1987.

“Hemos dicho reiteradamente que es necesario distinguir entre tres situaciones que se dieron en el contexto de la metodología inhumana empleada para reprimir el terrorismo: 1) la situación de quienes planearon y supervisaron esa metodología, dando las órdenes necesarias para ponerla en práctica y omitiendo prevenir sus consecuencias; 2) La situación de los que se excedieron en el cumplimiento de esas órdenes por motivos tales como crueldad, perversidad o codicia; 3) La situación de quienes se limitaron a cumplir las órdenes recibidas en un contexto que no estuvo, en general, exento de presiones y en el que se ejerció una intensa y permanente propaganda inspirada en la Doctrina totalitaria de la Seguridad Nacional. Esta última hizo creer a los actuantes en muchos casos que las órdenes recibidas eran legítimas”.

Según el proyecto del Poder Ejecutivo, toda persona que “obedece órdenes” estaba amparado por la “obediencia debida”. Pero el Congreso introdujo una excepción: no podría presumirse el error insalvable “en la comisión derechos atroces o aberrantes” como son los que se investigan en los casos de violaciones a los Derechos Humanos, con lo cual, el principio de la “obediencia debida” se reducía a casos excepcionales, que son los contemplados por el Código Penal cuando existe apariencia de legalidad en la acción.

Las causas que en virtud de lo dispuesto por la Ley 23.049 ingresaron al Consejo Supremo sufrieron una parálisis procesal total, salvo en los casos en los había personas detenidas, en muchos casos con prisión preventiva confirmada por las Cámaras Federales, en las que se dispuso su libertad.

Como culminación de su negativa a juzgar, el Consejo Supremo, en un acto de notoria privación de justicia, avaló los actos represivos en el documento que remitió a la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal el 25 de septiembre de 1984, en el que se establecía una particularísima “teoría” con respecto al delito de privación ilegal de la libertad. Decía el Consejo Supremo:

“Por ejemplo la configuración del delito de privación ilegal de la libertad requiere que la detención, efectuada por la autoridad con facultades para detener, recaiga en personas que no hayan infringido ninguna norma penal, porque de haberlo hecho, es obvio, la restricción de la libertad no resultaría ilegítima. De donde se sigue que para conocer si dicha infracción se ha perfeccionado es requisito indispensable establecer previamente cuáles fueron los hechos cometidos por las presuntas víctimas a fin de determinar luego si, por su entidad, resultan penalmente reprochables”.

Tal “doctrina”, que no es sino una manifestación de la “Doctrina de la Seguridad Nacional”, explica la acción del Consejo opuesta a efectuar los juzgamientos que se le encomendaron. Demuestra también el error del Poder Ejecutivo y de los legisladores que votaron su proyecto, al establecer una instancia militar para el juzgamiento de los delitos cometidos por integrantes de las Fuerzas Armadas y de seguridad.

Ese error tuvo como consecuencia una demora de un año y medio a dos en el trámite de los procesos que permanecieron en el Consejo Supremo, en muchos casos con destrucción de pruebas.

El Poder Ejecutivo avanzó en su criterio restrictivo a los juzgamientos en las Instrucciones dadas por el Ministerio de Defensa al Fiscal General de las Fuerzas Armadas el 24 de abril de 1986. En esas instrucciones se contemplaron supuestos en los que correspondían pedidos de sobreseimiento definitivo, de absoluciones, se citaba erróneamente el Fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal en el juicio seguido a las Juntas Militares y se contradecía el texto expreso de la ley 23.049 con respecto a los hechos aberrantes, ya que el Fiscal debía acusar “únicamente cuando la conducta del subordinado configure un exceso en el cumplimiento de las órdenes recibidas”.

El fracaso en la aplicación de estas instrucciones, entre otras cosas por la obligación del Fiscal de apelar todas las resoluciones del

Consejo Supremo que posibilita el control de las Cámaras sobre las sentencias del tribunal militar, llevó al Poder Ejecutivo a proyectar la que hoy es conocida como “ley de punto final”, que lleva al número 23.492.

II-La prescripción de la acción penal

La Ley 23.492 aparece como una ley que establece un sistema especial para el cómputo del plazo para la prescripción de la acción penal. En su artículo 1º dice que se extingue la acción penal respecto a la presunta participación de toda persona “en los delitos del artículo 10 de la ley 23.049”.

Se exceptúa: a) a quien estuviere prófugo; b) a quien haya sido declarado en rebeldía; c) a quien fuese citado a prestar declaración indagatoria por tribunal competente antes de los sesenta días de promulgada la ley.

También se dispone la extinción de la acción penal para todas las personas que hubiesen cometido delitos “vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983”, supuesto éste no contemplado en el proyecto original, agregado por el Senado, que tiene a atenuar el privilegio establecido para el personal militar y de seguridad.

La prescripción de la acción penal, igual que la amnistía, la muerte del imputado o la renuncia del agraviado en los delitos de acción privada es una forma de extinción de la acción penal según el artículo 59 del Código Penal.

El sistema de prescripción que establece el Código tiene en cuenta la gravedad del delito. Se interrumpe por la comisión de un nuevo delito y por la “secuela de juicio” (artículo 67 del Código Penal).

La prescripción tiene un doble fundamento. Si el Estado, encargado de la aplicación de la ley penal demuestra desinterés en la persecución penal de un delito, el transcurso del tiempo, que difi-

culta la actividad probatoria, hace que la ley considere extinguida la acción penal. A ello se le agrega un elemento subjetivo: la no comisión de un nuevo delito. El desinterés del Estado manifestado en el transcurso del tiempo y la buena conducta fundamentan las razones de política criminal que hacen cesar la persecución penal por un delito.

Las reglas sobre la prescripción de la acción penal establecidas por el Código fijan un plazo permanente, que incluye a los delitos que se cometan en el futuro, teniendo en cuenta la gravedad del delito. No existe un plazo de prescripción común para delitos de distinta gravedad.

El sistema establecido por la Ley 23.492 contradice expresamente los principios establecidos por el Código Penal y los fundamentos teóricos de la prescripción. La impunidad que surge de esta ley no tiene su fundamento en el desinterés del Estado democrático y de la sociedad en el esclarecimiento de estos delitos, ni tampoco en la inutilidad de la pena teniendo en cuenta el tiempo transcurrido. El no juzgamiento de las violaciones a los Derechos Humanos durante el gobierno militar es una consecuencia directa de la existencia de un Estado terrorista que amparaba a los ejecutores materiales del plan general. También contradice los principios del Código Penal al establecer el mismo plazo de prescripción para delitos de distinta gravedad y legislar únicamente para el pasado, beneficiando a una categoría determinada de personas, sin establecer principios permanentes para todas las personas que cometieran los mismos delitos.

¿Qué ocurriría si un integrante de las Fuerzas Armadas o de Seguridad, cometiera un nuevo delito en el plazo establecido por el artículo 1º de la ley? ¿Se interrumpiría la prescripción?

III-La amnistía de los delitos cometidos por la represión

Frente a la oposición de la sociedad a todo intento de otorgar una

amnistía a quienes violaron los Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo elaboró el proyecto de prescripción de la acción penal encubriendo, de esa forma, lo que por su naturaleza jurídica es una verdadera amnistía.

De los fundamentos del Poder Ejecutivo en el mensaje al Congreso remitido el 5 de diciembre de 1986 surge la naturaleza jurídica de la Ley 23.492:

“Cuando una situación tal se produce en un contexto como el señalado en los puntos anteriores se torna razonable establecer un régimen tendiente a resguardar en modo especial la garantía de pronta terminación de los procesos con beneficio asimismo para la consolidación de la paz social y la reconciliación nacional.

“Con este proyecto de Ley el Poder Ejecutivo no duda que, poniendo fin a una situación de incertidumbre jurídica, contribuirá a la pacificación de los espíritus y al afianzamiento del encuentro entre los argentinos”.

Si se habla de “paz social”, “reconciliación nacional”, “pacificación de los espíritus” y “afianzamiento del encuentro entre los argentinos”, se está fundamentando una ley de amnistía y no una modificación del sistema de prescripción de la acción penal.

La Ley 23.492 establece una amnistía encubierta, condicional y diferida que contradice las normas constitucionales.

Como toda ley de amnistía se refiere a delitos que ya se han cometido, sin tomar en cuenta su gravedad ni el tiempo transcurrido. Se diferencia, entonces, de la prescripción de la acción penal.

Es condicional y diferida porque se aplica a aquellas personas que no se encuentren procesadas o condenadas y no sean llamadas a prestar declaración indagatoria en el plazo de sesenta días.

La Constitución Nacional en su artículo 67, inciso 17 faculta al Congreso a conceder amnistías generales. La mayor parte de la doctrina ha entendido que esta facultad se refiere a delitos políticos y no a delitos comunes. Todas las leyes de amnistía sanciona-

das en nuestro país se han referido a delitos políticos o conexos, estableciendo objetivamente los hechos que la norma contemplaba.

La Ley 23.492 por el contrario, fija en su primer párrafo un ámbito de validez personal al remitirse al artículo 1º de la Ley 23.092. Se aplica entonces a las siguientes personas: “personal militar y de las fuerzas de seguridad, policial y penitenciario bajo control operativo de las Fuerzas Armadas, que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir al terrorismo”. No se refiere a la clase de delitos que comprende, salvo la exclusión que hace en el artículo 5 con relación a los delitos de sustracción y ocultación de menores y sustitución de estado civil.

Al establecer un ámbito personal para la aplicación de la ley se contradice el artículo 67, inciso 17 de la Constitución Nacional que expresamente establece el carácter general de las amnistías que no pueden estar limitadas a una categoría determinada de personas. Se opone también a la interpretación doctrinaria de la norma constitucional que afirma que la misma se refiere a delitos políticos y no comunes, como son los que se juzgan en las causas por violaciones a los Derechos Humanos.

Ese ámbito personal no está ampliado por el párrafo segundo del artículo 1º, que se refiere a otra situación. Cuando la ley habla de “instauración de formas violentas de acción política” se refiere, a pesar de la confusa redacción, a acciones guerrilleras y no a la metodología propia del terrorismo de Estado. De esta forma quienes aceptan la constitucionalidad de la Ley 23.492 no podrían invocarla en favor de los civiles que participaron en la represión ni de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad por hechos anteriores al 24 de marzo de 1976.

Al establecer un ámbito personal para su aplicación, la Ley 23.492 también resulta inconstitucional por contrariar los principios establecidos por el artículo 16 de la Constitución Nacional

que consagra la igualdad ante la ley y proscribire los fueros personales. El estado militar o la dependencia militar se convierte, para la Ley 23.492, en un privilegio o fuero personal que hace posible su aplicación.

La Ley 23.492 vulnera también el artículo 18 de la Constitución Nacional que establece el derecho de defensa en juicio y garantiza el debido proceso porque priva a las víctimas de las violaciones a los Derechos Humanos y a sus familiares del derecho a efectuar denuncias o continuar la investigación de los delitos cometidos como consecuencia de la represión. Se llega así a una verdadera privación de justicia.

Mediante la sanción de una ley reglamentaria se alteran principios constitucionales en contra de lo establecido por el artículo 28 de la Constitución Nacional y se priva a la justicia de la Nación de entender “sobre los puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación” (artículo 100 de la Constitución Nacional).

Pero fundamentalmente, por tratarse de una ley de amnistía, la Ley 23.492 está en contra del principio establecido por el artículo 29 de la Constitución Nacional que impide otorgar amnistías a los delitos que son consecuencia del ejercicio de la suma del poder público. Dice el artículo 29 de la Constitución Nacional:

“El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que la formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”. La incorporación a nuestro texto constitucional de esa norma significa que los delitos que se relacionan con el ejercicio de la suma del poder público, que en su versión moderna es el terrorismo de Estado,

no pueden ser amnistiados por vía legislativa. Aunque el texto constitucional se refiere a los legisladores que otorgan la suma del poder público, el principio se aplica a quienes ejercen ese poder, es decir, los partícipes del terrorismo de Estado. Los legisladores que otorgan la suma del poder público no pueden ser amnistiados porque sus responsabilidades están establecidas por la Constitución. Quienes ejercen esa suma del poder público tampoco pueden ser amnistiados por aplicación del mismo principio. Se estaría derogando, en caso contrario, mediante una ley del Congreso, un principio constitucional.

La Obediencia Debida

LA LEY SOBRE OBEDIENCIA DEBIDA ES UNA CONSECUENCIA DE LA errónea política del gobierno con relación a las Fuerzas Armadas y de su falta de decisión para dismantelar el aparato represivo perfeccionado por la dictadura. Se consideró que las Fuerzas Armadas podrían depurarse a si mismas a través de los juicios que debía llevar adelante el Consejo Supremo que establecería distintos niveles de responsabilidad, y que una vez así “depuradas”, no se constituirían en riesgo cierto para el mantenimiento del orden constitucional.

Los resultados están a la vista. La sublevación de Campo de Mayo demuestra en forma abierta la presencia de las Fuerzas Armadas en la política del país, como uno de los factores de poder, que exigen soluciones políticas en favor de los procesados por violaciones a los derechos humanos, al margen de la legalidad vigente. Demuestra, también, que mantiene plena vigencia en los cuadros de las Fuerzas Armadas la ideología de la Seguridad Nacional, fundamento teórico de la represión que explica, también, la derrota en la guerra de Malvinas.

Frente a las movilizaciones populares de respaldo a la democracia que dieron al gobierno la posibilidad de rectificar su política y consolidar la vigencia de la democracia, la respuesta fue inversa a lo exigido por el pueblo; conciliación ante el poder militar y el proyecto de ley sobre obediencia debida.



Publicado en el periódico *26 de Julio*, Buenos Aires, mayo de 1987.

Se desvirtúa así el sentido de las movilizaciones populares y convierte en la opinión de importantes sectores lo que fue un hecho real, grave para la vigencia del orden constitucional, en algo creado artificialmente por el gobierno con el objetivo de sancionar la ley. El resultado es la desmovilización popular, única posibilidad efectiva de frenar el avance de sectores golpistas.

El proyecto del Poder Ejecutivo sobre obediencia debida altera claros principios establecidos por el Código Penal y el Código de Justicia Militar y contradice expresamente normas constitucionales.

El artículo 514 del Código de Justicia Militar dice textualmente: “Cuando se haya cometido un delito por ejecución de una orden de servicio, el superior que la hubiera dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior que se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden”. Esta norma es invocada por quienes son juzgados por violaciones a los derechos humanos, mediante la cual pretenden la impunidad. Pero la misma está referida a una orden del servicio, caso único en el que se debe obediencia a los superiores. Pero si se trata de una orden ajena al servicio el subordinado debe negarse a cumplirla, más aún si el cumplimiento de dicha orden llevaría a la comisión de un delito. En ese caso el subordinado no sólo tiene la posibilidad de no cumplir la orden sino tiene el deber de efectuar la denuncia por la comisión de ese hecho delictivo. Así lo establece el artículo 179 del Código de Justicia Militar.

El concepto de acto de servicio no es algo arbitrario o que dependa de la libre interpretación de una persona o un juez. Está reglamentado en la Ley 19.101 que determina cuáles son las funciones específicas de las Fuerzas Armadas. Esas normas son coherentes con todo nuestro sistema legal y no contemplan, como función específica de las Fuerzas Armadas, la desaparición forzada de personas, los homicidios, las torturas, el robo. Ningún ordenamiento

jurídico podría contener este tipo de normas. En el mismo sentido, el artículo 78 del Código de Justicia Militar dice: “Se entiende por acto de servicio todo lo que se refiere o tiene relación con las funciones específicas que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las FFAA.”

Por lo tanto, las órdenes impartidas para la comisión de delitos no tienen apariencia de legalidad único supuesto en el que la obediencia debida podría amparar a una persona que comete un delito. Esa ha sido siempre la interpretación jurídica de la obediencia debida, incluso para el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en otros casos, antes de intervenir en las causas por violaciones a los Derechos Humanos.

Pero ante la presión militar y la imposibilidad de lograr la solución reclamada por los sublevados sin alterar las leyes vigentes, el Poder Ejecutivo elaboró su proyecto sobre obediencia debida.

El artículo 1° del proyecto suplanta la facultad de juzgar por un criterio mecánico que no admite prueba en contrario, que se aplica a determinadas personas, por ciertos delitos, cometidos en una época ya establecida.

Se contradicen así claros principios constitucionales, entre ellos el de la división de poderes. El Poder Ejecutivo y el Legislativo juzgan; el Poder Judicial cumple un acto mecánico.

En conclusión: se ha fortalecido la presencia política de las Fuerzas Armadas, reclamando el cumplimiento de determinados objetivos. y se ha alterado la legalidad vigente, consagrándose la impunidad de delitos condenados por la comunidad internacional y que afectan la dignidad de la persona. Permanece intacto el aparato represivo de la dictadura como última garantía para el mantenimiento del sistema, aún cuando en forma inmediata no tengan posibilidades golpistas.

La desaparición de menores en Argentina

LA ACCIÓN REPRESIVA DE LA DICTADURA MILITAR ARGENTINA durante el período 1976-83 llevó adelante un plan sistemático contra los disidentes políticos utilizando para ello métodos como el establecimiento de centros ilegales de detención, desapariciones forzadas de personas, homicidios y torturas. Esa acción represiva, común a las dictaduras latinoamericanas, se planificó utilizando los recursos de los estados mayores de las fuerzas armadas y el conjunto del aparato estatal. Por encima de la propia legalidad formal de la dictadura se desarrolló una actividad clandestina que se convirtió en una típica manifestación del terrorismo de Estado.

Dentro de ese accionar represivo, se destaca como una de las particularidades de las violaciones a los derechos humanos en Argentina, la sistemática sustracción de menores. Se trata de niños que se encontraban con sus padres en el momento en que éstos fueron detenidos, o nacidos cuando su madre estaba detenida ilegalmente.

A esos niños se les privó de su verdadera identidad, de su historia y de su familia y la tarea de búsqueda de ellos constituye uno de los más graves problemas relacionados con la vigencia de los Derechos Humanos, hoy, en Argentina.

**Trabajo presentado a la VII Conferencia de la Asociación Americana
de Juristas, La Habana, Cuba, 1987,
publicado por Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 1988.**

Como el resto de la actividad represiva, la desaparición de menores respondió a una planificación de los órganos del Estado, hecho éste que está demostrando por la existencia de centros ilegales destinados exclusivamente para niños, o el diferente tratamiento que tenían las desaparecidas que estaban embarazadas, por ejemplo, en lo que hace a alimentación.

En la búsqueda de esos niños desaparecidos, en el encuentro de las abuelas que preguntaban por sus hijos y sus nietos en los Juzgados de Menores y organismos del Estado, se formó la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, que es la institución de Derechos Humanos de Argentina cuya finalidad es la búsqueda de los menores desaparecidos.

Desde su creación, Abuelas de Plaza de Mayo ha recibido unas doscientas denuncias sobre menores desaparecidos, la mayoría de las cuales están referidas a niños nacidos cuando su madre se encontraba detenida. Cuarenta y dos niños han sido encontrados; de éstos, diecinueve fueron restituidos a su familia legítima. Doce de estos niños permanecen, por acuerdo de su familia, con la familia de crianza, habiendo recuperado su identidad y manteniendo el contacto con su familia. Cinco fueron encontrados muertos. Los restantes casos se encuentran en trámite ante la Justicia, en donde se ha pedido su restitución. También hay casos de menores con relación a quienes los elementos probatorios indican que son hijos de personas desaparecidas, pero no se sabe con certeza a qué familia pertenece, sin que se hayan podido efectuar las pruebas hemogenéticas por encontrarse prófugos de la justicia las personas que los tenían en su poder, quienes se han fugado con los niños.

Entre los niños que han sido restituidos a su familia se encuentra una, recientemente encontrada, que constituye el primer caso de una niña nacida cuando su madre estaba detenida, que se entrega a su familia. Esta familia no conocía el destino de la madre desde que fue detenida, no hay testimonios que informen sobre el

centro ilegal de detención en el que permaneció, no se conoce el lugar donde se produjo el parto, no se conocía el sexo del menor y, sin embargo, gracias a los elementos científicos elaborados para establecer la verdadera filiación de los menores se la pudo restituir a su legítima familia.

En la búsqueda de los niños desaparecidos, Abuelas de Plaza de Mayo, además de la abnegada y constante labor que efectúan las abuelas y familiares de los niños desaparecidos, cuenta con la invaluable colaboración de la población que informa sobre la existencia de menores cuyo origen es desconocido y en los que existen dudas sobre la paternidad de las personas que en este momento los tienen en su poder.

De la misma forma que la población argentina ha colaborado y colabora con estas tareas, es necesaria también la colaboración de los abogados y organismos de Derechos Humanos de todos los países teniendo en cuenta que muchas de las personas que tienen menores sustraídos, se han refugiado, ante esa búsqueda, en otros países.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, el Estado argentino en su acción sistemática de sustracción de menores ha violado diversos principios consagrados por la comunidad internacional.

Ha violado el artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 que dice que todos los seres humanos nacen libres. También ha violado el artículo 16 de la Declaración que consagra el derecho de la familia a la protección de la sociedad y del Estado.

Ha actuado en contra de los principios establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 cuya Parte III, artículo 10 consagra “la más amplia protección” a la familia y “especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”.

Ha vulnerado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en la misma fecha por la Asamblea General de las Naciones Unidas cuyo artículo 23 proclama que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En particular se ha actuado en contra de lo establecido por el artículo 24 de la misma declaración que establece:

“1- Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2- Todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3- Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

Después del restablecimiento del orden constitucional el Congreso Argentino ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, aprobada en la Conferencia de San José de Costa Rica en noviembre de 1969, cuyo artículo 17 consagra la protección de la familia, y que en su artículo 18 establece que “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos”.

De estos derechos se encuentran privados los niños que aún continúan desaparecidos.

Desde el punto de vista del derecho interno la dictadura militar argentina violó diversos artículos de la Primera Parte, Declaraciones, Derechos y Garantías de la Constitución Argentina.

Considerando el tema desde el punto de vista del Derecho Penal, y teniendo en cuenta que en Argentina no se ha legislado sobre la desaparición forzada de personas, la norma del Código Penal que resultan aplicables en los casos de desaparición de menor son las siguientes:

a) Delito de sustracción de menor.

El artículo 146 del Código Penal establece una pena de tres a diez años de prisión o reclusión a quién “sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”.

b) Delito de supresión y suposición de estado civil.

El artículo 139 del Código Penal impone la pena de prisión de uno a cuatro años “al que por medio de exposición, de ocultación o de otro acto cualquiera, hiciere incierto, alterase o suprimiese el estado civil de un menor de diez años”.

c) Delito de falsificación ideológica de documento público.

El artículo 293 del Código Penal, haciendo remisión al artículo 292 establece la pena de tres a ocho años de prisión a quién hiciere insertar en un instrumento público destinado a acreditar identidad, declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento debe probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

d) Delito de privación ilegal de la libertad.

El artículo 142 del Código Penal establece la pena de dos a seis años de prisión o reclusión, al que privare a otro de su libertad personal, en distintos supuestos tipificados en el articulado.

Los niños desaparecidos llegaron a esa condición en diferentes circunstancias. En algunos casos fueron protegidos por los vecinos cuando se produjo el secuestro de sus padres. Los vecinos ignoraban el nombre verdadero de los padres, y en las condiciones de represión que existían en Argentina consideraron que lo más adecuado era mantenerlos con ellos. Se trata de los doce niños que permanecen con la familia que los crió y de otros casos que, sin dificultades judiciales, muchas veces sin la participación de la

justicia, por la sola acción de Abuelas de Plaza de Mayo, fueron voluntariamente restituidos a su familia.

En otros casos los niños fueron entregados, por la fuerza represiva o por los vecinos a los jueces de menores, los que dispusieron su internación en Institutos para menores. Posteriormente fueron entregados en adopción. Hay aquí una evidente negligencia de los Juzgados de Menores y jueces civiles que otorgaron las adopciones, que no buscaron a la familia legítima y contribuyeron a que el niño fuese privado de los derechos que le reconoce las declaraciones y convenciones internacionales. No se trataba de niños abandonados por sus padres, sino privados de ellos por el accionar represivo de la dictadura, a quienes el resto de la familia los buscaba reclamándolos ante los distintos órganos del Estado.

En este caso estaría excluida la vía penal para lograr su restitución planteándose la misma mediante la nulidad de la adopción.

Pero los casos más comunes son aquéllos en los que se abre la vía penal por los delitos cometidos en contra de los menores. Se trata de los casos en que las fuerzas represivas llevaban a los niños a centros ilegales de detención, o directamente se apropiaban de ellos, y de la totalidad de los casos de menores nacidos durante la detención de su madre.

Estos niños aparecen inscriptos como propios por personas que no son sus padres y que en esa inscripción han cometido los delitos de supresión de estado civil y falsificación de instrumento público.

Debido al sistema de pruebas legales que existe en el proceso penal federal y en el de ciertas provincias resulta difícil la prueba de la sustracción del menor, aun cuando el niño desaparecido sea encontrado en poder de personas que se demuestra que no son sus padres. Menos dificultades existen en cuanto a la prueba del ocultamiento o retención, también contemplados en el tipo penal.

Esas dificultades no existen en cuanto a la prueba del delito de falsificación ideológica de instrumento público, destinado a probar identidad, cuyo cuerpo del delito está configurado por el certificado de nacimiento falso. Como la supresión y suposición de estado civil se hace habitualmente mediante una inscripción de nacimiento falsa, el tipo legal de este delito es absorbido por el más grave de falsificación de instrumento público.

El delito de sustracción de menor es un delito permanente que concluye cuando el niño es restituido a su familia. En cambio, los delitos de falsificación de documento público y supresión o suposición de estado civil son considerados delitos instantáneos. Nos encontramos entonces, frente al problema de la prescripción ante el cual las resoluciones de la justicia argentina, según las distintas jurisdicciones, es diferente, sin que puedan revisarse esas sentencias por la Corte Suprema, porque en Argentina no hay casación, ni tampoco por la vía del recurso extraordinario por no constituir, tal interpretación, una cuestión federal.

Cuando el menor sustraído fue llevado a centros ilegales de detención y se lo privó también de su libertad ambulatoria, nos encontraríamos en presencia del delito de privación ilegal de la libertad.

La justicia argentina ha dictado sentencia en un solo caso entre los que actualmente se encuentran en trámite. Se trata de un fallo de la justicia de la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires. El Juez de Primera Instancia condenó a la persona que tenía en su poder a una menor desaparecida a la pena de cuatro años y tres meses de prisión considerándolo “como autor responsable de los delitos de sustracción de menor en concurso ideal con supresión de estado civil agravado, falsedad ideológica y uso de instrumento público falso”. La Cámara Penal de la ciudad de La Plata modificó el fallo, considerando que no se había probado la sustracción de menor, fijando una pena de tres años de prisión contra la perso-

na a la que consideró responsable de los delitos de “supresión de estado civil de menor, en concurso real con el de falsificación de documento público”.

La identificación de los menores da lugar a una serie de problemas. En las cuestiones de filiación se habían utilizado las pericias sobre los grupos sanguíneos, que podrían establecer la inexistencia de nexo biológico entre las personas que aparecían como padres y el menor. Posteriormente, las investigaciones de la genética dirigidas al estudio de los trasplantes de órganos llevaron a otro tipo de pruebas que, aplicadas a los problemas de filiación, permiten establecer con certeza la identidad de los menores. Esas pruebas son los sistemas de histocompatibilidad o H.L.A. y el estudio de proteínas y enzimas séricas.

Si con las pruebas sobre los grupos sanguíneos se podría determinar la exclusión, o sea la prueba acerca de que un menor no pertenecía a una determinada familia, el índice de inclusión, que significaba establecer la pertenencia de un menor a un grupo familiar determinado era bajo, y difícilmente hubiera podido solucionar el problema de la identificación de un menor desaparecido, aun cuando se contase con pruebas complementarias. El problema era grave en el caso de los menores nacidos durante la detención de su madre, cuando no se conocía los rasgos físicos del niño desaparecido, o había muy pocos datos acerca de ellos.

Teniendo en cuenta la realidad sobre menores desaparecidos en Argentina, cuyos padres generalmente también están desaparecidos, la investigación genética elaboró el concepto de “abuelismo”, mediante el cual, utilizando las distintas pruebas en los análisis de los abuelos, o de los tíos o hermanos del menor si faltasen los abuelos, se llega a un índice de inclusión que puede alcanzar un 99.99 o/o, es decir, la certeza absoluta de que un niño pertenece a un grupo familiar.

El fundamento científico de esto deriva de las leyes de la genética de Mendel. Los genes nunca cambian y permiten establecer la relación biológica de un niño con su familia.

Estas pruebas fueron aceptadas por la justicia argentina, resolviendo la restitución de los menores así identificados.

Es ésta una experiencia que debe ser tenida en cuenta en los países del Tercer Mundo cuando existen problemas de identificación de menores como consecuencia de las guerras o la deportación a otras regiones de determinados grupos étnicos.

El interés del Estado argentino en el problema de los niños desaparecidos se ha manifestado en diversas medidas adoptadas al restablecerse el sistema constitucional.

El Gobierno Nacional formó en el ámbito de la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia la Comisión sobre niños desaparecidos. Similar resolución adoptó el Ministerio de Acción Social de la provincia de Buenos Aires. También la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional recopiló denuncias sobre menores desaparecidos.

Al formarse la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Nación se estableció que el organismo debía contribuir a la búsqueda de los niños desaparecidos.

Recientemente el gobierno argentino ha respaldado mediante la acción diplomática el pedido de extradición hecho por la justicia argentina a la justicia paraguaya, con relación a personas que tienen en su poder menores desaparecidos, retirando al embajador argentino en Paraguay.

Con el objeto de identificar a los menores desaparecidos se ha sancionado la ley 23.511 que crea el Banco Nacional de Datos Genéticos que tiene por objeto “producir informes y dictámenes técnicos y realizar pericias genéticas a requerimiento judicial”.

Sin embargo, las medidas adoptadas por el Estado para localizar a los menores desaparecidos no han dado resultado ya que

la casi totalidad de los menores restituidos lo han sido por la actividad desplegada por Abuelas de Plaza de Mayo. Se impone en consecuencia, un cambio de los mecanismos institucionales para acelerar la tarea de identificación y restitución de los menores desaparecidos.

En la errónea política sobre Derechos Humanos aplicada por el gobierno argentino se destacan dos leyes sancionadas con el fin de evitar el juzgamiento de los delitos cometidos durante la represión. Se trata de la Ley 23.492 llamada de Punto Final que establece un plazo de prescripción de la acción penal y de la Ley 23.521 de Obediencia Debida que limita el juzgamiento de los delitos a los altos mandos. Las organizaciones de Derechos Humanos argentinos han sostenido la inconstitucionalidad de esas leyes.

En lo que hace a los delitos cometidos en perjuicio de los menores desaparecidos, los mismos están excluidos de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, por lo que las causas penales que se instruyen no han sido afectadas por esas normas.

La experiencia argentina con relación a los menores desaparecidos plantea la necesidad de establecer en las legislaciones de los estados normas que signifiquen una efectiva protección de los menores.

Resulta necesario legislar en forma específica sobre la desaparición forzada de personas, considerando a tal delito como un delito contra la humanidad, que no prescriba ni pueda ser amnistiado.

La desaparición forzada de personas afecta distintos bienes protegidos por las leyes penales, como los de la libertad individual, la integridad personal, y en el caso de los menores desaparecidos, delitos contra el estado civil y la fe pública. Resulta conveniente reunir estos delitos en un título que agrupe a tales bienes jurídicos, que en conjunto constituyen delitos contra la personalidad. Y el mayor delito contra la personalidad es el de la desaparición de

menores, ya que a éstos se los ha privado de su verdadera identidad, de su familia, de su historia.

En el marco del derecho argentino deben dictarse normas que modifiquen el tipo penal estableciendo formas culposas de tenencia de menores desaparecidos.

Si tomamos en cuenta que la sustracción de menor es un delito permanente, que se sigue cometiendo aún hoy en el caso de los menores que no han sido encontrados, las modificaciones a las normas del Código Penal que pudieran establecerse serían aplicables a los casos pendientes.

Pericia hemogenética compulsiva

LA LEY 23.511 HA CREADO EL BANCO NACIONAL DE DATOS GENÉTICOS con el fin de “obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación”.

El artículo 5º de la ley establece los estudios que deberán practicarse, que son los siguientes:

- 1º) Investigación del grupo sanguíneo;
- 2º) Investigación del sistema de histocompatibilidad (HLAA-A, B, C y D.R.);
- 3º) Investigación de isoenzimas eritrocitarias;
- 4º) Investigación de proteínas plasmáticas.

Con anterioridad a la vigencia de la ley, la Sala A de la Cámara Civil había reconocido el valor probatorio del método H.L.A. como prueba autosuficiente para determinar la paternidad¹.

En materia penal, en sucesivos fallos relacionados con el tema de los menores desaparecidos, también se había reconocido el valor probatorio de las pruebas hemogenéticas efectuadas en el Hospital Municipal Durand.

1. Fallo de la Sala A de la Cámara Civil de la Capital Federal, 7-3-85, publicado en *Jurisprudencia de la Capital Federal*, 29 de abril de 1985.

**Trabajo presentado al Segundo Seminario Nacional sobre
Los niños desaparecidos. Su restitución, Buenos Aires, abril de 1988.
Publicado en *Los niños desaparecidos y la justicia*, Buenos Aires,
Abuelas de Plaza de Mayo, 1988.**

En una sentencia del Juzgado en lo Penal N° 1 de la ciudad de La Plata, en causa instruida por el delito de sustracción de menor se reconoció la validez de la pericia hemogenética con las siguientes consideraciones: “En cuanto a la opinión de Bonnet, citado por la Defensa, sin poner en duda la seriedad científica del mismo, es de hacer notar que ella fue vertida hace ya más de un lustro, con la salvedad, apuntada por él mismo, que el sistema se hallaba en curso de análisis y de investigación”².

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de La Plata, Sala I, expresó, con respecto a la pericia hemogenética que “la defensa no ha conseguido conmover los sólidos fundamentos de la pericia realizada”³.

Las pruebas homogenéticas efectuadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 23.511 fueron también analizadas en dictámenes efectuados por el perito médico inmunohematólogo de la asesoría pericial del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires que reconocía su validez probatoria para la afirmación o exclusión de la paternidad⁴.

La Corte Suprema de Justicia en el único caso referente a un menor desaparecido, que llegó a su conocimiento, aunque expresamente no se refirió al valor de la prueba hemogenética (salvo uno de los votos), dio como supuesto su validez científica sin ningún tipo de cuestionamiento⁵.

2. Sentencia del Juez doctor Antonio Borrás, a cargo del Juzgado en lo Penal N° 1 de La Plata, en la causa N° 132.349.

3. Sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de La Plata, en la causa 132.349.

4. Dictámenes de perito doctor Osvaldo Alberto Rumbo en las causas No 125.818 bis del Juzgado en lo Penal N° 2 de La Plata, en la causa 132.349 del Juzgado en lo Penal N° 1 de La Plata y en la causa 23.011 del Juzgado Federal N° 3 de La Plata.

5. Expediente S. 706. XX. Resolución del 29 de octubre de 1987.

La sanción de la Ley 23.511 despeja cualquier duda sobre el valor legal de la pericia hemogenética de acuerdo con los avances científicos que ha alcanzado la genética en los últimos años.

El objetivo de este trabajo, es examinar la posibilidad de efectuar la pericia hemogenética, aún con la oposición de las personas que tienen en su poder a un menor que se intenta probar que es sustraído. Es decir, hacer una pericia hemogenética en forma compulsiva.

Las pericias hemogenéticas pueden ser:

1º) de exclusión, en las que se trata de probar que un menor no es hijo de las personas que aparentan ser sus padres. En este caso es necesario la extracción de muestras de sangre del menor y de las personas que lo tienen en su poder.

2º) de inclusión, en las que se trata de probar que el menor pertenece a un determinado grupo familiar. En este caso no es necesaria la extracción de muestras de sangre a las personas que lo tienen en su poder, bastando que se le extraiga al menor y se la confronte con el resultado de los análisis del grupo familiar en el cual podría ser incluido.

Frente a la negativa, a efectuar esos análisis, la Ley 23.511 establece en su artículo 4º: “La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”.

Como se observa se sigue el criterio reconocido por la jurisprudencia en relación a determinados actos procesales tanto en materia civil o penal con excepción de la declaración indagatoria.

Por tratarse de una norma procesal tal presunción sólo tiene valor en el caso de jueces nacionales, pero los principios jurisprudenciales son los mismos en otras jurisdicciones.

Pero en materia penal se plantea la posibilidad de hacer la pericia, más allá del valor legal o jurisprudencial de la presunción por la negativa a efectuarla. Clariá Olmedo escribe que el imputa-

do “tiene la atribución de oponerse a toda medida coercitiva que signifique obtener de él prueba en su contra; es un poder amplio y pone un fuerte límite a la investigación autónoma del Juzgador. Pero esto ha de entenderse en cuanto al aporte personal de prueba por parte del imputado y no a la materialidad de ella. No comprende, por ejemplo, la coerción tendiente a obtener en forma directa el objeto de la prueba, como sería el secuestro, la requisa, el allanamiento, la inspección corporal y otros actos similares; pero sí abarca el careo, la reconstrucción del hecho y todo procedimiento físico, intelectual, moral o técnico tendiente a conseguir del imputado alguna manifestación en contra de su libre voluntad, mientras no tiendan a su intervención en el proceso y a su individualización. Esta atribución está contemplada en los códigos procesales fundamentalmente al reglamentar la declaración indagatoria, aún cuando los antiguos presentan muchas deficiencias”⁶.

La Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por su parte, distinguió la distinta naturaleza jurídica de la declaración indagatoria y de un acto procesal compulsivo al resolver que “la negativa del procesado a someterse a examen médico sobre su edad presunta y personalidad, fundada sobre el derecho a negarse a declarar, no resulta procedente y la medida dispuesta por el juez de la causa puede y debe cumplirse aún compulsivamente”⁷.

Si consultamos la información referente a la investigación de la paternidad en los países europeos observamos que la mayoría de las legislaciones establecen la obligatoriedad de los análisis hemogenéticos en los casos de discusión de la paternidad. En Suecia, la

6. Clariá Olmedo Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, EDIAR, Tº IV, p. 422.

7. Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, 9-10-70 en L.L. 143-2.

ley de 1958 ha establecido que un tribunal tiene la facultad de ordenar una prueba de sangre bajo pena de nulidad. En Dinamarca, la ley de 1960 establece que las pruebas de sangre se efectuarán en el Instituto de Medicina Legal de la Universidad de Copenhague, imponiendo arresto a las personas citadas para someterse a análisis hemogenéticos que están legalmente obligadas a dar sangre, lo que implica que si no acuden por propia voluntad se les puede obligar a someterse a la extracción. En Austria las pruebas son obligatorias y en Francia, en casos en que las personas se han negado a las pruebas se les ha impuesto multa.

Los antecedentes de la legislación europea se refieren a casos de filiación en los que se investigan la paternidad, que es materia de Derecho Civil y aún en esos casos se establecen formas compulsivas para los análisis.

En la provincia de Buenos Aires el antecedente más cercano es el controvertido fallo de la Corte Suprema que resolvió: “La extracción de sangre a los efectos de practicar un dosaje, cuyo resultado ha de ser decisivo para la elaboración del juicio relativo a la materialidad de la infracción –en cuanto, virtualmente, constituiría la única prueba de tal extremo– es, en sí misma un secuestro y por ello está sujeta a las formalidades previstas por los artículos 96 a 99 de la ley procesal”⁸.

En una causa en la que se investigaba la sustracción de menores, el juez interinamente a cargo del Juzgado en lo Penal N° 2 de La Plata, en concordancia con lo solicitado por el particular damnificado, resolvió la detención de las personas imputadas del delito y la extracción compulsiva de sangre de los menores y de las perso-

8. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa P, 29.115, del 11-5-82 en D.J.B.A. T° 123, p. 86.

nas que los tenían en su poder, a cuyo efecto debían ser llevados por la autoridad policial al Hospital Municipal Durand.

Es decir, se resolvió una pericia de exclusión e inclusión en forma compulsiva. Es el fallo más completo relativo a una pericia compulsiva en los casos de delitos de sustracción de menor⁹.

La Cámara en lo Criminal y Correccional de La Plata, Sala III, confirmó el fallo del juez, ante el hábeas corpus que se interpuso, en lo referente a la pericia compulsiva dispuesta¹⁰.

Con posterioridad, el Juzgado en lo Penal N° 1 de La Plata resolvió efectuar una pericia compulsiva sobre una menor, que con esa finalidad fue retirada de la escuela, con intervención del Juzgado de Menores¹¹. Ante la apelación que se dedujo mediante recurso de queja la Sala I de la Cámara en lo Criminal y Correccional resolvió: “Que las providencias que ordenen o denieguen diligencias de prueba son expresamente inapelables, conforme lo prescribe el artículo 227 del Código de Procedimientos Penales –excepción que la ley ritual hace respecto del particular damnificado que no es quien recurre en esta causa–. Que en consecuencia el recurso de apelación ha sido bien denegado toda vez que no se advierte en la medida ordenada vulneración de derecho constitucional alguno (Constitución Nacional, artículo 18)”¹².

Si consideramos a la medida compulsiva de extracción de sangre como acto procesal complementario de la prueba pericial se superan los inconvenientes interpretativos que surgen de considerar a la extracción de sangre, según el criterio de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires como “secuestro” (artículos 105 a 107

9. Resolución del Juez, doctor Carlos Silva Acevedo, titular del Juzgado en lo Penal N° 4 de La Plata, interinamente a cargo del Juzgado N° 2 en la causa 125.818 bis.

10. Cámara en lo Criminal y Correccional de La Plata, Sala III, en causa citada.

11. Juzgado en lo Penal N° 1 de La Plata, causa 132.349.

12. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de La Plata, Sala I en causa citada.

del actual Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Buenos Aires).

El acto procesal complementario se registraría, en el caso de la provincia de Buenos Aires por los artículos 161 a 174 del Código de Procedimientos Penales, el que puede efectuarse aún en forma compulsiva sin: que sea necesario el cumplimiento de los requisitos que se exige para “secuestro”. El mismo criterio es aplicable a otros ordenamientos procesales. En el caso del Código de Procedimientos Penales para la Justicia Federal y los tribunales ordinarios de la Capital Federal, el acto procesal complementario se registraría por los artículos 322 a 347 de ese cuerpo legal.

La ideología de la Seguridad Nacional

EN EL DEBATE PARLAMENTARIO QUE CONCLUYÓ CON LA SANCIÓN DE la Ley de Defensa Nacional 23.554, se sostuvo que se ponía fin, con esa ley, a la Doctrina de la Seguridad Nacional. El artículo 15 de la ley establece que “las cuestiones relativas a la política interna del país no podrán constituir en ningún caso hipótesis de trabajo de organismo de inteligencia militares”.

La Seguridad Nacional fue la ideología que fundamentó la acción de las Fuerzas Armadas en lo que la dictadura militar llamó la represión a la subversión.

Con “métodos no convencionales” (torturas, desaparición de personas, homicidios) la ideología de la Seguridad Nacional sustituyó en las Fuerzas Armadas a la Doctrina de la Defensa Nacional.

Para una concepción de defensa nacional, las Fuerzas Armadas tienen como función actuar contra el enemigo externo. Para la ideología de la Seguridad Nacional el enemigo se encuentra en el frente interno, es el pueblo, que en el siglo pasado representaba la barbarie y hoy la subversión.

La ideología de la Seguridad Nacional se fue sistematizando en la década del sesenta con las experiencias contrarrevolucionarias de los franceses en Argelia y de los norteamericanos en Vietnam. Se elaboraron las estrategias y tácticas de la contrainsurgencia y se organizaron fuerzas especiales para enfrentar a las guerrillas

con armamentos diseñados para esa lucha como los fusiles M.16 o lo que los norteamericanos llamaron “la caballería aérea” (helicópteros para operar contra las guerrillas).

Con la ideología de la Seguridad Nacional las Fuerzas Armadas establecieron una coherencia entre doctrina y práctica. Porque si con anterioridad la doctrina de la Defensa Nacional fijaba como función de las Fuerzas Armadas la defensa de la soberanía frente al enemigo exterior, en la práctica y a lo largo de toda nuestra historia, ejercieron acciones represivas contra la población.

El ejército de Mitre vencedor en Pavón, además de llevar adelante la guerra genocida de la Triple Alianza contra el pueblo paraguayo, invadió las provincias del noroeste deponiendo a sus gobiernos y enfrentando a las poblaciones sublevadas contra el poder hegemónico de la oligarquía de Buenos Aires. La cabeza del general Ángel Vicente Peñalosa colgada en la plaza de Olta fue sólo uno de los símbolos de la represión contra los pueblos del interior. El ejército de Roca exterminó a las poblaciones mapuches de nuestro territorio en lo que la historia oficial llama la campaña al desierto.

Las luchas populares fueron violentamente reprimidas por el Ejército en la semana trágica de 1919 y en las huelgas patagónicas de 1921 con el fusilamiento de cientos de peones.

En tiempos más recientes durante la llamada Revolución Libertadora asaltaron sindicatos, encarcelaron miles de militantes populares, y fusilaron a civiles y militares que se alzaron en armas en el movimiento revolucionario que encabezara el general Valle.

El Plan CONINTES contra la resistencia peronista en los años 58 a 61, fue el antecedente inmediato de la ideología de la Seguridad Nacional. Hasta ese momento las hipótesis de conflicto de las Fuerzas Armadas preveían la defensa de las fronteras ante los posibles ataques de los países limítrofes, pero en la práctica se crearon comandos CONINTES, con jefatura de zonas que operaban

contra lo que llamaban subversión, utilizando a la tortura como método para obtener la información.

Entonces cuando se reemplazó la doctrina de la Defensa Nacional por la ideología de la Seguridad Nacional se logró la coherencia entre teoría y práctica. Sólo a algunos de los oficiales formados en la vieja escuela de la defensa de la patria se les podría crear un conflicto de conciencia al actuar en la represión interna. Para la mayoría de los cuadros de las Fuerzas Armadas la teoría de las fronteras ideológicas fueron la justificación de la represión interna y una de las causas de las vergonzosas rendiciones de Georgias y Malvinas contra el enemigo externo. Ya no había conflictos de conciencia.

Pero la ilusoria creencia de la superación por ley de una ideología queda al descubierto cuando con el pretexto de la toma del cuartel de La Tablada se dictan decretos y se proyectan normas legales que demuestran que la ideología de la Seguridad Nacional continúa vigente.

El decreto 83/89 que crea el Consejo de Seguridad con la participación de los jefes de los Estados Mayores de las Fuerzas Armadas, entre cuyas funciones se encuentra asesorar al presidente sobre “la estrategia para la acción antsubversiva”, y el decreto 327/89 que permite convocar a las Fuerzas Armadas contra la “acción terrorista subversiva”, crea Zona de Operaciones, y autoriza a los servicios de inteligencia a efectuar tareas de inteligencia interna, consagran nuevamente la vigencia de la ideología de la Seguridad Nacional, en contra de lo que se sostuvo al discutirse la ley de Defensa Nacional.

El proyecto de ley antiterrorista enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso el 17 de mayo profundiza los principios sobre Seguridad Nacional establecidos en los decretos 83 y 327, con graves consecuencias para las libertades públicas y la estabilidad institucional.

El derecho a la defensa en juicio

UNA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LAS DEMOCRACIAS ES el derecho que tiene toda persona sometida a proceso a la defensa en juicio. Así lo consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional que dice que “es inviolable la defensa en juicio de las personas y de los derechos”.

Las constituciones provinciales de nuestro país establecen normas que garantizan con mayor precisión el ejercicio de ese derecho, lo mismo que los distintos códigos de procedimientos. Entre ellos, contra toda la sistemática que exigiría un buen ordenamiento procesal, pero queriendo resaltar la importancia que tiene el derecho a la defensa en juicio en el Estado de Derecho, el artículo 1º del Código de Procedimientos Penales de la provincia de Buenos Aires redactado Jofré, establece el derecho de todo procesado a ser defendido por un abogado que designe.

Este principio ha sido recogido por el Derecho Internacional, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Toda la tendencia del Derecho Procesal Penal es la de establecer normas que garanticen plenamente el derecho a la defensa en juicio y el debido proceso. Ello se observa en los Códigos que se sancionan y en principios jurisprudenciales que establecen reglas

de exclusión o nulidades frente a todo acto que pudiese limitar principios de jerarquía constitucional. Se observa también en los principios de política criminal que expone la doctrina actual que también tienden a sustituir las penas privativas de libertad por otro tipo de penas, limitar el tiempo en que una persona puede ser privada de su libertad personal y eliminar una serie de delitos cuya comisión tiene escasa repercusión social.

En contra de esos principios el Poder Ejecutivo envió al Congreso el proyecto de ley antiterrorista que viola la garantía del debido proceso, establece nuevos delitos, aumenta las penas privativas de la libertad y limita el principio de defensa en juicio con graves consecuencias para las personas sometidas a proceso que se encuentren privadas de su libertad.

En lo relativo al derecho de defensa en juicio, el artículo 4º del proyecto reemplaza el artículo 9º del Código de Procedimiento Penales vigente referido a la defensa en juicio. Después de consagrar en el inciso I) el derecho de todo procesado a designar un abogado defensor en él inciso II) se establece la posibilidad de separar al abogado de la defensa que ejerce en distintos supuestos que, de aplicarse, resultarían violatorios al derecho a la defensa en juicio y a la garantía del debido proceso.

Los casos en los que se prevé la separación del abogado defensor son los siguientes:

- a) Participación del abogado en los hechos que se investigan.
- b) Encubrimiento por parte del abogado de esos hechos.
- c) Participación del abogado con el imputado en los distintos tipos de asociación ilícita previstos por el Código Penal que guarden relación con el objeto de la investigación.
- d) Participación en la evasión del imputado o en su tentativa.

Casi textualmente, el artículo sigue la redacción del artículo 54 del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación que, a su vez,

tiene como fuente la Ordenanza Procesal Penal de Alemania Federal.

El Proyecto de Código Procesal Penal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público actualmente en discusión en el Congreso, son los más serios intentos por democratizar la función judicial, acelerar los procesos y garantizar efectivamente el derecho a la defensa en juicio y el debido proceso, que se hayan elaborado en nuestro país. En el proyecto de Ley Orgánica se prevé, incluso la integración de jurados sorteados del padrón de ciudadanos que debe elaborar la Cámara Nacional Electoral. El proyecto de ley antiterrorista del Poder Ejecutivo ha sacado de su contexto las normas del proyecto de Código Procesal Penal relativas a la defensa en juicio, introduciéndole pequeñas pero sustanciales modificaciones que resultan abiertamente contradictorias con el derecho constitucional de defensa en juicio.

El proyecto de Código Procesal Penal establece que para que proceda la separación del defensor “el grado de sospecha debe ser equivalente al que se exige para el auto de apertura del juicio”. El auto de apertura del juicio está previsto en el artículo 263 del Proyecto y está precedido por el procedimiento preparatorio que es la instrucción del sumario y por la declaración del imputado. Es la acusación fiscal del procedimiento actual con muchas mayores garantías para el imputado. Es decir, en el proyecto de Código Procesal para que pueda separarse a un abogado de la defensa que ejerce es necesario toda una investigación previa.

En el proyecto de ley antiterrorista, en cambio, en contra de todas las garantías admitidas por el Estado de Derecho, se establece que “en todos los casos no está condicionada a que con carácter previo se haya dictado prisión preventiva contra la persona del defensor”. Es decir, el juez podría separar a un abogado de su defensa por simples valoraciones subjetivas, sin que exista una investigación previa.

Una medida de tanta gravedad como es separar a un abogado de la defensa que ejerce no puede ser tomada en el proyecto de Código Procesal Penal ni siquiera por un tribunal colegiado. Es facultad exclusiva del Tribunal de Casación que se crea en el Anteproyecto de Ley Orgánica. En cambio, en el proyecto de ley antiterrorista la medida podría ser dispuesta por un juez de Primera Instancia.

Las limitaciones al derecho a la defensa en juicio han tenido graves consecuencias en el país. Más de cien abogados desaparecidos, los abogados asesinados, los abogados presos y exiliados han sido una de las consecuencias del terrorismo de Estado. Es uno de los lamentables privilegios de nuestro país en donde se confunde, en los procesos instruidos por causas políticas, la acción del imputado con la actividad de su defensor.

El proyecto de Ley antiterrorista del Poder Ejecutivo, falsificando los principios que el mismo Poder Ejecutivo impulsó al promover la Reforma Procesal Penal, es una concesión más al avance del poder militar sobre el conjunto de la sociedad.

Las nulidades procesales en el juicio “La Tablada”

EL PROCEDIMIENTO QUE SE APLICA EN EL JUICIO POR LA OCUPACIÓN del cuartel La Tablada es el legislado por la Ley 23.077, que prevé una instancia única, con un tribunal formado por la Cámara Federal de Apelaciones del lugar del hecho.

La instrucción de la causa corresponde al Juez Federal y en una etapa intermedia al Fiscal de Cámara.

Según lo establece el artículo 26 de la Ley 23.077 el Código de Procedimientos en materia penal se aplica en forma supletoria.

La defensa de los procesados solicitó la nulidad de diversos actos procesales por considerar que no se habían cumplido con los requisitos que establecen las leyes, o eran contrarios a ellas por lo que se afectaba el derecho constitucional de defensa en juicio y la garantía del debido proceso.

Se pidió la nulidad de los informes y pericias incorporadas por la Jefatura II de Inteligencia del Estado Mayor del Ejército, de la totalidad de la prueba pericial, de ciertas actas de secuestro y de los reconocimientos efectuados a los procesados mediante fotografías.

La incorporación de materiales de inteligencia militar es contraria a lo establecido por el artículo 15 de la Ley 23.544 de Defensa Nacional que prohíbe a las Fuerzas Armadas hacer inteligencia sobre cuestiones de política interna. Actos Contrarios a la ley no son susceptibles de adquisición procesal.



Al producirse la prueba pericial no se cumplió con lo que establece el artículo 330 del Código de Procedimientos que dice que, hecho el nombramiento de peritos, el acto procesal se notificará inmediatamente a las partes. Durante la etapa en la que aún se mantenía el secreto del sumario se dispusieron pruebas periciales que privaron a la defensa, al no efectuarse las notificaciones, del derecho a recusar peritos y a proponer peritos de parte.

Se solicitó también la nulidad de diversas actas de secuestros, que no estaban firmadas por testigos y los reconocimientos efectuados por fotografías, en sustitución de los reconocimientos en rueda de personas.

Las formas en el proceso penal tienen por finalidad garantizar el derecho a la defensa en juicio.

Garantizando ese derecho las normas legales excluyen del proceso las pruebas que se adquieren en violación de la ley y establecen la nulidad de los actos procesales que no cumplen con las formas o requisitos establecidos por la ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que entre el conflicto que se produce entre dos intereses de la sociedad, entre una rápida y eficiente ejecución de la ley y el respeto a los derechos individuales consagrados por la Constitución el bien jurídico supremo es el respeto a los derechos individuales.

Es más importante para la ley el respeto a las garantías individuales que sancionar con una pena un delito.

En la causa “La Tablada” han existido gravísimas violaciones a las garantías constitucionales, incompatibles con el Estado de Derecho. Se instruyen, como consecuencia de ellas, distintos juicios penales por fusilamientos, desapariciones de personas y torturas.

En esas condiciones se hace más necesario aún, extremar los requisitos procesales que garantizan el derecho de defensa en juicio.

Transición democrática y Derechos Humanos en Argentina

EXISTEN DIVERSAS TEORÍAS RELACIONADAS CON LA TRANSICIÓN a la Democracia, sobre las cuales los españoles han elaborado varios trabajos. Y estas teorías, basadas en el estudio de la realidad española, tratan de ser aplicadas en América Latina sin que se adviertan las diferencias que existen entre lo que pueden ser las transiciones a la Democracia en los países europeos y las transiciones a la Democracia en los países de América Latina. En definitiva, los teóricos de las Ciencias Políticas estudian la transición a la Democracia en España y aplican los mismos elementos conceptuales a la realidad de América Latina.

Mi intención es analizar las diferencias que existen en las transiciones a la Democracia en Europa y en España y la dirección que se advierte en el proceso político de ciertos países de América Latina, en particular en Argentina.

Las democracias de América Latina son llamadas “democracias pobres”; en particular Argentina es una de las expresiones más notables de empobrecimiento durante la dictadura, que no se modificada cuando se inicia el gobierno constitucional que la suplanta.



**Conferencia pronunciada el 26 de mayo de 1989 en la Fundación CIDOB de Barcelona organizada por la revista *Retruco* con la adhesión de COSOFAM, CLACA (Casal Llatinoamèrica a Catalunya), OSMI (Oficina de Soport al Moviment Indi), ACBA (Asociación Catalana de Brigadisme a Nicaragua), Justicia i Pau, CIDOB y Asociación per las Naciones Unidas.
Reproducida en *Retruco*, N° 9, Buenos Aires, diciembre de 1989.**

Para dar algunos datos indicativos de la realidad argentina, sobre el significado de esta democracia, podemos tomar algunos índices; por ejemplo, desde 1974 hasta 1988 el Producto Bruto Interno por habitante –según cifras oficiales del Banco Central de la República Argentina– ha disminuido en un 14,8 %; si tomamos la cantidad de personas que trabajaban en la Industria, en 1974 vemos que existían 1.525.000 personas ocupadas, mientras en 1985 –según cifras oficiales del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos– esa cifra ha disminuido a 1.359.000 personas, es decir que hay aproximadamente 200.000 trabajadores industriales menos en el lapso 1974-1985.

En 1974, la tasa de desempleo y subocupación alcanzaba un 5,4 %; en 1988 –según cifras oficiales– alcanza a un 14,3 o/o, eso implica que en la Argentina hay 1.700.000 personas desocupadas o subempleadas.

La participación de los asalariados en el ingreso total era en 1974 del 45 %; en esta etapa había disminuido la participación de los asalariados respecto a lo que fue el primer gobierno peronista, donde aproximadamente alcanzaba al 50 o/o; en 1988 esta cifra disminuye al 26 o/o.

Uno de los más graves problemas que vive nuestro país, como los restantes países de América Latina, es el de la deuda externa. Y nuestro país debe, aproximadamente, a los acreedores internacionales, 60.000 millones de dólares, que no paga porque no tiene con qué pagar ni siquiera los intereses que esa cifra demanda.

Esta realidad económica que es muy particular de Argentina, pero que podría generalizarse a otros países de América Latina, nos demuestra que los sectores económicamente dominantes, fortalecidos durante las dictaduras militares, no han sido afectados por las democracias, sino que han mantenido sus privilegios dentro de la economía nacional; se han mantenido intactos sus privilegios y se han consolidado sin alterar las relaciones de de-

pendencia que ligan a nuestro país y a los países del Tercer Mundo a los grandes centros de poder.

Entonces, la primera diferencia que existe entre las transiciones a la democracia en América Latina y las transiciones a la democracia en Europa, es que nos encontramos ante países totalmente empobrecidos, saqueados por los centros internacionales de poder, cuya situación no se altera por el restablecimiento de los sistemas democráticos.

No nos encontramos, entonces, en presencia de lo que en Europa se llaman las democracias sociales, que tienden a atenuar ciertos aspectos de las economías capitalistas, donde se recogen los principios del constitucionalismo social que tuvo su origen en nuestro continente con aquella revolución mexicana, que fueron plasmados en el texto constitucional de 1917, que después recoge la Constitución de Weimar y posteriormente la Constitución Española de 1931.

En América Latina si existieran normas que establecieran principios de contenido social, no tendrían ninguna aplicación práctica dada la situación de empobrecimiento de los países latinoamericanos.

En segundo lugar observamos en las transiciones democráticas de América Latina, que los sistemas políticos que se conforman no son democracias políticas plenas, no son como diría la teoría liberal que debiera ser una democracia, no son como lo establecen los textos constitucionales con sus declaraciones de derechos y garantías que deberían ser respetadas por todos los gobiernos y aparecen consagradas en las Constituciones Hispanoamericanas que derivan de la Revolución Francesa, de la Revolución Norteamericana y del triunfo de las ideas liberales. Esos mismos principios contenidos en nuestras constituciones aparecen violados en mayor o menor medida en las llamadas democracias latinoamericanas.

Entonces, existe en la etapa de tránsito de la dictadura a la democracia –en la mayoría de los países– normas que limitan el pleno ejercicio de la democracia. Por eso hablamos de democracias políticas limitadas, donde no tienen plena vigencia las declaraciones de derechos y garantías que consagran los textos constitucionales, aún cuando los gobiernos son elegidos en elecciones que se consideran democráticas, que desde el punto de vista del derecho internacional y de la comunidad internacional son consideradas democracias. Si nos refiriéramos a la situación actual de América Latina, quizá con la excepción de Chile, diríamos que en el conjunto de los países latinoamericanos existen gobiernos democráticos. Esas democracias coexisten con serias violaciones a los derechos humanos, como son la tortura, el asesinato por razones políticas, la desaparición de personas, como ocurre en Guatemala, El Salvador, Venezuela, Colombia o Perú, por ejemplo, donde existen gobiernos surgidos de elecciones y violaciones a los derechos humanos.

Estas características de las democracias de América Latina hacen que las tengamos que denominar democracias políticas limitadas.

La situación argentina en alguna medida se diferencia en su proceso histórico y en su evolución de las restantes democracias limitadas de nuestro continente, incluso del tránsito a la democracia de los países europeos, o del tránsito a la democracia en España.

En el resto de los países del continente existen normas legales, constitucionales, que condicionan el futuro tránsito a la democracia. En Argentina, al restablecerse el sistema constitucional no existe ninguna norma legal, ningún tipo de condicionamiento que limite ese pleno ejercicio de la democracia y, en consecuencia, el gobierno democrático estaba en condiciones de ejercer en su plenitud los principios que establecen las normas constitucionales y legales que significan el pleno ejercicio de esa democracia.

En definitiva, en Argentina, al restablecerse el orden constitucional, es el país que más se acerca a una democracia política plena a diferenciaba de los restantes países del continente. Eso origina un hecho inédito en América Latina, que son los procesos que se siguieron a las personas que violaron los derechos humanos durante la dictadura. La norma general de las democracias, en la etapa del tránsito de la dictadura a la democracia, ha sido la impunidad. Si tomamos por ejemplo la Alemania Nazi, vemos que el número de dirigentes nazis que son juzgados por crímenes de guerra es inferior al número de personas juzgadas en la Argentina. Si tomamos, por ejemplo, la represión desatada por el colonialismo francés sobre Argelia, veríamos que no se juzgó a ningún torturador u homicida francés. Si tomamos el genocidio de los EE.UU. sobre el pueblo de Vietnam, veríamos que solamente se efectúan dos procesos como consecuencia de los crímenes de guerra cometidos por los EE.UU.

En América Latina no encontramos, salvo en el caso de las revoluciones triunfantes, (la revolución cubana o la nicaragüense) que se hayan sancionado o se hayan esclarecido los delitos cometidos como consecuencia de las violaciones a los derechos humanos durante las etapas dictatoriales. Sin embargo, en Argentina, como consecuencia de las luchas populares y de la labor desplegada por los organismos de derechos humanos, en la etapa inicial del restablecimiento de la democracia se logró el juzgamiento de unas 450 personas imputadas de haber cometido diversos delitos durante la dictadura militar. Evidentemente 450 personas, teniendo en cuenta los 30.000 desaparecidos en nuestro país, las personas torturadas, los exiliados, presos políticos, asesinados, es una cifra muy reducida pero, sin embargo, este es un antecedente que no lo encontramos en ningún otro país de América Latina, salvo en el caso del triunfo de las revoluciones.

Cuando se restablece la democracia y se inicia este proceso de esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos pro-

ducidas en nuestro país, se inicia una etapa en la que tampoco existen desapariciones de personas por razones políticas, a diferencia de las llamadas democracias peruana, colombiana, o mexicana o mucho más notoriamente salvadoreña o guatemalteca. No existían en nuestro país desapariciones por razones políticas, el país se acercaba a una plena vigencia de las normas legales que la podían constituir en una democracia de tipo político, al margen de todos los condicionamientos de tipo económico que anteriormente señalara.

Al restablecerse el sistema constitucional se establecieron normas legales que imponían penas gravísimas para la tortura, que equiparaban en cuanto a la pena, el delito de tortura, al delito de homicidio, lo que no impidió que al poco tiempo se volviera a restablecer la tortura, aunque en menor medida, para delitos comunes.

Este proceso de democratización de la Argentina que en una primera etapa no tiene condicionamientos políticos, ni legales, como los tránsitos a la democracia en otros países de nuestro continente comenzó a ser revertido por la creciente participación del poder militar sobre el poder político.

La presencia del poder militar reclamando por sus propias reivindicaciones como sector y en particular, la solución de los problemas derivados del juzgamiento por violaciones a los derechos humanos, hizo que el gobierno constitucional, a través de una ley que sanciona el Congreso, que llamamos de Punto Final, tratara de poner límites a esos juzgamientos al establecer un plazo para el llamado a declaración indagatoria de las personas que debían ser procesadas por violaciones a los derechos humanos, pasado el cual esas personas no podían ser procesadas. Esta ley no tuvo el resultado esperado porque ocasionó que los tribunales de justicia llamen a declaración indagatoria, es decir dispongan el procesamiento, de 450 personas.

Como consecuencia de estos procesos, se produjo el primer levantamiento militar en la semana santa de 1987 que exigió soluciones políticas y obtuvo finalmente la sanción de la ley que llamamos de Obediencia Debida, donde limita el juzgamiento por las violaciones a los derechos humanos exclusivamente a los altos mandos. La cifra de unas 450 personas procesadas se transforma entonces, en virtud de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, en aproximadamente veinte personas.

No conformes con estas concesiones obtenidas, se produjeron nuevos levantamientos militares que son los que conocemos con el nombre de Monte Caseros, en el norte de nuestro país y de Villa Martelli en los alrededores de la ciudad de Buenos Aires. Y, avanzando el poder militar sobre el aparato estatal logra, de hecho, la postergación de todos los procesos de violaciones de derechos humanos, en el sentido de que se postergan sin término, mediante algún mecanismo procesal que hace que los distintos juicios lleguen al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia y que ésta los retenga en su poder sin enviarlos a las Cámaras que deben efectuar los correspondientes procesos orales; se postergan así, sin término, los juicios orales por violaciones a los derechos humanos. La idea y la exigencia del poder militar es que no haya juicio para las veinte personas que todavía continúan procesadas y, además, existen órdenes del Estado Mayor del Ejército para que los integrantes del Ejército no se presenten a ninguna declaración a la que sean citados en sede civil. No se presentan a declarar ni siquiera como testigos, o sea que los militares, son ciudadanos privilegiados, diferentes al resto de los ciudadanos de nuestro país.

En enero de este año, el 23 de enero, se produjo otra toma de cuartel, el cuartel de La Tablada, que tiene características distintas a las ocupaciones de cuarteles producidas con anterioridad. No se trata ya de la ocupación de un cuartel por fuerzas militares, sino que se trata de la ocupación de un cuartel, hecha por un sector del

Movimiento Todos por la Patria, que ocupó el cuartel con un objetivo que, desde su punto de vista, era claro. La información que tenía el Movimiento Todos por la Patria, era que en ese momento y en ese lugar se produciría un nuevo movimiento militar como los de Semana Santa, Monte Caseros o Villa Martelli, que exigiría nuevamente ciertas concesiones al poder civil. Ante la creencia de que se producía ese movimiento militar, sectores del Movimiento Todos por la Patria, no para alterar el orden constitucional sino para defenderlo, ocuparon el cuartel de La Tablada. En esta acción resultan muertos 28 atacantes, 9 militares y 2 policías. Se crea por parte de los servicios de inteligencia del Ejército una imagen que plantea la creencia de que nos encontramos en Argentina nuevamente con acciones guerrilleras. No se acepta la rendición de quienes ocupan el cuartel de La Tablada a las pocas horas de haber iniciado la ocupación, y se prolongó durante veinticuatro horas más la acción con despliegue de blindados y de artillería pesada con el claro objetivo de crear la imagen de lo que los servicios de inteligencia llaman en ese momento “La batalla de La Tablada”, que acepta el gobierno y los partidos mayoritarios, a pesar de tener los elementos de análisis suficientes como para contrarrestar esta idea, con el objetivo de demostrar la existencia de la guerrilla en nuestro país como una amenaza al orden constitucional.

Para que exista una guerrilla es necesario una estrategia y un conjunto de acciones acordes con esa estrategia. Cuando se ha ocupado un cuartel en la Argentina jamás se ha dicho que se estaba en presencia de una guerrilla. Cuando los militares han ocupado cuarteles, lo que se ha dicho es que se ha ocupado un cuartel y no que se estaba en presencia de acciones guerrilleras por parte de los militares.

En este caso, el hecho es el mismo aunque con una motivación política diferente. Sin embargo, se crea esa falsa imagen sobre la existencia de la guerrilla en Argentina con el objetivo de permitir

un avance aún mayor del poder militar sobre la sociedad civil, que concede nuevas normas legales en favor de este poder militar con el propósito de limitar aún más nuestra restringida democracia.

Como consecuencia de la ocupación del cuartel de La Tablada volvemos nuevamente a las violaciones a los derechos humanos.

En las investigaciones de la causa hemos podido probar el fusilamiento de cuatro personas, pero los fusilamientos son más. La totalidad de los detenidos en el cuartel de La Tablada fueron torturados en el mismo cuartel, en la policía federal de Argentina e incluso en una dependencia judicial destinada a alojar a personas detenidas. Y, nuevamente, nos encontramos ante el gravísimo hecho de que vuelven las desapariciones por razones políticas, porque hay una persona de las capturadas con vida, que no aparece con posterioridad ni vivo ni muerto; en consecuencia, está desaparecido.

Entonces, después de los hechos de La Tablada, Argentina se transforma en una democracia limitada más parecida a las que existen en el resto de América Latina. Los hechos de semana santa de 1987 hasta La Tablada, no han hecho sino readecuar la democracia argentina a las características que tienen hoy las democracias limitadas en todo nuestro continente.

Esa acción de La Tablada y la imagen creada por los servicios de inteligencia, transformando la masacre de La Tablada en batalla de La Tablada, ha permitido que el gobierno dictara dos decretos de alto contenido represivo: el primero es el decreto 83 de 1989 que crea un Consejo de Seguridad con participación militar en cuestiones de tipo interno, y se ha dictado posteriormente otro decreto que es el 327 del '89, cuyo objetivo es: "...establecer las bases orgánicas y funcionales para la preparación, ejecución y control de las medidas tendientes a prevenir y conjurar la formación y actividades de grupos armados...". Crea este decreto un Comité de Seguridad interior, establece el cargo de Comandante Operativo y

crea una zona de operaciones sin definir las causas por las cuales se podría crear esa zona de operaciones. Y bien puede ser creada esa zona de operaciones por un conflicto violento o armado, como por una huelga, por una ocupación de tierras para construir viviendas, o en una ocupación de fábrica o en una movilización popular, o en un estallido social que pueda producirse en nuestro país teniendo en cuenta las durísimas condiciones de vida a las que es sometido nuestro pueblo.

Se elabora también, por parte del Poder Ejecutivo, un proyecto de ley antiterrorista que, en contra de la tendencia general del Derecho Penal y del derecho procesal, se pena a quien ostente el nombre o la sigla de una organización ilícita; aumenta ciertas penas y amplía los plazos de incomunicación de las personas procesadas.

Si nosotros hiciéramos una síntesis comparativa del tránsito a la democracia en Argentina, respecto a las teorías que se elaboran sobre el tránsito a la democracia en los países europeos veríamos lo siguiente: mientras las elaboraciones conceptuales europeas, observando y analizando la realidad de los países europeos, nos están planteando que paulatinamente se va consolidando el proceso de tránsito a la democracia, la evolución argentina demuestra que la tendencia no ha sido en dirección a la consolidación de la democracia sino hacia la consolidación del poder militar en contra de la democracia, en detrimento de la democracia.

Existen países de América, seguramente los ejemplos más notables serían Brasil y Uruguay, que parten de condicionamientos legales serios, que no existen en Argentina, pero que progresivamente van afirmando esa democracia. Si analizamos la realidad brasileña de hace dos años y la de hoy, vemos que el proceso de democratización se ha afianzado; y además existen partidos, movimientos o frentes políticos que en definitiva cuestionan el sistema político vigente.

Si observamos la realidad de Argentina o de Perú, quizá de Colombia o Venezuela que son casos particulares donde se cuenta con democracias limitadas estabilizadas, veríamos que esas democracias aparecen cada vez más limitadas, condicionadas por la presencia del poder militar.

Hace unos veinte años en Argentina, Uruguay y otros lugares, discutíamos sobre la transición al socialismo, tomábamos en cuenta las realidades que vivían nuestros países, la realidad que vivía Argentina por ejemplo en 1973, con un movimiento popular creciente, con el restablecimiento del sistema constitucional, pero no el simple restablecimiento del sistema constitucional, sino un movimiento popular presente en todo el conjunto de la política del país; discutíamos la experiencia de la unidad popular chilena, discutíamos diversos movimientos revolucionarios de nuestro continente, o la experiencia en la construcción al socialismo que llevaba adelante el Estado cubano. El hecho de que nosotros discutamos la transición a la democracia y no la transición al socialismo demuestra el retroceso político que han sufrido los países de América Latina. Pero entiendo que es conceptualmente erróneo hablar de las teorías de transición a la democracia y aplicarlas a realidades como la de Argentina o la del Perú. No son aptas las conclusiones o los elementos conceptuales extraídos del tránsito a la democracia de Europa; debemos reelaborar las teorías políticas y hablar de una vez por todas de transición hacia formas autoritarias. No sirven las teorías sobre transición a la democracia, tenemos que plantear claramente que la dirección del proceso político es hacia el autoritarismo porque se manifiesta una mayor presencia del aparato militar sobre el poder civil, lo que no significa que exista la posibilidad de golpe de Estado en forma inmediata. Las dictaduras en nuestro continente son producto de la inestabilidad del sistema político, cuando ese sistema político de privilegio, de la dominación de los sectores extranjeros, de las empresas tras-

nacionales, corre peligro de ser superado por algún movimiento político o por las movilizaciones populares. Cuando existe ese peligro de inestabilidad del sistema político, entonces interviene el poder militar por los mecanismos que puede y finalmente estableciendo la dictadura, conservando el sistema político que había sido cuestionado con anterioridad.

La teoría política en América Latina discute si estas dictaduras son fascistas o no. Claro, hay muchos elementos que las diferencian de los movimientos fascistas europeos, pero lo cierto es que en forma análoga a los movimientos fascistas europeos las dictaduras latinoamericanas ponen fin a un proceso revolucionario que existía con anterioridad. Las dictaduras son una respuesta a ese potencial peligro revolucionario de nuestros pueblos.

Entonces, la situación de América Latina en la actualidad es de consolidación de esas democracias limitadas con una amenaza cierta al poder civil.

No existen repeticiones de experiencias fascistas. Un pueblo que vive una experiencia fascista jamás la vuelve a repetir. No sabemos si las experiencias de dictaduras militares tan duras que ha vivido nuestro continente, que se asemejan a las experiencias fascistas europeas, podrán volver a repetirse o no; sería una forma inédita de repetición de experiencias de este tipo. Quizá aparezca como pesimista proponer la elaboración de sistemas conceptuales políticos sobre transición a formas autoritarias de ejercicio del poder, pero esa propuesta está fundada en lo que nos está marcando la realidad de América Latina y está hecha con el optimismo que surge de la experiencia popular de lucha de América Latina, con la experiencia de lucha del pueblo argentino, que a pesar de las represiones, de los desaparecidos, los torturados, exiliados y presos, sigue exigiendo una auténtica democracia, su independencia nacional y la plena vigencia de los derechos humanos.

Un genocidio legalizado

LA IMPUNIDAD EN LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS ha sido una constante en las llamadas transiciones a la democracia y en las luchas del colonialismo por mantener el sistema colonial. El Ejército francés practicó con total impunidad su estrategia contrainsurgente en Indochina y Argelia, que implicaba el asesinato de los combatientes anticolonialistas y la sistematización de la tortura. Las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos llevaron adelante su política genocida contra el pueblo de Vietnam con un único proceso por el incendio de una aldea y la matanza de sus habitantes que, en definitiva, quedó impune. La misma política represiva, de abiertas violaciones a los derechos humanos, se aplica hoy contra los pueblos hermanos de El Salvador y Guatemala, con el asesoramiento y apoyo del Ejército norteamericano.

Al término de la Segunda Guerra Mundial el tribunal de Núremberg juzgó a los principales responsables de los crímenes contra la humanidad del régimen nazi. Se elaboraron, en este proceso, principios que son la base del Derecho Penal Internacional, pero el número de personas condenadas en éste y otros procesos que le siguieron resultan ínfimos en comparación con los millones de víctimas del genocidio nazi.

Si observamos la realidad de América Latina en estos últimos años de democracias limitadas veríamos que, siguiendo esa tendencia hacia la constante impunidad, se han dictado leyes como la

de caducidad de la pretensión punitiva del Estado en Uruguay y de amnistía en Brasil, El Salvador y Guatemala.

La historia demuestra que el sistema político garantiza la impunidad a quienes contribuyen al mantenimiento del sistema y que únicamente las revoluciones triunfantes juzgan y sancionan los delitos por violaciones a los derechos humanos cometidos con anterioridad. Un sistema político puede cuestionar parcialmente ciertas metodologías, pero en definitiva reivindica el mantenimiento del sistema.

La lucha por la vigencia de los derechos humanos en la Argentina y por la sanción a los autores de crímenes contra la humanidad ha sido distinta, entonces, a la del resto de los países en sus llamadas transiciones a la democracia. En algún momento, como consecuencia de las luchas del pueblo y de las organizaciones de derechos humanos, se llegó al procesamiento de unas mil quinientas personas por violaciones a los derechos humanos. Para restablecer la “normalidad” de la impunidad, el sistema político debió dictar sucesivas leyes y decretos: Ley de Punto Final, Ley de Obediencia Debida, primer indulto, segundo indulto. Todo ello duró siete años. En otros países, el tránsito al sistema constitucional significó que quedara terminado desde el punto de vista legal (no en su significado político e histórico) el tema de las violaciones a los derechos humanos producidas con anterioridad.

La atipicidad argentina al haber efectuado procesos por violaciones a los derechos humanos durante siete años es el triunfo del pueblo argentino. Lejos estamos, entonces, de una derrota.

Pero si la impunidad es la norma, esa impunidad es de hecho y no de derecho, en el caso de delitos contra la humanidad. No existe ninguna ley francesa que diga que es lícito torturar o asesinar indochinos o argelinos. Ningún legislador norteamericano proyectó una ley de amnistía por el genocidio de Vietnam. Los criminales de guerra nazis pueden ser juzgados por los tribunales de Alemania o

de los países que ocuparon. Las amnistías de El Salvador y Guatemala equivalen a la autoamnistía de la última etapa de la dictadura argentina.

Por eso hay también en nuestro país una segunda originalidad. Argentina es el primer país del mundo que “legaliza” el genocidio. Ningún otro país ha indultado a genocidas. La impunidad ha sido un hecho, pero no un derecho.

Triste privilegio el nuestro, que es una digna continuidad de una sistemática política represiva de desapariciones de personas, asesinatos y torturas.

La Noche de los Lápices

LA REPRESIÓN CONTRA LOS ESTUDIANTES SECUNDARIOS DE LA CIUDAD de La Plata en 1976 fue uno de los ejemplos de las grandes batallas que la dictadura militar llamó lucha contra la subversión. Empleando métodos que los teóricos de la contrainsurgencia llamaban no convencionales (desaparición de personas y torturas), se reprimió todo intento de la población por defender sus derechos, pretendiéndose la destrucción de toda forma de organización popular que resistiera los planes que significaban la entrega de la soberanía de la nación.

Los estudiantes secundarios habían superado reglamentos de décadas anteriores que prohibían su agremiación y a partir de los últimos años de la década del 60 tuvieron una intensa participación en las luchas políticas del país alcanzando su máxima expresión en el período 73-76.

El mensaje de la dictadura fue claro. No se podía pensar en cambiar un sistema político injusto que aseguraba mediante el ejercicio del poder el mantenimiento de los privilegios de una minoría aliada a los intereses extranjeros y postergaba a las grandes mayorías populares. El sistema político estaba establecido para siempre y cualquier intento por modificarlo sería reprimido mediante el poder del Estado en la forma más irracional. Entonces el terrorismo de Estado asesinó e hizo desaparecer a niños y adoles-

centes. La dictadura fue, así, una precursora bárbara, de las teorías sobre el fin de la historia.

Si consultamos los datos registrados por organismos de Derechos Humanos complementados por otras fuentes (Abuelas de Plaza de Mayo, CONADEP, Equipo Argentino de Antropología Forense y CLAMOR), obtenemos los siguientes datos sobre la represión contra niños y adolescentes:

Niños menores de trece años desaparecidos.....	76
De trece años de edad desaparecidos	4
De catorce años de edad desaparecidos	12
De quince años de edad desaparecidos.....	14
De dieciséis años de edad desaparecidos.....	42
De diecisiete años de edad desaparecidos.....	69

Son 217 desaparecidos que no habían cumplido los dieciocho años de edad.

En los juicios que se siguieron contra las Juntas Militares y el personal de la Policía de la provincia de Buenos Aires se investigó el caso de “La Noche de los Lápices”. Los autores intelectuales de su desaparición fueron condenados. Algunos de los ejecutores fueron procesados. Otros se ampararon en la Ley de Obediencia Debida. Los condenados finalmente fueron indultados por decreto presidencial.

Restablecido el sistema constitucional predominó la ideología del posibilismo. No se trataba ya de modificar el sistema político. Los jóvenes fueron llamados a disputar elecciones internas en partidos cada vez más irrepresentativos o a un gremialismo inmediateista en los centros universitarios. No se los convocó a ninguna epopeya como pudo ser la defensa de la soberanía de la Nación, o de su patrimonio económico, o a luchar por los derechos de los trabajadores y los marginados del sistema. Las consecuencias fueron la despolitización y el desinterés por los grandes temas nacionales.

Dieciséis años después de “La noche de los lápices” los secundarios de hoy revierten el individualismo y desinterés por los problemas del país. Organizan centros de estudiantes y coordinadoras. Defienden la escuela pública con consignas que recuerdan las de la década del 60 y primeros años de los 70. Es el triunfo de los adolescentes desaparecidos que quisieron vivir el país. Es también, el futuro de la patria.

El Derecho Penal ante la desaparición de menores

NUESTRA LEY PENAL NO CONTEMPLA COMO DELITO ESPECÍFICO LA desaparición forzada de personas. Tampoco contempla, en consecuencia, la desaparición forzada de menores. De ahí que nos referimos entonces a normas penales que han sido creadas con otra finalidad, que no tienen en cuenta la realidad que vivió nuestro país y que tipifican tramos de ese fenómeno tan complejo que es la desaparición forzada de una persona. Entonces, determinados tramos de esa conducta que afecta distintos bienes jurídicos tutelados –como es la desaparición de una persona– los encontramos tipificados en normas de nuestro Código Penal que no han sido creadas específicamente para este fenómeno. Encontramos así: el delito de supresión de estado civil, el de falsificación ideológica de documento público destinados a acreditar identidad y el delito de sustracción de menores, que es el que más se asemeja a la desaparición forzada de personas. Quiero analizar estos artículos.

Supresión de estado civil: el artículo 139 del Código Penal, en su inciso segundo señala que se establecerá prisión de uno a cuatro años al que por medio de exposición o de ocultación o de otro acto cualquiera hiciera incierto alterare o suprimiere el estado civil de un menor de diez años. Aquí hacemos una primera observación.

**Seminario Internacional sobre Filiación, Identidad y Restitución.
Buenos Aires, 11,12 y 13 de abril de 1992. Publicado en el libro
Filiación, Identidad, Restitución. Buenos Aires, El Bloque Editorial, 1995.**

El delito tipificado se refiere a un menor de diez años, un menor que ya tiene diez años cumplidos no entra dentro de esta norma, en realidad entra dentro del 138. La mayoría de la doctrina considera que el 139 es una modalidad agravada del 138. Eso es casi unánime en la doctrina penal de nuestro país. Y el 138 contiene principios que tiene consecuencias muy importantes en el 139 y en todos los aspectos de la desaparición forzada de personas, porque establece como criterio para definir el delito alterar o suprimir el estado civil de otro con el propósito de causar perjuicio. O sea que, si no existe ese propósito de causar perjuicio, el delito no estaría tipificado. Esa es una de las exigencias de nuestro código. ¿De dónde surge esta exigencia de nuestro Código? No existía una redacción similar en el código anterior al vigente, aprobado en 1921, ni tampoco en los antecedentes y en los proyectos anteriores. Esto es una iniciativa que se le ocurre a Moreno cuando elabora su proyecto en 1906. ¿Por qué incorpora esto Moreno en el código? Lo dice: porque en nuestro país no hay adopción. En el año en que presenta su proyecto y en el que se aprueba el código, efectivamente, en nuestro país no había adopción. Cuando entra a regir nuestro Código Civil, y apartándose de los principios de la legislación española, Vélez elimina la adopción; la elimina porque considera que no es costumbre en nuestro país la adopción de personas. La considera superflua en nuestro derecho. Y llegamos hasta el año 1948, donde se legisla por primera vez la adopción. Entonces, nosotros estamos aplicando una norma legal que no tiene relación con la legislación civil que ha surgido con posterioridad. La intención de Moreno, al incorporar este propósito de causar perjuicio, era proteger determinadas conductas que él llamaba “altruistas”, que implicaban la existencia de niños con origen que no se podía determinar. Se penaba –si no, no se incorporaba esta norma– a personas que, en realidad, según Moreno, estaban protegiendo a ese menor. Entonces, es una norma totalmente inadecuada.

cuada a la realidad actual de nuestro país, por muchas razones, pero en particular porque en este momento existe la adopción.

Esta norma se relaciona con el artículo 293 del código penal. El 293 modifica este propósito de causar perjuicio, estableciendo la posibilidad potencial de que ese perjuicio pudiese ser causado. Dice así: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años el que insertare o hiciera insertar en un instrumento público declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar de modo que pueda resultar perjuicio". Esa conducta se agrava cuando se trata de documentos destinados a probar identidad. Entonces hay una diferencia, y esa diferencia es fundamental: en el otro tipo penal debe existir la intención de causar perjuicio y aquí la posibilidad. Un conjunto de fallos que existen en este sentido han considerado que generalmente la supresión de estado civil se manifiesta a través de la falsificación de documentos públicos, o sea, la partida de nacimiento. Se ejecuta a través del 293. La manifestación real del 138 generalmente es el 293. La doctrina ha considerado que entre uno y otro delito existe un concurso ideal. La doctrina ha sido casi unánime en considerarlo como un concurso ideal; sin embargo, hay un fallo que en la apelación de la prisión preventiva, la Cámara Federal de la Capital, lo consideró como un "concurso real". Esa causa está a sentencia en primera instancia, pero es casi el único ejemplo que existe en este sentido; en general la doctrina lo considera como un "concurso ideal". Se ha discutido doctrinariamente en relación a ese párrafo que dice: "De modo que pueda resultar perjuicio", si eso era sinónimo a la intención de causar perjuicio o era un perjuicio potencial que se pudiera realizar con posterioridad con independencia de que se haya realizado en el momento en que se comete el hecho o en que se analiza ese hecho. Eso fue resuelto, y también parte de la doctrina lo sostiene en este sentido. En fallo plenario de la Cámara en lo Penal de la Capital Federal en 1966 se declaró punible esta

conducta. Dice así el fallo plenario: “Es punible en los términos del artículo 293 del Código Penal la acción de hacer insertar en la partida de nacimiento declaraciones falsas tendientes a hacer aparecer como propio el hijo ajeno, siempre que de ello pueda resultar perjuicios, aún cuando no existiese el propósito específico de causarlo al que se refiere el 138 del código penal”.

Si observamos el artículo 138 del Código Penal y la pena que establece de uno a cuatro años, vemos que dentro del sistema de nuestro código –un código anacrónico y con penas privativas de la libertad muy altas, penas privativas de libertad que predominan en todo el sistema del código, superadas por las modernas corrientes del Derecho Penal–, que una pena de uno a cuatro años resultaba una pena leve, no se trata de un delito grave en el sistema de nuestro código. Al establecerse el concurso ideal con la falsificación de documentos públicos, se aplica la pena que establece el artículo 293.

Tratándose de documento destinado a probar identidad la pena es de tres a ocho años. Este concurso me parece muy importante, porque, en el caso de la desaparición de menores, se podría argumentar que no ha existido ese propósito de causar perjuicio: pero el perjuicio potencial está causado, es algo evidente, no se discute ese perjuicio potencial y entonces la conducta entra dentro del artículo 293. Se establece el concurso entre el 138 y el 293 y nos encontramos con la pena de tres a ocho años, que tiene importancia en cuanto a la prescripción y la posibilidad de análisis de los casos de desaparición de menores en el ámbito del Derecho Penal.

Existen doctrinas, pero minoritarias, que consideran que no existe un concurso ideal. Por ejemplo, es la posición que sostiene Molinaro, que dice que el artículo 139 inciso segundo sería el que rige en ese caso en virtud de la aplicación del principio de la especialidad, porque la forma fundamental de ejecutar el delito de sustracción de menores sería a través de la falsificación de la

partida de nacimiento. Entonces el artículo 139 sería el que correspondería aplicar. En el fallo plenario se observan votos en ese sentido, pero de todos modos constituye la doctrina minoritaria.

Desde el punto de vista de la pena, el delito más grave que se cometió relacionado con la desaparición de menores es el delito de sustracción de menores contemplado en el artículo 146 del Código Penal. Este delito pena a quien sustrae, retiene u oculta un menor de diez años. Las distinciones son importantes porque cuando entramos a considerar la desaparición de un menor la prueba de la sustracción es muchas veces difícil. Pero sí es posible probar la retención o el ocultamiento. Es un delito permanente; se considera casi sin discusión que se trata de un delito permanente, mientras que los delitos anteriormente considerados son instantáneos. Pero las dificultades de prueba que surgen con respecto a la sustracción no aparecen cuando nos encontramos con personas que se niegan a restituir el menor o que se fugan con el menor ocultándolo. Entonces, ahí entraría a jugar esta parte del artículo 146 del Código Penal que pena la retención o el ocultamiento de los menores. En esta norma, lo mismo que el 139, inciso 2, se refiere a un menor de diez años. No pena otra conducta.

El problema que se presenta con esta norma es de mucha gravedad, como toda la legislación que existe en nuestro Código Penal con respecto a la sustracción de menores, porque tenemos que relacionarlas con la prescripción. Si nosotros consideramos la época en que se produjeron las desapariciones de menores, básicamente entre el 76 y el 78, y si aplicamos los criterios que predominan en la Justicia Nacional referida al paralelismo de las prescripciones, vemos que los delitos de supresión de estado civil se encuentran prescriptos, que el de falsificación de documento público está prescripto y que el único delito que no estaría prescripto sería el de sustracción de menores. El de sustracción de menor en cuanto menor sustraído, porque si el día de hoy, con la edad que tiene el

menor, alguien se fuga con él o lo oculta, no nos encontraríamos dentro del tipo penal porque el menor ya tiene doce, trece, catorce años y más. Entonces, no se configuraría el tipo penal que significa retener u ocultar un menor porque la ley está diciendo que es un menor de diez años. Si bien en el caso de la desaparición de menores no hay prescripción en la actualidad –eso con independencia del autor, puede no prescribir con relación al autor o porque ha cometido un delito–, al margen de eso, el único delito que no está prescripto es el delito de sustracción de menores. El resto de los delitos están prescriptos. El delito de sustracción de un menor ha comenzado a prescribir porque los menores ya son mayores de diez años, y si se diese la situación de retención u ocultación de un menor desaparecido, no entraría dentro del tipo legal del 146 porque está referido a un menor de diez años.

Desde el punto de vista del interés del menor, se observan muchísimas consideraciones en los fallos referidas a la sustracción de menores. Desde el punto de vista del Derecho Penal es sencillo, porque nuestro Código Penal establece que el juez tiene la obligación de restituir –dentro de lo posible– la situación que existía con anterioridad al delito. Un menor que es sustraído de la custodia de su familia, de acuerdo al Código Penal debe ser devuelto a la familia que lo tenía en su poder, por aplicación de los principios del Código Penal.

Teniendo en cuenta lo inadecuado de nuestro sistema penal con respecto al hecho de la desaparición de menores, sería necesario tomar en cuenta diversos elementos en la legislación futura. De acuerdo a las normas actuales, la legislación penal argentina no está en condiciones de resolver el problema de la desaparición forzada de menores, porque la mayoría de sus normas están prescriptas. Se deben dictar normas que tipifiquen como delito la desaparición forzada de personas y, en consecuencia, la desaparición forzada de menores. No tiene ninguna justificación legal conside-

rar ciertas conductas que suprimen la identidad de una persona como acciones que no constituyen delitos. Si pudo en algún momento argumentarse –como dijo Moreno– que no existía la adopción, ahora existen los mecanismos del derecho civil adecuados que hacen que cualquier conducta que altera o suprime la identidad de un menor deba considerarse como un delito. Se deben dictar normas que tipifiquen esas acciones, la alteración y la supresión de estado civil de una persona con independencia de la edad, porque las normas del Código Penal están referidas a un menor de diez años. Se debe penar el tráfico de niños. La compra-venta de menores no constituye delito actualmente en nuestro Código Penal: el delito sería –en todo caso– la inscripción como propio de un hijo que no lo es, pero no el hecho de comprar y vender a un menor. Y desde el Derecho Penal, hacer una observación: en una nueva etapa de la realidad, cuando los menores sean los que busquen su identidad y su familia, seguramente tendrá una importancia el Derecho Civil, que no la tuvo en la etapa anterior donde la restitución de menores y su localización fue una consecuencia de los procesos penales que se instruyeron.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS HA modificado principios fundamentales de otras ramas del Derecho. Mientras el Derecho Internacional Público tradicional estudia las relaciones entre Estados, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce la titularidad de derechos en las personas individuales. Mediante este reconocimiento, una persona puede presentarse ante los órganos creados por los pactos internacionales cuando considera que sus derechos han sido vulnerados, reclamando por el reestablecimiento de esos derechos. La cosa juzgada, que para el Derecho Procesal constituía la verdad jurídica, sin posibilidades de revisión (salvo excepciones específicas), constituye, para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la condición que permite el acceso a la jurisdicción internacional.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) es el instrumento jurídico más importante del Sistema Interamericano; para aquellos países que no la ratificaron se aplica la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana reunida en Bogotá en 1948, y es anterior a la declaración Univer-

sal de Derechos Humanos, también de 1948¹. Los derechos protegidos por la Declaración son de aplicación para todos los países que forman parte del Sistema Interamericano.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue firmada el 22 de noviembre de 1969 por veinte Estados reunidos en San José de Costa Rica en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos². Entró en vigencia el 18 de julio de 1978 al ser ratificada por once Estados según lo establece el artículo 72, inciso 2. Fue firmada por Argentina el 2 de febrero de 1984 y aprobada por Ley 23.054 el 1° de marzo de 1984.

Los derechos reconocidos por el Pacto son similares a los de la Declaración.

En algunos casos estos derechos pueden contradecir normas de derecho interno, que los Estados se han comprometido a modificar para hacer efectivos los derechos y libertades que consagra el Pacto (artículo 2°).

En particular, tomando en cuenta el derecho argentino, los siguientes derechos protegidos por el Pacto pueden entrar en contradicción con el derecho interno argentino:

- a) Derecho de rectificación o respuesta (artículo 14).
- b) Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (artículo 8, inciso 2-h).
- c) Libertad del procesado “en plazo razonable” si no se dicta sentencia (artículo 7, inciso 5).
- d) Libre comunicación de la persona detenida con el abogado defensor (artículo 8, inciso 2-e).

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano: Recopilación de instrumentos básicos*. IIDH, Costa Rica, 198, p. 125.

2. Convención Americana sobre Derechos Humanos, en *ob.cit.* p.49.

La falta de reglamentación del derecho de réplica (o de rectificación o respuesta) fue considerada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a resolver la operatividad de las normas de un tratado, aun cuando no existan leyes internas reglamentarias. Se rectificó así la jurisprudencia que invariablemente había sostenido la Corte con anterioridad³.

El derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior contradice la jurisprudencia de la Corte que sostiene que la instancia única no es violatoria del derecho de defensa en juicio. En el caso de que una persona no pudiese recurrir una sentencia dictada por un tribunal de única instancia por no darse en el caso los supuestos procesales para la concesión del recurso, se estaría violando el principio establecido por el artículo 8, inciso h del Pacto. Más discutible es el caso de un recurso que permitiera la intervención de un tribunal superior para considerar aspectos limitados de la sentencia (Recurso de Casación o Recurso Extraordinario).

El principio que protege la libertad individual exige una sentencia “en plazo razonable” ha sido recogido por parte de los Códigos de Procedimientos en materia penal. En algunos casos estos principios aparecen limitados por excepciones relativas a los recursos extraordinarios, a la acción de la defensa, o a las condiciones personales del procesado. En todos los casos en que no se disponga la libertad de la persona procesada después de transcurrido un plazo prudencial sin que se dicte sentencia, se están violando los principios del Pacto.

La libre comunicación de una persona detenida con su defensor no existe cuando la incomunicación se extiende a la persona del abogado defensor.

3. Ekmekdjian Miguel Angel c/Sofovich Gerardo y otros, 7 de julio de 1992.

El Pacto de San José de Costa Rica ha creado dos órganos de aplicación. Ellos son:

- a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada con anterioridad al Pacto. La Carta de la Organización de los Estados Americanos establecía la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51, inciso e). Sus funciones serían las de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y actuar como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos (artículo 112). Se preveía, en la Carta, una convención americana sobre derechos humanos para determinar su estructura, competencia, procedimientos y otros órganos a crearse, con competencia en materia de derechos humanos (artículo 112)⁴.

De acuerdo con las prescripciones de la Carta, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada en la Sexta Reunión Consultiva de Cancilleres reunida en Santiago, Chile, en 1959.

Con posterioridad, al entrar en vigencia el Pacto, se aprobó un nuevo estatuto con el que culminó la transición entre la Comisión creada en 1959 y la nueva Comisión creada por el Pacto⁵.

La Comisión tiene la facultad de dictar su propio reglamento⁶.

La Comisión tiene las siguientes funciones:

- a) Promover la vigencia de los Derechos Humanos en América.
- b) Asesorar en materia de Derechos Humanos.
- c) Entender en casos individuales en los que se denuncian violaciones a los Derechos Humanos.

4. Carta de la Organización de los Estados Americanos, en *ob.cit.* p.3.

5. Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *ob. cit.* p.143.

6. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *ob.cit.* p.151.

d) Elaborar informes sobre la situación de los Derechos Humanos en los países de América⁷.

Las denuncias por violaciones a los Derechos Humanos pueden ser efectuadas por cualquier persona, grupo de personas, o entidades no gubernamentales reconocidas legalmente (artículo 44). Deben haberse agotado los recursos de jurisdicción interna, presentarse la denuncia dentro del plazo de seis meses a partir de la decisión definitiva que da origen a la lesión de los derechos protegidos por el Pacto, y no debe existir pendiente otro procedimiento internacional (artículo 46, inciso 2°).

El procedimiento que se sigue ante la Comisión está previsto por los artículos 46 a 50 del Pacto, por el Estatuto de la Comisión y por el Reglamento.

En la práctica, se siguen los siguientes pasos:

- a) Denuncia.
- b) Informe del Gobierno.
- c) Contestación del informe.
- d) Observaciones finales.

Durante el trámite, la Comisión puede pedir informes, recibir pruebas, tomar audiencias y ponerse a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa. Si no se llega a esa solución, la Comisión redactará un informe en el que puede formular proposiciones y recomendaciones.

En el plazo de tres meses a partir de la remisión al Estado denunciado del informe, la Comisión puede someter el caso a la Corte que actuará como órgano jurisdiccional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por el Pacto y comenzó su labor en 1979. Sus funciones son:

7. La Comisión ha elaborado informes sobre Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Cuba, El Salvador, Guatemala, Haití, Nicaragua, Panamá, Surinam y Uruguay.

- a) Función consultiva.
- b) Jurisdicción contenciosa.

Los Estados que ratifican el Pacto pueden aceptar la competencia de la Corte en casos relativos a la interpretación o aplicación del Pacto⁸.

La función consultiva está referida a la interpretación del Pacto o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos. Cualquier Estado miembro puede consultar a la Corte sobre tal interpretación. Igual derecho tienen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los demás órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de Estados Americanos⁹.

Para que la Corte pueda ejercer su jurisdicción contenciosa es necesario que el caso sea planteado por los Estados partes del Pacto o por la Comisión, cuando ya fueron agotados los procedimientos previstos por los artículos 46 a 50 en la Comisión. Ni las personas individuales, ni las organizaciones no gubernamentales tienen ese derecho. El procedimiento previo ante la Comisión es irrenunciable por parte de los Estados.

Desde su constitución, la Corte ha dictado tres sentencias referentes a casos de Honduras¹⁰, y una medida provisional¹¹, sobre un caso de Perú. En la actualidad la Comisión ha elevado casos referentes a Perú, Surinam y Colombia.

8. Catorce Estados han reconocido la competencia de la Corte.

9. La Corte ha elaborado doce opiniones consultivas.

10. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resoluciones y Sentencias, N° 4, Costa Rica, 1988; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resoluciones y Sentencias, N°5, Costa Rica, 1989; y caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia N° 6, Costa Rica, 1989, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resoluciones y Sentencias, N° 6, Costa Rica, 1989.

11. Resolución del 8 de agosto de 1990 en el caso Bustios-Rojas.

Como se observa, hay una desproporción entre los casos tratados por la Comisión y los que llegan a la Corte. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se diferencia, en este aspecto, del Sistema Europeo, cuya amplitud en el tratamiento de casos por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos ha permitido la elaboración de una jurisprudencia con notoria influencia en el derecho interno. Este es uno de los problemas que el Sistema Interamericano debe resolver.

Funcionarios de facto

EL DOCTOR TORRES MOLINA DIJO

1.La sentencia de fs.101/102 rechaza la acción entablada por el doctor L. J. R. contra la Corte Suprema de Justicia de la Nación y/o Estado Nacional por el cobro de haberes, conforme la Acordada N° 32 del año 1991, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2.Tal sentencia ha sido apelada por la parte actora a fs.105, recurso que fue concedido libremente, a fs. 105.

3. Agravios del actor.

A fs. 135/138 expresa agravios el actor sosteniendo que si bien se ha hecho mención a la Acordada 32/91 –por error de información– la demanda no da lugar a dudas en cuanto a su objeto procesal, esto es la diferencia que correspondería al actor, en su haber jubilatorio, teniendo en cuenta las retribuciones de los funcionarios y magistrados en actividad.

Resultaría de aplicación –según los agravios del actor– las Acordadas 56/91 y 75/91, por aplicación del principio Iura Novit Curia y lo dispuesto por las Leyes 18.464 y 22.940.

Voto como Conjuez de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 30 de octubre de 1995.

Considera el actor que la sentencia apelada viola las siguientes normas constitucionales: artículo 14 bis (igualdad en las remuneraciones), artículo 17 (derecho de propiedad), artículo 18 (defensa en juicio) y artículo 96 de la anterior numeración (intangibilidad de la remuneración de los funcionarios).

4. Contestación de los agravios.

La Señora Fiscal de Cámara Subrogante contesta los agravios a fs. 41/146v. solicitando se desestimen los agravios y se confirme, en consecuencia, la sentencia apelada.

Sostiene la Señora Fiscal de Cámara Subrogante que el actor no puede reclamar derecho alguno fundado en normas que no están vigentes y que nunca rigieron, careciendo la acción deducida de todo sustento legal ante la inexistencia de norma legal que la ampare. Que estando fundada la demanda en la Acordada 32/91 no corresponde rechazarla interpretando las Acordadas 56/91 y 75/91, por no estar relacionadas con la pretensión deducida en autos.

No sería de aplicación el principio *Iura Novit Curia* por cuanto los jueces no pueden convertir una acción en otra distinta ya que el objeto de la demanda es la percepción establecida por la Acordada 32/91.

De hacerse lugar al planteo de la actora –concluye la Señora Fiscal Subrogante– se afectarían los derechos constitucionales de defensa en juicio, igualdad ante la ley de propiedad (artículos 18, 16 y 17 de la Constitución Nacional).

5. Se encuentra probado que el actor se desempeñó como Juez Federal del Juzgado Federal N°2 de la ciudad de La Plata entre el 10 de agosto de 1976 y el 30 de septiembre de 1984, según ha sido sostenido en la demanda y no fuera negado por la representante del Estado en la correspondiente contestación.

No se ha probado, en cambio, que en el período comprendido entre el 10 de diciembre de 1983 –fecha del restablecimiento del orden constitucional– y el 30 de septiembre de 1984 hubiese sido designado Juez Federal de acuerdo con las normas constitucionales entonces vigentes y con el correspondiente acuerdo del Senado (artículo 86, inciso 5 de la Constitución Nacional).

6. El actor fue, en consecuencia, un funcionario de facto designado por autoridades que usurparon el poder político subordinando la Constitución a un Estatuto cuyo cumplimiento debió jurar para desempeñar sus funciones.

Es decir que su designación fue producto de actos ilegales, contrarios a la Constitución Nacional y tales actos ilegales no pueden generar derechos sustentados en normas que resultan aplicables a los jueces, que no son otros que los jueces de la Constitución, designados por el procedimiento que ella establece.

No puede asimilarse a la condición de juez a un funcionario designado por autoridades de facto aun cuando ocupe un cargo que sea formalmente similar al cargo de un juez designado según los procedimientos constitucionales.

No resulta aplicable, en el caso, ninguna de las normas que podrían ser invocadas por una persona designada juez según lo establecido por el artículo 86, inciso 5 de la Constitución Nacional, en su anterior numeración.

Tampoco existe norma legal alguna –no podría existir– referida a pretendidos derechos adquiridos como consecuencia del ejercicio ilegítimo de funciones de facto.

La doctrina ha superado aquellas concepciones que otorgaban cierta validez y vigencia a los pretendidos actos jurídicos de los gobiernos de facto, para llegar a la conclusión de que los actos de los gobiernos de facto son nulos, de nulidad absoluta y que solo se aplican por el ejercicio de la fuerza del gobierno que los impone.

La doctrina ha superado también aquellas concepciones del Derecho Penal relativas a la impunidad de la revolución triunfante, que no penaba, de acuerdo con las normas del Código Penal, a quienes tenían éxito en la ejecución de un golpe de Estado depoueniendo a las autoridades constitucionales. La doctrina griega fundamentó el procesamiento de los autores del golpe de Estado que instauró en ese país lo que se llamó la dictadura de los coroneles griegos –golpe de Estado triunfante– condenando a sus autores por el delito de traición a la patria. Esta doctrina tuvo su aplicación en el país cuando se procesó por el delito de rebelión a los autores del golpe de Estado del 24 de marzo de 1976.

Alberdi en su Proyecto establecía: “Toda autoridad usurpada es ineficaz; sus actos son nulos” (artículo 27). Aún cuando esta norma no fue incorporada en forma expresa en nuestra Constitución en 1853 sus principios resultan de aplicación frente a toda autoridad usurpada ya que el ejercicio ilegítimo del poder no otorga derechos a los autores del acto de fuerza o a las personas que reciben su nombramiento de autoridades ilegítimas.

Nuestro Derecho Público Provincial ha recogido estos principios doctrinarios estableciendo la nulidad de todo acto de un gobierno de fuerza, la inhabilitación de sus funcionarios, el derecho a resistir las órdenes de un gobierno de facto (artículo 7 de la Constitución de Río Negro, artículo 4 de la Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, artículo 17 de la Constitución de Córdoba). La Constitución de Río Negro establece expresamente que a los fines provisionales no se computará el tiempo de los servicios de un funcionario de facto ni los aportes que por tal concepto hubieren realizado (artículo 7).

Nuestra ley penal sigue la doctrina expuesta desde la sanción de la Ley 23.077 de protección al orden constitucional.

Principios similares son recogidos en la legislación comparada (artículo 20, inciso 4 de la Constitución de la República Federal

Alemana; artículo 136 de la Constitución Mexicana; artículos 138 y 236 de la Constitución del Paraguay; artículo 330 de la Constitución Uruguaya; artículo 250 de la Constitución de Venezuela).

Esta doctrina está consagrada hoy en el artículo 36 de la Constitución que nos rige.

Por aplicación de los principios doctrinarios expuestos corresponde confirmar la sentencia apelada.

7. En razón de lo expuesto resulta innecesario el tratamiento de los agravios del actor referidos a la aplicación de las Acordadas N° 32, 56 y 75 del año 1991.

8. Costas a cargo del apelante (artículo 68 del C.P.C.C.).

Así lo voto.

Justicia transnacional

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL REFORMADA EN 1994 HA OTORGADO jerarquía constitucional a los tratados y declaraciones sobre Derechos Humanos que menciona el artículo 75, inciso 22, que consagran un conjunto de derechos complementarios de los que anteriormente habían sido establecidos por la Constitución y las leyes.

Uno de esos tratados, el Pacto de San José de Costa Rica, reglamenta el funcionamiento de órganos de control que determinan si un Estado cumple o no con los compromisos que ha contraído en el respeto al derecho de las personas.

Desde que Argentina ratificó en 1984 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las resoluciones de la justicia argentina están sujetas al control de los órganos del Sistema Interamericano, que pueden condenar al Estado argentino por la violación de los tratados.

Desde 1994 este sistema tiene jerarquía constitucional. De esta forma un juicio no termina hoy en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En determinados casos, cuando se discute acerca de los derechos de la persona humana (no de las personas jurídicas) y se considera que lo resuelto por los órganos de justicia del Estado han violado los tratados en vigencia, es posible efectuar la denuncia



Publicado en *La Opinión*, Pergamino, 20 de agosto de 1996.

ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que a su vez, después de los procedimientos que le fijan su Estatuto y Reglamento, puede establecer la responsabilidad del Estado y elevar el caso a la Corte Interamericana que es un verdadero organismo jurisdiccional, que puede dictar sentencias condenatorias al Estado que éste se encuentra en la obligación de cumplir.

Para que pueda ser declarada admisible una denuncia efectuada ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos es necesario, entre otros requisitos, haber agotado los recursos de jurisdicción interna, es decir que el caso haya sido resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ese principio tiene excepciones. Por ejemplo, si no se pueden agotar los recursos, por la no vigencia del Estado de Derecho en el país denunciado, o por injustificadas demoras en el trámite del juicio que implican privación de justicia.

Desde 1984 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tratado y resuelto diversos casos relacionados con Argentina. Por ejemplo, declaró que la colegiación obligatoria de abogados no violaba el Pacto de San José de Costa Rica, estableció las condiciones en las cuales procede la libertad de una persona detenida que no tiene sentencia firme y declaró, en ciertos casos, que el Estado había violado el debido proceso en juicios penales al no respetarse las garantías establecidas en el Pacto de San José de Costa Rica.

Mediante el procedimiento de solución amistosa (autorizado por su reglamento), la Comisión acordó con el Estado argentino la indemnización a personas que habían estado detenidas a disposición del Poder Ejecutivo durante la dictadura y la derogación del delito de desacato contemplado en el Código Penal.

La resolución más importante de la Comisión en casos que tuvo a su consideración relacionados con Argentina, fue la condena al Estado argentino por la sanción de las leyes de Obediencia Debi- da y Punto Final, y por los decretos de indulto (octubre de 1992)

como consecuencia de la cual el Estado se vio en la obligación de sancionar diversas leyes, entre ellas la ley que indemniza a los familiares de personas desaparecidas.

La Comisión Interamericana elevó tres casos relacionados con Argentina a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El primero de ellos se refería a medidas provisionales sobre la guarda de niños, a los que el Estado dio cumplimiento, a través de los órganos de justicia, cuando el caso fue presentado a la Corte.

En el segundo se denunció la violación al derecho a la doble instancia que tiene toda persona procesada. Cuando el caso llegó a la Corte Interamericana el Poder Ejecutivo indultó a la persona que había sido condenada, sin que la sentencia fuese revisada por un tribunal superior.

En el tercer caso, referido a personas desaparecidas en Mendoza durante el gobierno constitucional, el Estado reconoció su responsabilidad ante la Corte.

Al darse jerarquía constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos se han establecido derechos y garantías que en algunos casos modifican leyes internas argentinas, que encuentran su adecuada protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que ha obligado al Estado argentino a reparar las consecuencias de esas violaciones.

Seguridad ciudadana o represión ciudadana

1. INSEGURIDAD CIUDADANA

Periódicamente se instala en la sociedad argentina la idea de que se vive en una grave situación de inseguridad y, como solución, se proponen medidas como el aumento de las penas para determinados delitos, las restricciones a la excarcelación o una mayor presencia policial en las calles. Esa idea de inseguridad tiene efectivamente consecuencias sobre la legislación penal y procesal penal y en la estructura de los organismos de seguridad, modificando o impidiendo modificar, según el caso, las normas legales vigentes.

¿Existe realmente esa inseguridad? Es difícil dar una respuesta científica por la carencia de estudios sobre el tema y por las dificultades para medir los delitos que pueden cometerse. La criminología habla de la cifra negra de los delitos que no son denunciados que en estudios que se han hecho en otros países supera a los delitos que registran las estadísticas que llevan los organismos del Estado. Es decir que, de acuerdo a esos estudios, la mayoría de los delitos no son denunciados. También existen diferencias entre las estadísticas que llevan los organismos de seguridad y la justicia.

Muchas veces llegan a la justicia expedientes que han unificado varios delitos que fueron denunciados en forma independiente. Y

**Conferencia pronunciada en la Universidad Nacional de Mar del Plata,
15 de noviembre de 1996.
Reproducida por la Cátedra de Derechos Humanos y Política Criminal,
Ficha N° 2, UNOBA, 2007.**

no toda denuncia que llega a la justicia significa la existencia de un delito, porque puede denunciarse un hecho que aparenta ser un delito pero que finalmente, la resolución del órgano jurisdiccional, dice que ese hecho, que fue denunciado, no constituye delito. También hay épocas en la que la realidad del país permite que se hagan denuncias y otras en las que las denuncias no son efectuadas. Todo ello implica que para poder analizar cuantitativamente la existencia de delitos deba hacerse un estudio sobre la base de muestras que determine el número de delitos que no son denunciados y la proporción de denuncias efectuadas de hechos que la justicia determina que no constituyen delito.

En las condiciones actuales se pueden hacer solo aproximaciones, sobre la base de los datos parciales, sobre el agravamiento o no de la situación de inseguridad.

Tomando las estadísticas de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se pueden hacer las siguientes observaciones¹:

a) Las causas iniciadas en los juzgados en lo Penal de la Provincia de Buenos Aires tomando como punto de partida el año 1973 disminuyen hasta 1980. En 1973 se iniciaron 114.745 causas penales, y en 1980, 98.441. Es decir, en la etapa de mayor inseguridad de la historia argentina se registra una disminución de las causas penales en trámite.

b) A partir de 1981, en coincidencia con los cambios políticos del país que posibilitan a la población efectuar un mayor número de denuncias, se produce un aumento ininterrumpido del número de

1. Poder Judicial Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Procuración General Departamento de Estadística. Los datos están tomados de las estadísticas que se dan a conocer cada año.

causas penales que llega hasta 1989, año en el que se registran 238.502 denuncias efectuadas en la provincia de Buenos Aires.

c) Se registra en 1990 y 1991 una ligera disminución de las causas penales con 238.502 y 226.000 expedientes respectivamente.

d) Existe un ligero aumento de causas penales en 1992 que se incrementan progresivamente desde 1993 hasta la actualidad.

e) Si se discriminaran los delitos que se denuncian y se efectúa la comparación correspondiente a los años 1993, 1994 y 1995 se observa que mientras en la mayor parte de los delitos que se denuncian no hay alteraciones significativas (por ejemplo, homicidios, homicidios culposos, lesiones, delitos contra la administración pública), hay un notorio incremento en los delitos de hurto, robo y atentado a la salud pública, según los siguientes datos:

Delito	1993	1994	1995
Hurto	42.792	46.539	51.204
Robo	64.065	67.740	79.862
Atentado a la salud pública	1	10	189

En determinados años, como 1985, 1993 y 1996 se instaló en la sociedad la idea de inseguridad. En 1985 se registró un aumento del 14,2% de causas penales con respecto al año anterior. Fue un porcentaje menor al registrado en 1981 del 25,4% y también al registrado en 1984, del 21,3%. En 1993 se registró un aumento del 8,9%, inferior al correspondiente a los años 1988 y 1989 del 14,8% y 13,3%. Es decir que la idea de inseguridad que vive la sociedad no se corresponde totalmente con el incremento de las causas penales en la provincia de Buenos Aires y responden a la existencia de hechos de mucha repercusión en la opinión pública o a la reiteración de determinados hechos en los mismos lugares o zonas.

2. La ideología de la seguridad ciudadana

Las políticas neoliberales predominantes han creado una sociedad que excluye a importantes sectores de la población del sistema productivo (y, en consecuencia, de la plena participación política).

Ese sobrante de la población es un fenómeno diferente al que se producía en las economías capitalistas clásicas, cuyos desocupados formaban el ejército de reserva cuya función era comprimir el salario de quienes trabajaban. Ese ejército de reserva formaba parte del sistema, era funcional al capitalismo. La población actual socialmente excluida no tiene acceso, o solo tiene limitado acceso al trabajo, a la educación, a la salud, y cumple también la función de contener el salario de quienes trabajan contribuyendo a desarticular las formas de organización y solidaridad que pudieren enfrentar a las políticas neoliberales.

Pero básicamente, aún cuando cumplen esa función destructora favorable al sistema político dominante, constituyen algo que está demás, que de alguna forma debería ser eliminado, de acuerdo a la visión del neoliberalismo creador de esa exclusión social.

Las economías capitalistas clásicas producen y reproducen la fuerza de trabajo con salarios directos e indirectos que reconstruían la fuerza de trabajo activa, mantenían la inactividad del trabajador y promovían el reemplazo generacional.

Las nuevas tecnologías de trabajo que limitan la participación de la fuerza de trabajo en la actividad productiva crean, en la sociedad actual, una desproporción entre el salario directo que se paga al trabajador y el salario indirecto que significaría el mantenimiento de la inactividad (desocupación, jubilados) y el reemplazo generacional. En consecuencia, además de disminuir el salario directo se restringe el salario indirecto creando nuevos pobres (los jubilados) y excluyendo de la sociedad a ese sobrante de la población no absorbido por el sistema productivo.

Los Estados europeos han desarrollado políticas sociales como

el seguro al desempleo que no margina al desocupado de la sociedad. Ello implica una activa política por parte del Estado que a través de sistemas impositivos les permite mantener un salario indirecto que atenúa las consecuencias sociales de la desocupación y el subempleo. Otras sociedades, que tradicionalmente no habían absorbido a la totalidad de la población en las formas modernas de producción, permiten economías de autosubsistencia que coexisten con esas formas de producción más avanzadas. No se produce, en esos casos, la exclusión social que caracteriza a las sociedades que marginan a importantes sectores de la población.

En sociedades como la argentina, que tradicionalmente logró integrar a la población en modernas formas de producción con un alto porcentaje de participación de los asalariados en la distribución de la renta, la exclusión social que produce la marginación de importantes sectores de la sociedad produce una alteración de valores y finalmente una situación de anomia que es uno de los elementos que explica la violencia que vive nuestra sociedad.

La sociedad argentina sufrió un creciente proceso de empobrecimiento (redistribución de ingresos) que culminó con la marginación de importantes sectores sociales.

En 1974, según estudios hechos sobre datos oficiales, el 30% de la población del Conurbano Bonaerense se encontraba con necesidades básicas insatisfechas, principalmente vivienda, por lo que eran considerados pobres. De ese porcentaje, la población "pobre por ingresos" no llegaba al 10%. Ya en 1980 la población "pobre por ingresos" en el Conurbano Bonaerense se aproxima al 40%. El conjunto de la población sufrió una disminución de los ingresos del 34% entre 1974 y 1989. Esa tendencia se acentuó con posterioridad².

2. El país de los excluidos. Investigación efectuada por el centro de investigadores sobre pobreza en los años 1991 y 1992.

Al empobrecimiento de la población se le suma, en los últimos años, el crecimiento desproporcionado, en comparación con otros países, de la desocupación y la subocupación, que, según las últimas cifras oficiales llega al 17% y 12,7%, respectivamente, en el total del país y al 20,4% y 13,7% en el Conurbano Bonaerense³. De manera que puede observarse que existe una correlación en el largo plazo entre el aumento del número de delitos, el crecimiento de la pobreza y la desocupación, que supera el aumento que podría esperarse debido al crecimiento demográfico.

La marginalidad social produce esa falta de valores que tiene como consecuencia la desintegración familiar, el consumo de drogas y alcohol y en consecuencia el aumento del índice de violencia en la sociedad.

La respuesta a esa violencia crea la ideología de la seguridad ciudadana que reproduce y agrava la situación de violencia que vive la sociedad. Al margen de las investigaciones de la criminología, del Derecho Constitucional, del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal se impulsan políticas legislativas que proponen el aumento de penas, límites mayores a la excarcelación, la creación de más cárceles y la mayor represión en las calles. Se llega a promover la reimplantación de la pena de muerte, incompatible con las normas constitucionales vigentes (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional).

En el fondo de la ideología de la seguridad ciudadana se encuentra la idea no explicitada pero parcialmente aplicada de que si existe una porción de la población que sobra, esa parte de la población debe ser eliminada. Cuando nos encontramos en presencia de lo que la doctrina internacional llama ejecuciones sumarias y extrajudiciales (homicidios) o escuadrones de la muerte, se

3. Datos del INDEC, Encuesta Permanente de Hogares.

elimina por la violencia al marginal, de acuerdo con la ideología de la seguridad ciudadana.

La ideología de la seguridad ciudadana no es otra cosa que una versión moderna, sin la debida elaboración doctrinaria, de los conceptos elaborados por Sarmiento sobre civilización o barbarie, que propugnaban el exterminio de los grupos de población no adaptados a la sociedad dominante, o de las ideas de Alberdi expresadas en las Bases que proponía el reemplazo de la población criolla por población de origen anglosajón. Es también una versión actualizada de la ideología de la seguridad nacional que promovía y ejecutó el exterminio del disidente político⁴.

Es decir que frente al fenómeno de la marginalidad, producto de las políticas neoliberales profundamente transformadoras de la realidad (por ello la inconveniencia de llamarlas neoconservadoras), en vez de proponerse políticas que eliminen las causas de la violencia que vive la sociedad, se elaboran políticas que establecen nuevas medidas represivas, que reproducen la violencia, que no solucionan los problemas de seguridad, en el fondo de los cuales se encuentra la idea imposible de eliminar por la violencia a los marginados de la sociedad.

3. Violencia estatal

A través del sistema penal el Estado ejerce un control social selectivo que afecta a importantes sectores de la población. Frente a la población empobrecida o marginada, o a sectores que de distintas maneras están en conflicto con el sistema social dominante, el control social tiene como objetivo el mantenimiento del sistema establecido disuadiendo o reprimiendo todo intento que pudiera

4. Sarmiento, Domingo Faustino, *Facundo*. Buenos Aires Jakson, 1944 y Alberdi, Juan Bautista, *Bases y Punto de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Buenos Aires, Jakson 1944.

llevar a su modificación. Aparece entonces la violencia del Estado que se manifiesta de diversas maneras. Entre ellas, señalamos:

- a) Ejecuciones sumarias y extrajudiciales (homicidios)
- b) Torturas
- c) Detención por averiguación de antecedentes
- d) Aplicación del Código de Faltas

- a) Ejecuciones sumarias y extrajudiciales (homicidios)

El Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina, en algunos casos con Americas Watch, ha efectuado estudios sistemáticos sobre las muertes por violencia policial en Argentina⁵.

En esos estudios se observa la desproporción que existe entre presuntos delincuentes que resultan muertos en enfrentamientos, en relación con policías heridos o muertos.

En 1994, según datos de la Jefatura de la Policía Bonaerense, se registraron 160 civiles muertos y 131 heridos en enfrentamientos con personal policial, mientras que se registraron 18 policías muertos y 122 heridos.

Se observa una evidente desproporción entre muertos de un lado y del otro, siendo abrumadoramente mayor el número de policías heridos con relación a los policías muertos, lógica ésta propia de todo enfrentamiento armado. En cambio, el número de civiles muertos es mayor que el de heridos.

Entre julio de 1985 y diciembre de 1989, en Capital Federal y el Gran Buenos Aires, se registraron 705 civiles muertos y 200 heridos, y 72 policías muertos y 152 heridos. Entre enero de 1991 y

5. Pueden consultarse los siguientes trabajos: "Muerte por violencia policial en la Argentina", publicación del núcleo de Estudios da Violencia, Universidade de Sao Paulo; "Informe sobre violencia policial", Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1992; y "Police Violence in Argentina", Americas Watch y Centro de Estudios Legales y Sociales, New York, 1991.

junio de 1992, en Capital Federal y el Gran Buenos Aires, se registraron 126 civiles muertos y 52 heridos, y 22 policías muertos y 39 heridos.

La desproporción entre civiles muertos y policías es mayor en la Policía Bonaerense con relación a la Policía Federal. En 1991 y el primer semestre de 1992 la proporción fue de 15 civiles muertos por cada policía bonaerense, y de 9 civiles muertos por cada policía federal.

El análisis de estos datos demuestra que parte de estos enfrentamientos no son tales, son homicidios de personas que en muchos casos se demostró que se encontraban desarmadas.

b) Torturas

Desde 1930 se aplica en forma sistemática la tortura en la Argentina, por razones políticas y por delitos comunes. En la década del 30 comenzó también la aplicación sistemática de la picana eléctrica que llegó hasta los años 80. Las investigaciones de los médicos legistas que permiten determinar si el cuerpo humano ha estado sometido al paso de corriente eléctrica y el restablecimiento del sistema democrático en 1983 con nuevas normas procesales, permitieron eliminar la utilización sistemática de la picana eléctrica. Se continúa aplicando, para cierto tipo de delitos, para determinados sectores de la sociedad, el submarino seco.

Según datos de la Procuración de la Suprema Corte, en la Provincia de Buenos Aires se efectuaron las siguientes denuncias por apremios ilegales⁶:

	1993	1994	1995
Denuncias por apremios ilegales	643	565	488

⁶ Datos de la Procuración de la Corte citados.

En muchos casos los apremios ilegales o las torturas no son denunciados por las víctimas, sobre todo en casos en que la persona detenida no debe comparecer posteriormente ante el juez como cuando se lo detiene por averiguación de antecedentes o por aplicación del Código de Faltas.

c) Detención por averiguación de antecedentes

Las leyes orgánicas de las policías autorizan a estas a detener personas “por averiguación de antecedentes”. El artículo 18 de la Constitución Nacional establece que nadie puede ser detenido sin orden escrita de autoridad competente. En un Estado de Derecho la autoridad competente para detener personas no puede ser otra que un juez. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, con más precisión dice que nadie puede ser detenido “sin orden escrita de juez competente” (artículo 16).

A pesar de esas normas constitucionales existe la inconstitucional autorización que otorgan las leyes de la autoridad policial para detener personas “por averiguación de antecedentes”. La Ley 23.954 que modificó el artículo 5° de la Ley Orgánica de la Policía Federal establece: “Fuera de los casos establecidos en el Código de Procedimientos en Materia Penal, no podrá detenerse a personas sin orden de juez competente. Sin embargo, si existieren circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiere cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiere, con noticia al juez con competencia correccional de turno y demorado por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas. Se le permitirá comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación. Las personas demoradas para su identificación no podrán ser alojadas junto ni en los

lugares destinados a los detenidos por delitos o contravenciones”. El artículo 13 de la Ley Orgánica de la Policía Bonaerense establece: “Sin perjuicio de las restantes atribuciones que por esta ley y su reglamentación se otorgan a la Policía de la Provincia para el ejercicio de su misión, podrá proceder a la detención de toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida, en circunstancias que lo justifiquen o cuando se niegue a identificarse. Esta detención no podrá prolongarse más tiempo que el indispensable para aquellos fines, sin exceder el plazo de veinticuatro (24) horas”.

En el Derecho Público Provincial solo la Constitución de la Provincia de La Rioja prohíbe la detención por averiguación de antecedentes⁷.

Los Códigos procesales dejan a salvo la posibilidad de detener personas, sin orden judicial, en los casos de flagrancia.

La práctica habitual de detener personas por averiguación de antecedentes constituye una de las manifestaciones más arbitrarias del ejercicio del control social selectivo contra importantes sectores de la población, en contra de lo que establecen las normas constitucionales.

d) Aplicación del Código de Faltas

La provincia de Buenos Aires, como otras provincias del país, ejerce su propia competencia legislativa para sancionar las faltas que se cometen en el ámbito provincial. La ciudad de Buenos Aires cuenta con los edictos policiales cuya vigencia ha sido limitada

7. Propuse en la Convención Nacional Constituyente de 1994 que se prohibiese, en el texto constitucional, la detención de personas por “averiguación de antecedentes”, propuesta que no fue aceptada por la Convención. Véase Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, p. 4.125 y 4.265.

por la Convención Constituyente de la ciudad, los que deberán ser reemplazados por el Código de Faltas que debe sancionar la futura legislatura.

La aplicación arbitraria que las policías hacen del Código de Faltas, constituye una de las formas del control social selectivo que se ejerce sobre sectores de la población.

Se ha discutido sobre las facultades que tienen las provincias para dictar los Códigos de Faltas. Como la falta no tiene una naturaleza jurídica distinta a la de un delito, se ha sostenido que sería facultad de la Nación sancionar las faltas, de acuerdo con la delegación que han hecho las provincias para que el Congreso de la Nación sancione el Código Penal.

En la provincia de Buenos Aires, el juez de Faltas es el jefe de Policía, quien puede delegar en otros funcionarios el ejercicio de su función. Ello es notoriamente inconstitucional porque permite al poder administrador, del que depende el jefe de Policía, el ejercicio de funciones judiciales en contra de expresas normas constitucionales y del principio de división de poderes. La provincia de Buenos Aires intenta resolver este problema con la sanción de la Ley 10.571 que establece que la jurisdicción en materia de faltas será ejercida por los jueces de paz letrados y por los jueces en lo criminal y correccional en los lugares en que no existen jueces de paz. Para que entre en vigencia la norma se estableció que la competencia de los Juzgados de Paz letrados y Juzgados de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional debía asumirse en forma simultánea en toda la Provincia y como aún no funcionan la totalidad de los Juzgados de Paz, la Suprema Corte de la Provincia interpretó que pese a estar vencidos los plazos, la norma no era todavía aplicable⁸.

8. Oficio enviado por el Secretario General de la Corte a la Cámara III de Apelaciones de La Plata, del 30 de julio de 1993.

La Cámara de Apelaciones de La Plata, resolvió que las nuevas competencias establecidas por ley son ya de aplicación, por lo que en el Departamento Judicial de La Plata son jueces quienes juzgan en materia de faltas.

El Código de Faltas de la provincia de Buenos Aires es también inconstitucional, por violar el derecho de defensa en juicio, por cuanto el acta de constatación de la falta constituye plena prueba (artículo 134 del Código de Faltas).

El Código de Faltas está impregnado de la anacrónica teoría de la peligrosidad. Por ejemplo, los artículos 55 y 56 que sancionan la tenencia de “llave alterada” o “contrahecha”. También la existencia de tipos legales abiertos permite una aplicación arbitraria del Código. Si tomamos en cuenta que el artículo 67 pena a quien no tiene ocupación conocida, se comprende el uso discrecional que puede dársele al Código de Faltas por parte de la autoridad policial.

4. Ilegitimidad del sistema penal

El sistema penal tiene como objetivo teórico reprimir delitos y faltas con la supuesta finalidad de disuadir la comisión de nuevos hechos de esa naturaleza y resocializar al delincuente. La resocialización del delincuente en nuestro sistema penal es un mito. Las penas, según se ha verificado en los estudios efectuados, no disuade, en la mayoría de los casos, de la infracción penal o contravencional. La criminología crítica observa acertadamente la ilegitimidad del sistema penal, pero en su crítica al poder del Estado justifica el abandono por parte del Estado de funciones que le son propias, dejando abierta la posibilidad de privatización de funciones propias del sistema penal. Aparecen así formas de mediación, de compensación, las agencias privadas de seguridad o la privatización de servicios carcelarios. La forma extrema de esta criminología crítica es el abolicionismo penal.

Las penas privativas de la libertad no resocializan al delincuente, al contrario, las cárceles, como los institutos de menores, son uno de los mayores factores criminógenos. El aumento de la escala penal propuesto por la ideología de la seguridad ciudadana puede tener como consecuencia un mayor número de personas privadas de su libertad que el sistema carcelario no puede absorber, pero no la disminución del número de delitos. La provincia de Buenos Aires ya restringió en 1990 los casos de excarcelación, sin ningún resultado en cuanto a la disminución de los delitos (Ley 10.933, sancionada el 28/06/90, B.O. 8/08/90). También se propone el aumento del número de integrantes de las fuerzas de seguridad con mejores medios para hacer frente al delito. En 1993 en plena campaña en favor de la seguridad ciudadana se creó en la Provincia de Buenos Aires la Patrulla Bonaerense, con 2.500 nuevos vehículos, con la decisión de sacar “la policía a la calle” y los resultados fueron mayor violencia y un mayor número de delitos denunciados.

La ideología de la seguridad ciudadana predomina como respuesta a las situaciones de inseguridad, no enfrenta las causas del delito, sino sus efectos, no soluciona los problemas que tiene planteados, sino que reproduce la violencia que se vive en la sociedad. Ni la justicia penal, ni la policía con su actual composición y organización, ni los sistemas carcelarios pueden dar respuesta a situaciones de inseguridad.

5. Conclusiones

La situación de inseguridad solo puede superarse con nuevas normas, que no son jurídicas, que permitan superar la pérdida de valores que viven importantes sectores de la sociedad. Toda población marginada puede llegar a romper los lazos de solidaridad de importantes sectores sociales. Los niveles de corrupción existentes en los más altos sectores de poder contribuyen a esa pér-

dida de valores. Ello significa que la seguridad está directamente relacionada con la estructura de poder y con la política económica y que es esa estructura política y las políticas económicas las que deben ser modificadas.

Como complemento deben establecerse penas sustitutivas a la de privación de libertad como la reparación del daño, la multa o el trabajo en tareas comunitarias. Debe suprimirse en todo el país la detención por averiguación de antecedentes y modificarse los Códigos de Faltas de forma tal que se respeten las garantías constitucionales.

En la provincia de Buenos Aires se debe adoptar el sistema de juicio oral, adecuando al Poder Judicial a las nuevas normas procesales y debe procederse a la reestructuración de la Policía Bonaerense y del sistema carcelario.

Pena de muerte

LA PENA DE MUERTE NO PUEDE SER RESTABLECIDA EN EL DERECHO Penal argentino porque el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica, que desde la Reforma de 1994 tiene jerarquía constitucional, impide ampliar el ámbito de aplicación de la pena de muerte a delitos no contemplados con esa pena en el momento de su ratificación. De acuerdo con esas normas, únicamente puede aplicarse la pena de muerte en el sistema jurídico argentino en los supuestos expresamente contemplados en el Código de Justicia Militar vigente para el personal de las Fuerzas Armadas. No existe otra posibilidad legal de aplicar la pena de muerte.

Para que legalmente pudiera restablecerse esta pena sería necesario que el Estado argentino denuncie el Pacto de San José de Costa Rica mediante el procedimiento contemplado en el mismo Pacto que por exigencia constitucional debe estar precedido por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Congreso, que es imposible de lograr y que llevaría al absurdo de que Argentina saliese del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Además, sería necesaria una reforma constitucional, cuya necesidad debería ser votada también por los dos tercios del Congreso, para eliminar de la Constitución la jerarquía que hoy tienen los tratados sobre Derechos Humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22.

Por eso, cuando desde los más altos cargos del Estado se habla del restablecimiento de la pena de muerte, lo que efectivamente se



Publicado en *Viceversa*, Pergamino, 21 de noviembre de 1997.

hace es fortalecer la ideología de la seguridad ciudadana que implica el ejercicio de mayor poder represivo por parte de las fuerzas de seguridad en contra de los derechos individuales de los habitantes del país. Se contribuye, con esa ideología, al fortalecimiento de los niveles irracionales de violencia que se vive en Argentina, porque el sólo planteo de la pena de muerte implica desvalorizar el derecho a la vida consagrado por las normas legales y por la cultura de la sociedad en que vivimos.

Los estudios de criminología han llegado a la conclusión, desde hace varias décadas, que la pena no es un disuasivo del delito, que obedece a otras causas. No existe ninguna relación entre los delitos que se cometen en un país y el aumento de las penas o mayores límites a la excarcelación, como pretende la ideología de la seguridad ciudadana. El planteo de la pena de muerte lo único que hace, entonces, es contribuir a reproducir los niveles de violencia de nuestra sociedad, agravando sus problemas de seguridad.

Presunción de inocencia y excarcelación

EL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ESTABLECE, a contrario sensu, la presunción de inocencia de toda persona sometida a proceso. No se puede imponer una pena sin previa declaración de culpabilidad fundada en ley anterior al hecho del proceso. Las declaraciones y pactos internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional) consagran expresamente esa presunción de inocencia (artículo 25 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 14, inciso 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

¿Cómo se compatibiliza esa presunción de inocencia con la detención de una persona durante el proceso? Si observamos las normas contenidas en las Declaraciones y Pactos sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional vemos que admiten la detención de una persona durante el proceso, aunque éste debe ser resuelto en un tiempo razonable o la persona debe recuperar la libertad. El carácter restrictivo de la detención durante el proceso está expresamente establecido por el artículo 9, inciso 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que dice: "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que

aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

También, las Declaraciones y Pactos sobre Derechos Humanos consagran el derecho a la libertad personal.

Nuestro viejo texto constitucional admite la detención de una persona según se desprende del artículo 69 que se refiere al arresto de un legislador en el caso de ser sorprendido in fraganti en la comisión de un delito grave. Si un legislador puede ser arrestado en esas circunstancias también puede ser detenida otra persona en las mismas circunstancias.

La detención de una persona, en los hechos, significa la imposición de una pena, en contra de las expresas disposiciones constitucionales.

Cuando el Preámbulo de la Constitución consagra el objetivo de “afianzar la justicia” admite la detención de una persona con el objetivo de conservar la prueba, someter a la persona al proceso y eventualmente al cumplimiento de la pena que se fije en el proceso que se le sigue. Se protege así el efectivo descubrimiento de la verdad y la realización del proceso. Cuando los Códigos Procesales establecen que no corresponde la excarcelación cuando existe una imputación por un delito o por varios delitos que superen una determinada escala penal no se afectan las garantías constitucionales ya que la gravedad de la imputación puede poner en peligro los fines del proceso como consecuencia de la actitud que puede asumir el imputado ante el riesgo de una sentencia condenatoria. Pero ello no ocurre cuando las leyes procesales impiden la excarcelación cuando existe la imputación de un delito determinado, con independencia de la pena que pudiese corresponder. Tales supuestos han sido criticados por la doctrina y, en muchos casos, las normas que impedían la excarcelación fueron declaradas inconstitucionales.

Un caso especial lo constituye la restricción a la excarcelación

cuando la persona a la que se imputa un delito ya se encuentra excarcelada en una causa anterior por la imputación de otro delito. Cuando se proponen este tipo de normas se lo hace con el propósito de evitar que continúe una conducta delictiva creándose así, a través de una norma procesal, criterios sobre peligrosidad propios de la legislación de fondo y no de los Códigos de Procedimientos. Tal norma sería inconstitucional porque afecta la presunción de inocencia y las atribuciones del Congreso Nacional para dictar la legislación de fondo, entre ellas el Código Penal (artículo 75, inciso 12 de la Constitución). Pero no existirían objeciones constitucionales si las normas procesales consideraran la nueva imputación dentro del régimen del concurso de delitos para analizar la procedencia o no de la excarcelación. Una persona que se encuentra excarcelada y a la que se le imputa un nuevo delito podría no ser excarcelada si en razón de las normas del concurso las imputaciones superan la pena máxima que autoriza la excarcelación.

Razones de política criminal aconsejan no denegar la excarcelación en los casos en que pudiese corresponder pena de ejecución condicional. Así lo admiten la generalidad de los Códigos Procesales. Por eso, una norma adecuada a los principios constitucionales y a la política criminal es la que establece artículo 300 del Código de Procedimientos de Salta que establece: “El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento cuando al delito o al concurso de delitos que se le atribuya corresponda pena privativa de libertad y además se estime que no procederá condena de ejecución condicional. Si no concurrieren estas dos condiciones, lo dejará en libertad provisoria”.

La prisión preventiva o detención o arresto tiene, entonces, como finalidad asegurar el cumplimiento de los objetivos del proceso. Si se impone en forma encubierta una pena o una medida de seguridad se contradicen las normas constitucionales que garantizan la libertad individual y la presunción de inocencia.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

A PARTIR DE 1983, CUANDO SE RESTABLECIÓ EL SISTEMA constitucional en nuestro país, se aprobaron y ratificaron un conjunto de Convenios sobre Derechos Humanos que tienen una incidencia directa en la substanciación de los juicios por violaciones a los derechos humanos. Pero la incidencia la tiene ahora, no la tuvo en el momento de la ratificación de esos tratados.

Al ratificarse, por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se hicieron expresas reservas y declaraciones interpretativas con la finalidad explícita de que estos tratados no fueran aplicados a los juicios que en esos momentos se estaban desarrollando o iniciando en el país. Si se observan las sentencias de la causa 13 –la causa a los comandantes en jefe de la dictadura–, o la causa Camps, se verá que no hay referencias a los tratados de Derechos Humanos salvo en la causa Camps, en donde el fallo de la Corte aplica la Ley de Obediencia Debida –que considera constitucional–, y hace mención a la Convención contra la tortura pero a través del artículo 27 de la Convención de Viena sobre tratados, en relación con el cual el Estado

Transcripción de la exposición efectuada en el Tercer Coloquio Interdisciplinario “Las Violaciones a los Derechos Humanos frente a los derechos a la verdad e identidad”. Organizado por Abuelas de Plaza de Mayo y la Procuración General de la Nación, Buenos Aires, 17 y 18 de octubre de 2005.
Publicado en *Violaciones a los Derechos Humanos frente a los derechos a la Verdad e Identidad*, Buenos Aires, Abuelas de Plaza de Mayo, 2005.

no podía desentenderse de esos principios aún cuando la Convención no estuviese vigente en el orden internacional.

En los viejos juicios por violaciones a los derechos humanos de hace veinte años se contaba con el Código Penal y con la Constitución, pero no con los tratados de Derechos Humanos, aún cuando el Estado ya los había ratificado, al menos a parte de ellos. Sería muy interesante hacer un análisis ideológico de las sentencias que dictaron la Corte y las Cámaras, puesto que están impregnadas por la Doctrina de la Seguridad Nacional y las doctrinas contrainsurgentes. Lo más elemental: no advierten el alto desarrollo de las doctrinas contrainsurgentes y su influencia sobre el conjunto de la sociedad y hacen que se la tome como algo normal. Pero cuando se habla de “subversión” se está utilizando un concepto propio de la Doctrina de la Seguridad Nacional. Las sentencias llaman “fuerzas legales” a aquellas que habían usurpado el poder político. Llamam “fuerzas legales”, por ejemplo, a las que operaban en 1970 –“las fuerzas legales frente a la subversión”– porque las sentencias se remiten a los antecedentes de lo que se debió juzgar en el juicio a los comandantes y en el juicio Camps. Hablan de “delincuentes subversivos”, de “terrorismo subversivo” y, aún más, en la causa Camps hay una frase que resume toda esta presencia de la Doctrina de la Seguridad Nacional: “Como se ha puesto de manifiesto reiteradamente en el proceso seguido al teniente general Videla y otros, lo que se juzga no son los fines sino el método empleado”.

Nuestro país, con la sanción de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y posteriormente con los decretos de indultos, tomó la misma posición que habían tomado otros Estados en la transición a la democracia: consagró la impunidad. Con la diferencia de que en Argentina ese proceso de impunidad llevó siete años hasta la sanción de los indultos, mientras que en otros países la posición se tomó al inicio de las transiciones. Y si hubiésemos pretendido en todos estos años, antes de 1992, la aplicación de los Tratados

Internacionales sobre Derechos Humanos –los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos– a los juicios que se habían sustanciado hasta ese momento, hubiera ocurrido lo que se ha señalado: nos hubieran dicho “las leyes han modificado a los tratados”, por la prelación que se mantenía antes del fallo ‘Ekmejdjian c/ Sofovich’ de 1992 con relación a ley y a los tratados. La ley posterior derogaba los principios de los tratados.

Cuando se consagra la impunidad en nuestro país, en particular cuando se sancionó la Ley de Obediencia Debida y la Corte la consideró constitucional, mientras la causa Camps se encontraba en trámite en la propia Corte por los recursos extraordinarios que se habían interpuesto, efectuamos las primeras denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dos casos fueron presentados en forma simultánea en esa época: el caso Consuelo Herrera, que es la que le da nombre a la resolución final que tomó la Comisión, y el caso Isabella Valenzi. En los dos se denunció la violación al Pacto de San José de Costa Rica y otros instrumentos internacionales.

Como consecuencia de esas denuncias, la Comisión Interamericana publicó en 1992 el informe 28/92 que condenaba la impunidad en nuestro país, y el informe siguiente, 29/92, que también condenaba la impunidad en Uruguay. El informe sobre Argentina decía:

“1°) Concluye que las Leyes N° 23.492 y N° 23.521 y el decreto número 1002/89, son incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“2°) Recomienda que el gobierno de Argentina otorgue a los peticionarios una justa compensación por las violaciones a que se refiere el párrafo precedente.

“3°) Recomienda al gobierno argentino la adopción de las medidas

necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurrida durante la pasada dictadura militar.

“4°) Disponer la publicación del presente informe.”

Mientras desde el punto de vista del derecho interno argentino estaba establecida la impunidad y la aparente imposibilidad de revisar esa impunidad (porque cuando la Corte Suprema dicta el fallo “Ekdmekdjian contra Sofovich” que da otra interpretación, la impunidad ya estaba establecida) aparece, pocos meses después, en octubre, esta resolución del Sistema Interamericano que obliga al Estado a revisar sus decisiones.

Aquí hay un largo camino en el que el Estado trata de desviar el cumplimiento de los tratados internacionales y, en definitiva, discutir qué significan estos tratados, qué implicancias tienen. Su cumplimiento significa juzgar a los responsables por las violaciones a los derechos humanos. Se trata de un largo proceso que ha culminado favorablemente con la sanción de la ley de nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y la consideración por parte de los órganos de justicia de la constitucionalidad de esta ley y con las decisiones que se han tomado al reabrirse los procesos por violaciones a los derechos humanos.

En aquel momento, desde el punto de vista del derecho interno, estaba consagrada la impunidad y las decisiones que se fueron adoptando; por ejemplo, en lo que respecta al derecho de réplica o al principio de libertad de expresión, como fue el fallo “Ekdmekdjian con Sofovich” u otros que vinieron posteriormente, no tuvieron incidencia real en los temas de derechos humanos porque estaba consagrada la impunidad. Entonces ha sido la aplicación de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos lo que permitió revertir la impunidad.

Otro hecho fundamental fue la decisión de Convención Constitu-

yente de 1994 que dio jerarquía constitucional a los once instrumentos de Derechos Humanos que menciona y también posibilita la incorporación de otros tratados, con jerarquía constitucional, mediante el procedimiento que establece. Esto es lo que ha ocurrido con dos tratados fundamentales para revertir la impunidad como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Delitos de Lesa Humanidad. Normas que han sido aplicadas en los juicios que están en trámite en nuestro país.

El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional tiene dos principios. La primera cláusula, dice que “en las condiciones de su vigencia”, los tratados tienen jerarquía constitucional. ¿Qué interpretó la Corte? Algo que, posteriormente, en los juicios por violaciones a los derechos humanos tiene una incidencia notable: el acatamiento de la jurisprudencia internacional tal como la aplican los órganos de derechos humanos en el ámbito internacional. Y la otra cláusula, aquella que la doctrina señala como juicio de comprobación, “no deroga artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”. En ese sentido, toda la documentación correspondiente a la época de la sanción de esta cláusula, la incorporación de esta cláusula en el debate de la Convención Constituyente en el propio recinto, sin que tuviera dictámenes previos de ninguna comisión, indican que fue incorporado para satisfacer las presiones de los propietarios de medios de comunicación para impedir (con este principio no se deroga la primera parte de la Constitución) la aplicación del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta que establece el Pacto de San José de Costa Rica. Estos principios y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos nos dieron fallos como “Arancibia Clavel” y “Simón” entre otros, que revierten la impunidad en Argentina.

Previamente, en el fallo “Massera” de 1999 –cuando se investigaba el plan sistemático de desaparición de niños, que se sigue investigando–, a pesar de que no se necesitaba recurrir a la imprescriptibi-

lidad porque por aplicación de la Convención Interamericana sobre Desaparición de Personas el delito se seguía cometiendo, tanto por principios del Derecho Penal como por principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Cámara Federal estableció que estos delitos, además de estar cometándose en ese momento, eran delitos de lesa humanidad y, en consecuencia, imprescriptibles.

Así, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha definido, a través de los tratados y a través de la jurisprudencia, el concepto de delito de lesa humanidad y, por consiguiente, su imprescriptibilidad.

Quiero destacar los aportes de Abuelas de Plaza de Mayo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los voy a enumerar:

1°) La incorporación en la Convención sobre Derechos del Niño del derecho a la identidad, artículos 7 y 8 de la Convención.

2°) La denuncia contra la impunidad que dio lugar al informe 28/92 que permitió en su desarrollo revertir la impunidad, el ejercicio del derecho de la verdad y llevarnos a la situación en que nos encontramos en la actualidad.

3°) El primer caso argentino que llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue un caso planteado por Abuelas de Plaza de Mayo relacionado con la guarda de niños, que era el caso Tolsa-Reggiardo.

4°) En la denuncia por plan sistemático de desaparición de niños efectuada por Abuelas de Plaza de Mayo se estableció el carácter de delitos de lesa humanidad de los hechos denunciados que eran, por lo tanto, imprescriptibles.

5°) Abuelas, basándose entre otras cosas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, planteó, también, la inconstitucionalidad de los indultos. Fue el primer planteo que se hizo por parte de un organismo de derechos humanos, que fue resuelto en forma favorable por el juez en su momento, y por las Cámaras con posterioridad.

Delitos de lesa humanidad

CON MOTIVO DE INCIDENTES DE PRESCRIPCIÓN Y NULIDAD promovidos por las defensas en la causa en la que se investiga el plan o práctica sistemática de desaparición de niños¹, la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal resolvió, al rechazar lo peticionado en los incidentes, que los hechos que se investigaban constituían crímenes contra la humanidad y, por lo tanto, eran imprescriptibles. Fue esa la primera vez que una Cámara definía de esa forma lo que comúnmente se llama violaciones a los derechos humanos².

La resolución pudo basarse exclusivamente en el carácter permanente de los delitos y en la aplicación de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas³ cuyo artículo 3º establece que el delito de desaparición forzada de per-

1. Causa N° 10.326/96 en trámite ante el Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, Secretaría N° 13.

2. Con anterioridad, el titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de San Isidro, consideró crímenes contra la humanidad la desaparición de niños. Ver la resolución de julio de 1998 en *Los niños desaparecidos y la Justicia*, Buenos Aires, Abuelas de Plaza de Mayo, 2001, p.94.

3. Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, aprobada por Ley 24.556, (B.O. 18/10/95). Se le otorgó jerarquía constitucional por Ley 24.820, (B.O. 29/5/97).

sonas será considerado permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Los niños desaparecidos, cuya identidad fue suprimida, son víctimas del delito de desaparición forzada de personas contemplado en la Convención y en consecuencia es posible la investigación del delito hasta el momento en que se reestablezca su identidad. A los efectos de la investigación no era necesario, entonces, calificar a los hechos como lo hizo en ese momento la Sala I, de la Cámara Federal, como crímenes contra la humanidad y derivar de allí la imprescriptibilidad. Por otra parte, el artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece la imprescriptibilidad de la acción y la pena que correspondan a estos delitos. En todo caso la discusión, en esos términos, podría haber estado referida a los casos en los que los menores habían recuperado su identidad con anterioridad

En ese momento, la calificación de la Sala I de la Cámara Federal no tenía incidencia sobre los delitos de lesa humanidad que se habían cometido en el país ya que aún no habían sido declaradas inconstitucionales ni anuladas las llamadas leyes de Punto Final y de Obediencia Debida que cerraban las posibilidades de investigación con consecuencias penales, de los delitos de la naturaleza señalada. La resolución fue un verdadero aporte a la investigación de los delitos cometidos por el terrorismo de Estado, en particular en los casos de homicidios y torturas que, de acuerdo con el Código Penal estarían prescriptos ya que no se trata de delitos permanentes.

Dijo la Sala I, de la Cámara Federal en esa oportunidad:

“Es que, de acuerdo con el derecho internacional público, los hechos imputados, además de ostentar ‘per se’ el carácter de permanentes hasta tanto la suerte y el paradero de la persona desaparecida se ignoren, resulta imprescriptible por tratarse de delitos contra la humanidad, cualquiera sea la fecha de su comisión.

“Resulta útil recordar en esta oportunidad, lo señalado por el Tribunal de Núremberg cuando afirmó que ‘el derecho internacional no es el producto de una ley. Su contenido no es estático. La ausencia en el mundo de un cuerpo gubernamental autorizado para erigir reglas sustantivas de derecho internacional no ha impedido el desarrollo progresivo de ese derecho...’ y asimismo que ‘la circunstancia que dota a los principios de conducta internacional con la dignidad y autoridad de la ley, en su aceptación general como tal por las naciones civilizadas, las cuales manifiestan esa aceptación por medio de tratados internacionales, convenciones, textos doctrinarios de autoridad, las prácticas y las decisiones judiciales’ (citado por Zuppi, A.L. “La prohibición ‘ex post facto’ y los crímenes contra la humanidad”, ED, 131-765).

“Sobre la base de análisis de esas múltiples fuentes debe arribarse a la indisputable conclusión de que la desaparición forzada de personas, en cuyo concepto se inscriben los hechos aquí investigados, constituye un crimen contra la humanidad, como tal imprescriptible y que esa característica se impone por sobre las normas internas que puedan contener disposiciones contrarias, independientemente de la fecha de comisión”⁴.

Las dos salas de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal reiteraron estos principios en sucesivas sentencias⁵.

Con anterioridad habían sido resueltos dos casos referidos a crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial que tuvieron incidencia directa en la jurisprudencia que reconoce

4. Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional, Sala I, 9/9/99. Masera Emilio E, Exp. 30.514 en L.L. Suplemento de Jurisprudencia Penal, febrero de 2000, p. 53. En la misma fecha fueron resueltos otros incidentes en el mismo sentido.

5. Por ejemplo, en los casos “Astiz”, 4/5/00, Sala II, Expte 16.071; “Contreras Sepúlveda”, 4/10/00, Sala II, Expte. 18.020; “Riveros”, 7/8/03 Sala I, Expte 35.543.

como delitos de lesa humanidad a los hechos cometidos por el terrorismo de Estado durante la última dictadura.

En el caso “Schwammberger”⁶, que la Corte Suprema resolvió aplicando normas del Código de Procedimientos en Materia Penal, entonces vigente, el juez de la Cámara Federal de La Plata Leopoldo Schiffrin había invocado el artículo 102 de la Constitución Nacional (ahora 118) que reconoce el Derecho de Gentes. Por aplicación de los principios del Derecho de Gentes debía concederse la extradición de un criminal de guerra cuyos delitos, en virtud de esos principios, eran imprescriptibles.

En cambio, en el caso “Priebke”⁷ la Corte aplicó expresamente el derecho de gentes, considerando que los delitos contra la humanidad son imprescriptibles.

Dijo la Corte:

“Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *jus cogens* del Derecho Internacional.

“Que, en tales condiciones, no hay prescripción de los delitos de esa laya y corresponde hacer lugar sin mas a la extradición solicitada”.

La resolución estaba fundada en los artículos 75, inciso 22 y 118 de la Constitución Nacional y en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que era el delito que imputaba el Estado requirente.

En el voto concurrente de los doctores Nazareno y Moliné O’Connor se consideró que los hechos por los que se concedía la extradición eran delitos contra la humanidad “que se reputan como delitos contra el Derecho de Gentes”. En el considerando 32 del voto

6. L.L, 1990, C, p. 477.

7. J.A. , 1996, I, 324.

los jueces de la Corte establecían la siguiente división: crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y delitos contra la humanidad. Todos ellos son considerados delitos contra el Derecho de Gentes.

Decía el voto:

“Que es justamente por esta circunstancia de la que participan tanto los ‘crímenes contra la humanidad’ como los tradicionalmente denominados ‘crímenes de guerra’ como los delitos contra la humanidad, que se reputan delitos contra el ‘Derecho de Gentes’ que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales (conf. Díaz Cisneros, César en “Derecho Internacional Público”. T.I. ps.278/282, Bs As., Ed. T.E.A., 1955 y Cherif Bassiouni en “Derecho Penal Internacional”, Proyecto de Código Penal Internacional, Madrid, Ed. Tecnos, 1884)” (Considerando 32).

En el considerando N° 39 se señala la diferencia entre el sistema constitucional norteamericano y el nuestro ya que mientras el primero atribuye al Congreso la facultad de “definir y castigar” los delitos contra la ley de las naciones, el nuestro receptó directamente sus principios y por lo tanto resulta obligatorio la aplicación del Derecho de Gentes (artículo 118 de la Constitución Nacional). La prescripción o no de tales delitos debe resolverse de acuerdo con la costumbre internacional, y los principios generales del derecho internacional “que forman parte del derecho interno argentino” (considerando 61). Ello permite determinar “una norma reconocida y aceptada por las naciones civilizadas como de práctica obligatoria, a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra (considerando 69).

Ello posibilita, en el voto citado, el respeto al principio de legalidad, sin aplicación de leyes *ex post facto*.

El voto del Juez Bossert que coincidía en general con el voto ci-

tado anteriormente daba mayor precisión con relación a los distintos tipos de delitos y consideraba que los hechos imputados constituían crímenes de guerra:

“Que este encuadre legal no desplaza la consecuencia, respecto de los mismos hechos, de delitos de lesa humanidad en la medida en que no puede descartarse la satisfacción de un propósito de odio racial o religioso en la ejecución de la sanción colectiva o represalia, evidenciando en que un número significativo de víctimas pertenecían a la comunidad hebrea (artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; artículo 75, inciso 22 CN).

“Sin embargo toda vez que la calificación como ‘crimen de guerra’ abarca la totalidad de los atentados contra la vida por los que fue pedida la presente extradición, deviene innecesario examinar la entrega a la luz de aquel encuadre legal y, en consecuencia, el tribunal adopta –al solo efecto de determinar la viabilidad del pedido de cooperación internacional– la calificación de ‘delito internacional’ o ‘delito contra el derecho de gentes’: específicamente ‘crimen de guerra’, sin perjuicio de la concurrencia antes mencionada.” (Considerando 27)⁸.

La resolución del caso “Priebke” nos remite al Estatuto del Tribunal Militar Internacional⁹ (Tribunal de Núremberg) con la clásica distinción de crímenes contra la paz, crímenes de guerra, y crímenes contra la humanidad.

8. Sobre los casos “Schwammberger” y “Priebke” puede verse Schiffrin Leopoldo, “La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 1997, p. 115.

9. Estatuto del Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Núremberg), tomado de *A decade of American Foreign Policy. Basic Documents, 1941-1949*, Washington, Senate of U.S.A., 1950.

Los crímenes contra la paz son definidos como “...la planificación, preparación, o iniciación de una guerra de agresión, o una guerra en violación a los tratados internacionales o pactos de no agresión o la participación en un plan común o conspiración para acompañar una del exterior” (artículo 6-a).

Crímenes de guerra lo son, según el Estatuto, “... las violaciones a las leyes y a las costumbres de la guerra. Esas violaciones incluyen, pero no se limitan, a homicidios, deportaciones, reducción a la esclavitud de la población civil o la de los territorios ocupados, homicidios o malos tratos a los prisioneros de guerra o a personas en el mar, muerte de rehenes, saqueo de la propiedad pública o privada, destrucción deliberada de ciudades, pueblos o villas, o destrucciones no justificadas por necesidades militares (artículo 6-b).

Los crímenes contra la humanidad son: “asesinatos, exterminio, esclavización, deportación y todo acto inhumano cometido contra la población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con un crimen sujeto a la jurisdicción del Tribunal, sean o no violación al derecho interno del país donde fueron cometidos” (artículo 6-c).

Las torturas y la desaparición forzada de personas, no enumerados expresamente en la definición del Estatuto del Tribunal Militar, que posteriormente aparecen en otros instrumentos internacionales y en el Pacto de Roma, están comprendidos en los actos inhumanos que menciona. Los delitos cometidos en nuestro país en el marco del terrorismo de Estado son, de acuerdo con esa definición, delitos de lesa humanidad, una de cuyas consecuencias, de acuerdo con el Derecho de Gentes reconocido por nuestra Constitución es la de ser imprescriptibles. A su vez, esa imprescriptibilidad surge de la costumbre internacional.

Los principios del Tribunal Penal Militar están complementados

por diversas resoluciones de las Naciones Unidas que significan su reconocimiento internacional. La primera de ellas es la Resolución 3 (I) referida a la Extradición y castigo de criminales de guerra, del 13 de febrero de 1946, en la que la Asamblea General teniendo en cuenta “ las leyes y usanzas de la guerra establecidas por la Cuarta Convención de La Haya de 1907” y la “definición de crímenes de guerra y crímenes contra la paz y contra la humanidad que figuran en la Carta del Tribunal Militar Internacional del 8 de agosto de 1945” recomienda a los Estados que adopten las medidas necesarias para que los autores de tales delitos sean juzgados en los países donde cometieron “tan abominables actos”.

Posteriormente, el 11 de diciembre de 1946, el mismo día en que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración para la prevención y sanción del Genocidio, adoptó la Resolución 95 (I) sobre Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg, en la que se mencionaba principios similares del Tribunal del Lejano Oriente, instruyendo, al Comité Codificador de Derecho Internacional establecido por la Asamblea General para que formule la codificación de los principios recogidos por el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg y la sentencia que se dictó en el juicio.

Finalmente, por Resolución 177 (II) del 21 de noviembre de 1947 la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional que “formule los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg”.

En el año 1973, por Resolución 3074 (XXVIII) del 3 de diciembre se sancionaron los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad en la que se proclamaban los siguientes principios:

“1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad,

dondequiera y cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

“2. Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

“3. Los Estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a tal fin.

“4. Los Estados se prestarán mutua ayuda a los efectos de la identificación, detención y enjuiciamiento de los presuntos autores de tales crímenes, y, en caso de ser éstos declarados culpables, su castigo.

“5. Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciados y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometidos esos crímenes. A este respecto, los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición de esas personas.

“6. Los Estados cooperarán mutuamente en la compilación de informaciones y documentos relativos a la investigación a fin de facilitar el enjuiciamiento de las personas a que se refiere el párrafo 5 supra e intercambiarán tales informaciones.

“7. De conformidad con el artículo 1 de la Declaración sobre el Asilo Territorial, del 14 de diciembre de 1967, los Estados no concederán asilo a ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que han cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad.

“8. Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligacio-

nes internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

“9. Al cooperar para facilitar la identificación, la detención, la extradición y, en caso de ser reconocidas culpables, el castigo de las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la ejecución de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, los Estados se ceñirán a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”¹⁰.

Al reconocimiento de esos principios contribuyó nuestro país con su participación en la Asamblea General de las Naciones Unidas interviniendo en sus votaciones y, en consecuencia, en la aceptación de sus resoluciones. Se advierte, con relación a la última resolución transcrita que tomando en cuenta únicamente la ley penal argentina, los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial ya se hubiesen considerado prescriptos. Sin embargo, nuestro país se comprometía a facilitar la sanción de sus responsables, por lo que admitía que los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, ya en el año 1973, eran considerados imprescriptibles.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948¹¹ contribuyó a la definición de delitos de lesa humanidad al incluir como tal, en forma expresa, el delito de genocidio.

10. Ver Recopilación de instrumentos internacionales, Nueva York, Naciones Unidas, 1988.

11. Ratificada por Decreto-ley 6286 del 9 de abril de 1956 (B.O. 25 / IV /56).

Posteriormente, el Pacto de Roma que creó la Corte Penal Internacional¹² establece en la competencia de la Corte entender en el juzgamiento de los siguientes delitos: a) El crimen del genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.

Los crímenes de guerra son definidos en sentido similar a las definiciones contempladas por los cuatro convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales¹³ que desarrollan los principios establecidos por el Tribunal Penal Internacional de Núremberg. No está definido el crimen de agresión y la competencia de la Corte con relación a este delito comenzará a ejercerse una vez que el mismo sea definido.

El artículo 7 define los crímenes de lesa humanidad de la siguiente forma:

“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

“a) Asesinato;

“b) Exterminio;

“c) Esclavitud;

“d) Deportación o traslado forzoso de población;

“e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

“f) Tortura;

“g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.

12. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por Ley 25.390 (ADLA LXI. A. 48).

13. Las cuatro convenciones de Ginebra fueron aprobadas por Decreto-ley 14.442 del 9 de agosto de 1956 (B.O. 20/8/56) y los Protocolos Adicionales por Ley 23.379 del 25 de septiembre de 1986 (B.O.9/6/88).

“h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o en cualquier crimen de la competencia de la Corte;

“i) Desaparición forzada de personas;

“j) El crimen del apartheid;

“k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad físicos o la salud mental o física.”

El inciso 2 del artículo 7 aclara cada uno de los incisos. Conviene resaltar que el ataque contra una población civil lo puede efectuar un Estado o “una organización” que también puede cometer actos que puedan ser definidos como desaparición forzada de personas. Se amplía, en este sentido la descripción que hace la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas que considera que el delito lo cometen agentes del Estado, o personas o grupos de personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia (artículo 2 de la Convención Interamericana).

El artículo 7-1-i del Estatuto de Roma define así la desaparición forzada:

“Por ‘desaparición forzada de personas’ se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

La definición del Estatuto de Roma de delitos de lesa humanidad

sintetiza el consenso alcanzado por la comunidad internacional con relación a éste tipo de delitos. La expresión lesa humanidad fue empleada por los gobiernos de Francia Gran Bretaña y Rusia en 1915 con motivo del genocidio armenio¹⁴. El Tribunal de Núremberg llamó a estos delitos crímenes contra la humanidad, y ya la Convención sobre imprescriptibilidad habla de crímenes de lesa humanidad, expresión que mantiene el Estatuto de Roma.

Para que nos encontremos en presencia de delitos de lesa humanidad deben existir entonces actos generalizados o sistemáticos definidos en el Estatuto de Roma contra la población civil por parte del Estado o de organizaciones políticas. El sujeto activo es entonces el Estado o particulares que actúan en su nombre o con su aquiescencia y organizaciones políticas. No hay razones para excluir como sujeto activo de este delito a organizaciones políticas que muchas veces tienen control sobre parte del territorio de un país. El sujeto pasivo es la población civil.

La consecuencia de definir un delito como de lesa humanidad es considerarlo imprescriptible y reconocer para su juzgamiento la jurisdicción universal tal como lo establece el Derecho de Gentes y los tratados internacionales que afirman sus principios. En nuestro país, además del artículo 118 de la Constitución que expresamente reconoce el Derecho de Gentes, otras normas se refieren a su aplicación, entre ellas:

-Artículo 21 de la ley 48 que obliga a los tribunales a aplicar “los principios del derecho de gentes”¹⁵.

-Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que reconoce el jus cogens:

14. Ver Mattarolo Rodolfo, “La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad”, en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Año 1 N° 0, Buenos Aires, ad. hoc., 2001, p 117.

15. Ley 48 sancionada el 25 de agosto de 1863.

“Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*),

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”¹⁶.

-Artículo 15-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷ que establece:

“Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

La reserva hecha por el Estado argentino al momento de su ratificación referida a la aplicación de la norma “sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional” no impide su aplicación en los casos de delitos de lesa humanidad cometidos durante el terrorismo de Estado en Argentina ya que tales delitos habían sido reconocidos por la comunidad internacional con anterioridad a la época en que se cometieron.

Cuando adoptó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de

16. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por Decreto-ley 19.865 del 3/10/72, en vigor desde el 27 de enero de 1980.

17. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Ley 23.313 (B.O. 13/5/86).

18. Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, aprobada por Ley 24.584 del 29/ 11/ 95, incorporada con jerarquía constitucional el 3/ 9/ 03 por Ley 25.788 (B.O. 3/9/03).

los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad¹⁸, se reconoció según se establece en el Preámbulo principios que ya se consideraban vigentes. De los trabajos preparatorios surge que se cambió la palabra “enunciar” por “afirmar” ya que se entendía que la imprescriptibilidad de tales delitos estaba vigente:

“Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal”.

El artículo I de la Convención, considera imprescriptible, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad definidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg con algunos agregados. Los crímenes de guerra incluyen las “infracciones graves” definidas por los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y los crímenes de lesa humanidad incluyen “la expulsión por ataque armado u ocupación”, los actos inhumanos debidos a la política del apartheid y el delito de genocidio definido por la Convención de 1948. Esta convención, aprobada por el Congreso Argentino en 1995, recién fue ratificada en 2003 otorgándosele posteriormente jerarquía constitucional.

El Tratado de Roma también establece la imprescriptibilidad de los crímenes que son competencia de la Corte Internacional.

Estos antecedentes fueron los que tomó en cuenta la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso “Arancibia Clavel” reconociendo que ciertos delitos eran delitos de lesa humanidad y, en consecuencia, que la acción penal era imprescriptible. En este caso el debate sobre la prescripción estaba referido al delito de asociación ilícita.

El voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco consideró que la asociación para cometer delitos de lesa humanidad constituía también un delito del mismo carácter:

“Que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos (entre los que debemos contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución), pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional”. (Considerando 16)

“Que en consecuencia el formar parte de un grupo dedicado a perpetrar estos hechos, independientemente del rol funcional que se ocupe, también es un crimen contra la humanidad”. (Considerando 17).

Determinado el carácter del delito (lesa humanidad) el mismo es imprescriptible en virtud de lo establecido por la costumbre internacional:

“Que al momento de los hechos el Estado argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad (conf., Fallos: 318: 2148, voto del juez Bossert, considerando 88 y siguientes).” (Considerando 31)

“Que de acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la convención de imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional”. (Considerando 32).

Concluye finalmente el voto:

“...las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la ‘Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad’...”. (Considerando 38).

Como se observa, el voto citado concilia el principio de legalidad con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

El voto del juez Petracchi, modificando el criterio que sostuvo en la disidencia en el caso “Priebke”, sostuvo que el delito era imprescriptible por aplicación de la jurisprudencia internacional:

“Que tal solución, sin embargo, a la luz de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya no puede ser mantenida frente al derecho internacional. Ello por cuanto el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no solo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía...” (Considerando 23).

El Juez Boggiano también consideró que la asociación ilícita para cometer delitos del *ius gentium* eran crímenes contra la humanidad y que su imprescriptibilidad deriva del derecho internacional consuetudinario. En caso de conflicto entre imprescriptibilidad e irretroactividad, en este tipo de delitos, debía aplicarse el principio de imprescriptibilidad:

“Que en el caso no se presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario.” (Considerando 29).

“Que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Este rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad (artículo I).

“Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecería al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad, debe prevalecer este último, que tutela normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan eviden-

tes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (Regina v. Finta, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es solo aparente pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial”. (Considerando 30).

El considerando 37 del voto está referido a fundar expresamente la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los Crímenes de lesa humanidad (artículo I, y Preámbulo), estableciendo la siguiente relación entre los principios de la Constitución y el Derecho de Gentes:

“Que, por lo demás, no es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagran una solución distinta en el art.118 respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley del lugar del juicio supone pero obviamente no establece los principios del derecho de gentes”.

El voto del juez Maqueda está fundado principalmente en la aplicación del Derecho de Gentes, con referencia al cual hace extensas y eruditas consideraciones, en el *ius cogens*, y en la necesidad de dar cumplimiento a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“...A la luz de lo expresado, corresponde concluir que la Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de este derecho de gentes y en ese acto la incorporó directamente con el consiguiente deber de su aplicación correspondiente por los tribunales respecto a los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes lo hayan cometido en el

ámbito de cualquier jurisdicción. Por consiguiente, a la fecha de la institución de los principios constitucionales de nuestro país el legislador lo consideraba como preexistente y necesario para el desarrollo de la función judicial” (Considerando 22).

“...Que, por otro lado, el derecho de gentes se encuentra sujeto a una evolución que condujo a un doble proceso de reconocimiento expreso y de determinación de diversos derechos inherentes a la dignidad humana que deben ser tutelados de acuerdo con el progreso de las relaciones entre los estados. Desde esta perspectiva se advierte que los crímenes del derecho de gentes se han modificado en número y en sus características a través de un paulatino proceso de precisión que se ha configurado por decisiones de tribunales nacionales, por tratados internacionales, por el derecho consuetudinario, por las opiniones de los juristas más relevantes y por el reconocimiento de un conjunto de normas imperativas para los gobernantes de todas las naciones; aspectos todos ellos que esta corte no puede desconocer en el actual estado de desarrollo de la comunidad internacional” (Considerando 26).

“Que, por consiguiente, la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía –al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa– un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente –dentro de ese proceso evolutivo– como ‘*ius cogens*’. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogado por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del *ius cogens* se basan en la común concepción –desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo

XX- en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas” (Considerando 27).

De acuerdo con los fundamentos expuestos, concluye el voto:

“Que, por lo expresado, la negativa del a quo a considerar el delito de asociación ilícita para cometer crímenes de lesa humanidad resulta inadmisibles a la luz del *ius cogens* que impone su represión por los órganos estatales y que permite tipificar a ese delito como autónomo en el actual estado de avance de la ciencia jurídica. Asimismo, los fundamentos expresados revelan que ante la comprobación de una conducta de tales características se impone que este Tribunal intervenga para asegurar el deber de punición que corresponde al Estado argentino en virtud de lo dispuesto por el artículo 118 de la Constitución Nacional y de los principios que emanan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, por consiguiente, impiden la aplicación de las normas ordinarias de prescripción respecto de un delito de lesa humanidad tal como lo dispone la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, aprobada por la ley 24.584 e incorporada con rango constitucional mediante la ley 25.778” (Considerando 77).

En síntesis, la mayoría compuesta por cinco jueces consideró que el delito era de lesa humanidad y por lo tanto imprescriptible. Cuatro de los jueces sostuvieron que era de aplicación el artículo 118 de la Constitución que reconocía el Derecho de Gentes y que establecía la obligatoriedad de ciertos principios (*ius cogens*) y por lo tanto era de aplicación también la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad que no había hecho otra cosa que reconocer normas que la costumbre internacional había establecido en forma obligatoria. Uno de esos votos consideró que era posible la aplicación de la Convención en forma retroactiva. El quinto voto aplicó la

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los tres jueces que votaron en minoría sostuvieron que no se respetaba el principio de legalidad ya que al cometerse los hechos que eran juzgados no existían instrumentos internacionales aprobados por Argentina que estableciesen esa imprescriptibilidad. Entre otros argumentos se invocó distintas jerarquías en las normas constitucionales, siendo las normas de la primera parte superiores al resto de la Constitución, prevaleciendo por lo tanto el principio de legalidad establecido por el artículo 18; la reserva hecha por el Estado Argentino con relación al artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos al momento de su ratificación; el carácter indefinido del Derecho de Gentes; la vigencia del artículo 27 de la Constitución que no admite tratados contrarios a la Constitución, y que el artículo 118 de la Constitución solo constituye una regla de competencia judicial. El juez Belluscio citó un fallo de la Corte de Casación francesa (considerando 17), que confirmó una resolución de la Corte de Apelaciones de París que se negó a juzgar los delitos de lesa humanidad cometidos por el Ejército francés durante la guerra por la independencia de Argelia, invocando para ello la prescripción y la falta de ley previa. Esto último no hace sino constatar una realidad política –no jurídica– que impide el juzgamiento del terrorismo de Estado de los países centrales, pero que no constituye un ejemplo que deba ser imitado.

En definitiva, los críticos a la decisión de la Corte, no reconocen a la costumbre internacional como fuente del Derecho Penal en delitos que son violatorios del Derecho de Gentes, aún cuando este derecho esté expresamente reconocido por la Constitución Nacional. No se advierte en esas interpretaciones que el derecho interno argentino –el Código Penal– describe y pena conductas que están contempladas en lo que el Derecho de Gentes denomina delitos de lesa humanidad. Los tipos penales complementan las conductas que la costumbre internacional y las convenciones

consideran como delitos. La mayor amplitud y complejidad de las conductas descritas en los tratados internacionales ratificados por Argentina no significa que tales conductas no estén contempladas por las leyes penales con penas específicas. El Código Penal no contempla el delito de genocidio, pero sí el delito de homicidio. Aunque múltiples homicidios no configuran en sí mismo el delito de genocidio, el genocidio puede ser juzgado y condenado considerando que tal conducta constituye homicidios múltiples. De la misma forma, la desaparición forzada de personas constituye violaciones a distintos tipos penales del derecho interno, aún cuando no exista un tipo penal específico que la contemple y la complejidad de la desaparición forzada que afecta distintos bienes jurídicos no este abarcada en su totalidad por los tipos que utiliza el Código Penal. El principio *nullun crimen nulla poena sine lege* conserva así plena vigencia aún cuando se trate de delitos de lesa humanidad reconocidos por el Derecho de Gentes. En ese sentido nuestra Constitución resultó precursora ya que su interpretación dinámica permite establecer que el viejo artículo 102 (ahora 118) obliga al juzgamiento de los delitos de lesa humanidad que fueron cometidos durante el terrorismo de Estado.

Los archivos de la dictadura

PERIÓDICAMENTE DISTINTAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES y personas que intervienen como querellantes en los juicios que se instruyen por delitos de lesa humanidad solicitan que el Estado disponga la apertura de los archivos de la dictadura. Tal pedido está fundado en errores de información.

Por cierto que los archivos existieron: la dictadura militar argentina de 1976-1983 documentó los hechos que ejecutaba mediante un sistema burocrático que registraba las órdenes que se impartían, por las cuales se procedía a la detención de personas que en la mayor parte de los casos no volvían a aparecer. Eso está comprobado en los juicios en los que se dictó sentencia y en los que en la actualidad se encuentran en trámite. También se registraba el destino de las personas desaparecidas. Pero esos archivos, en la actualidad, no se encuentran en poder del Estado argentino. Seguramente fueron microfilmados y guardados, posiblemente en el exterior, tras ser sustraídos por la inteligencia militar en 1983.

Para ocultar esas pruebas la dictadura, en su última etapa, sancionó el decreto 2726/83 que fue el pretexto que utilizó para la sustracción del poder del Estado de los archivos de la represión. El decreto se refería a la documentación relacionada con quienes estuvieron detenidos a disposición del Poder Ejecutivo. También el Comando en Jefe del Ejército por radiograma del 23 de noviembre de 1983 dispuso la destrucción de la documentación en poder de



Publicado en *Página/12*, Buenos Aires, 12 de septiembre de 2008.

las fuerzas militares y de seguridad que le estaban subordinadas de toda la documentación relacionada con lo que llamaban lucha contra la subversión.

De esa documentación se han obtenido, en algunos casos, en copias simples, formularios de órdenes de detención e incluso copias de sumarios en los que constaba síntesis de las declaraciones efectuadas bajo tortura por los detenidos desaparecidos que por su contenido pueden presumirse como auténticas.

También existe documentación conservada que contiene valiosa información. Por ejemplo, la documentación del Ministerio del Interior de la dictadura que contiene en detalle de las fechas y órdenes de detención de personas que fueron puestas a disposición del Poder Ejecutivo en la cual se registraba la orden de detención ilegal y el tiempo en que el detenido permaneció como desaparecido. Cuando se lo legalizaba, se conservaban estos registros. Las mismas constancias se advierten en algunos legajos de los servicios penitenciarios, especialmente en las provincias. También se pueden reconstruir parcialmente las listas de quienes participaron en centros ilegales de detención a través de sus legajos.

Un archivo que pudo conservarse, que es efectivamente un archivo de la dictadura (que comprende varias décadas anteriores y algunos años posteriores) es el que perteneció a la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires actualmente en custodia de la Comisión Provincial de la Memoria, bajo control de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Documentación parcial de la misma naturaleza se ha encontrado en jurisdicción de otras policías provinciales y de la Prefectura de Bahía Blanca. Toda esa documentación se encuentra en poder de la Justicia y es conocida y analizada por los querellantes. Seguramente va a ser encontrada documentación similar en distintas jurisdicciones.

El Estado Nacional ha facilitado el acceso a la documentación

que en forma indirecta registra actos de la dictadura. El Ministerio de Defensa por resolución 173 del 20 de febrero de 2006, dispuso autorizar el acceso a documentación en poder de las Fuerzas Armadas que pudiesen resultar de interés para las investigaciones de los delitos de lesa humanidad, levantando a esos efectos el secreto militar. En el ámbito de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación fue creado por decreto 1259/03 el Archivo Nacional de la Memoria que tiene acceso a toda la documentación en poder del Estado Nacional. Como consecuencia de sus investigaciones ha proporcionado nueva documentación a la Justicia, desconocida hasta ese momento, ha identificado personas que han sido imputadas por delitos de lesa humanidad y ha revelado la existencia de centros clandestinos de detención antes desconocidos. También la Unidad Especial de Investigación creada por decreto 715/04 cuenta con atribuciones similares.

De esta forma el Estado democrático ha abierto a la investigación de los delitos de lesa humanidad toda la documentación con la que cuenta sin renunciar a la búsqueda de los archivos sustraídos.

Argentina: políticas de la memoria

EL EJERCICIO DE LA MEMORIA HISTÓRICA ES UN DERECHO INDIVIDUAL y colectivo que tiene como finalidad esclarecer la verdad y obtener justicia frente a las graves violaciones a los Derechos Humanos. El estado tiene la obligación de promover y proteger esa memoria. Ello implica preservar toda información relacionada con esos hechos y los lugares y espacios emblemáticos en defensa de la memoria, la verdad y la justicia. La memoria constituye una experiencia vivida y transmitida por países, sectores sociales, grupos étnicos, grupos culturales, organizaciones de la sociedad, que desempeña un papel político en el presente, posibilitando su comprensión. Reclama al conjunto de la sociedad el reconocimiento histórico de las víctimas de esas graves violaciones a los Derechos Humanos, el esclarecimiento de la verdad y la justicia.

El Archivo Nacional de la Memoria tiene, entre otras funciones, la de preservar la documentación del estado relacionada con las violaciones a los derechos humanos y está instalado en un sitio simbólico, el lugar donde funcionó la Escuela de Mecánica de la Armada, en la ciudad de Buenos Aires, que fue uno de los principales campos de concentración de la dictadura militar que gobernó entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983. Se

Exposición efectuada en el Seminario contra el Olvido. 10º Aniversario del Informe de Esclarecimiento Histórico. Organizado por la Secretaría de la Paz, ciudad de Guatemala, 24 de febrero de 2009. Reproducido en Actas del Primer Seminario internacional "Políticas de la Memoria". Centro Cultural de la Memoria Haroldo Conti, Buenos Aires, 2010.

estima que por ese lugar pasaron cinco mil personas la mayoría de las cuales se encuentran desaparecidas.

El Archivo Nacional de la Memoria fue creado por decreto del Poder Ejecutivo en diciembre de 2003 como organismo desconcentrado en el ámbito de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Entre sus funciones están las siguientes:

- Obtener, analizar, clasificar, duplicar y archivar la información relacionada con violaciones a los Derechos Humanos.
- Desarrollar las actividades que contribuyan a mantener viva la historia reciente.
- Implementar estudios e investigaciones.
- Contribuir al juzgamiento de las graves violaciones a los Derechos Humanos.

Los edificios donde funcionó la Escuela de Mecánica de la Armada han sido declarados sitio histórico y lo que fue el Casino de Oficiales donde estuvo el centro clandestino de detención es monumento histórico nacional.

El Archivo Nacional de la Memoria cuenta con distintos fondos documentales, entre ellos:

- Fondo documental CONADEP.
- Fondo documental Secretaría de Derechos Humanos.
- Fondo documental Secretaría de Prensa de la Presidencia de la Nación.

El Fondo Documental CONADEP, declarado Memoria del Mundo por la UNESCO, fue formado por las declaraciones prestadas ante la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas por los familiares de los desaparecidos, de las víctimas de ejecuciones sumarias y los sobrevivientes de los campos de concentración. Esta Comisión fue creada en diciembre de 1983 al restablecerse en nuestro país el sistema constitucional. Este fondo constituye

la base de la documentación del Archivo y fue elaborado por la primera Comisión de la Verdad que funcionó en el mundo que fue la CONADEP. Fue puesto, en esa época, a disposición de la justicia y hoy, con la reapertura de los procesos por delitos de lesa humanidad, constituye la base documental de los juicios que se sustancian en todo el país. Se trata de documentación que no proviene de la represión, como ocurre con otros fondos documentales. Fue formado con posterioridad a la última dictadura con la finalidad de esclarecer la verdad y juzgar a los responsables de los delitos de lesa humanidad.

El fondo documental Secretaría de Derechos Humanos es el formado después de la disolución de la CONADEP, a partir de septiembre de 1984, por los organismos que le sucedieron, que en la actualidad es la Secretaría de Derechos Humanos. Se encuentran incorporadas a este fondo documental las nuevas denuncias efectuadas a partir de esa fecha sobre personas desaparecidas o víctimas de ejecuciones sumarias, copia de expedientes de los juicios por delitos de lesa humanidad y documentación de las Fuerzas Armadas y de seguridad, algunas de ellas de carácter secreto.

El fondo documental Secretaría de Prensa de la de la Presidencia de la Nación reúne la documentación que llevaba ese organismo entre los años 1942 hasta 1997, aunque hay referencias a años anteriores, y consiste principalmente en recortes periodísticos.

Los fondos documentales del Archivo tienen una longitud de mil trescientos metros y tiene digitalizados más de dos millones quinientos mil folios.

De acuerdo con el decreto de creación del Archivo no existe un límite temporal referido a la documentación y hechos que debe investigar por lo que ha reunido documentación referida a distintas dictaduras o actos de represión estatal que se cometieron en el país.

Los archivos de la dictadura, que tenemos la seguridad que exis-

ten, no han sido encontrados. Seguramente han sido microfilmados y depositados en el exterior. No van a aparecer por voluntad de quienes los ocultaron porque serían utilizados en los juicios por violaciones a los derechos humanos. Pero sí se han encontrado algunos archivos de la represión. El más importante es el de la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires que abarca desde la década de 1930 hasta el año 1996. Tiene valiosísima documentación referida a la forma en que actuaba la represión durante las dictaduras. También se ha encontrado documentación parcial en algunas dependencias de organismos de seguridad. En el año 1983 la dictadura, en su última etapa, dictó resoluciones que disponían la destrucción de la documentación relacionada con lo que llamaban lucha contra la subversión pero, en realidad, ese fue el pretexto utilizado para sustraer esa documentación del ámbito del control del Estado.

El Estado argentino realiza una activa investigación tendiente a localizar esos archivos.

Todos los fondos documentales del Archivo Nacional de la Memoria se encuentran digitalizados o en proceso de digitalización lo que permite un fácil y rápido acceso a los mismos. Algunos de ellos están microfilmados. Es intención del Archivo microfilmear la totalidad de la documentación.

La documentación que está en poder del Archivo Nacional de la Memoria se encuentra sometida, en la actualidad, a un proceso de restauración y conservación. Se han tomado en cuenta las directrices de la UNESCO referidas a la preservación de los archivos.

El Archivo Nacional de la Memoria es un archivo activo, que busca documentación, efectúa investigaciones y brinda información. Tiene acceso a toda la documentación del Estado nacional, incluso la documentación secreta de las Fuerzas Armadas. Si bien esa documentación no tiene datos directos sobre la repre-

sión estatal se puede determinar, por la información que contiene, la participación de integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad en esa represión, identificando a muchos de ellos que no figuran en los registros originales de la CONADEP. Esas investigaciones del Archivo Nacional de la Memoria son puestas a disposición de la Justicia. También debe expedirse con relación a todos los ascensos de las Fuerzas Armadas y de Seguridad informando si las personas propuestas para su ascenso registran antecedentes en el Archivo. Lo mismo ocurre con las personas que se desempeñan en el ámbito de la seguridad privada, que deben constatar que no registran antecedentes por violaciones a los derechos humanos.

El Archivo ha conformado la Red Federal de Sitios de la Memoria que posibilita un trabajo conjunto con el Ministerio de Defensa y las Secretarías de Derechos Humanos de las provincias que tiene por finalidad la señalización de los lugares significativos para la construcción de la memoria, fundamentalmente aquellos lugares en donde funcionaron los centros clandestinos de detención. En esos lugares, pertenecientes generalmente a las Fuerzas Armadas y de Seguridad, se colocan pilares con las leyendas Memoria, Verdad y Justicia y una inscripción que indica que en ese lugar funcionó un centro clandestino de detención “durante la dictadura militar que asaltó el poder del Estado entre el 24 de Marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983”.

Hasta este momento se han señalado los siguientes lugares:

- Escuadrón de Comunicaciones N° 2 de Paraná.
- Base Aérea Mar del Plata.
- Aeropuerto de la ciudad de Trelew.
- Guarnición militar de Campo de Mayo.
- Batallón de Arsenales Miguel de Azcuénaga.
- Base Naval de Mar del Plata.

También, a través de esta red, se está elaborando un mapa que sistematiza la información sobre los aproximadamente quinientos lugares en los que funcionaron los centros clandestinos de detención.

En algunos casos, como la Escuela de Mecánica de la Armada, el campo clandestino de detención La Perla, que funcionó en la ciudad de Córdoba bajo jurisdicción del Tercer Cuerpo de Ejército, o la Jefatura de Policía de la ciudad de Rosario, se transformaron los lugares en sitios de la memoria en los que se desarrollan diversas actividades.

Como una contribución al mantenimiento de la memoria, el Estado ha declarado feriado nacional el día 24 de marzo, designándolo como Día de la Memoria, en recuerdo de la fecha en que se instaló la última dictadura militar.

El Archivo Nacional de la Memoria ha realizado también diversas producciones audiovisuales que son exhibidas en distintos lugares del país, entre ellas la que se llama “De la ley de residencia al terrorismo de Estado” que abarca aspectos de nuestra historia desde 1902 hasta la última dictadura.

Los Archivos permiten la reconstrucción de la historia. Los documentos constituyen la fuente principal para la reconstrucción del hecho histórico. Los Archivos de la Memoria posibilitan el conocimiento de un aspecto específico de la historia reciente como es el ejercicio del terrorismo por parte del Estado y las luchas populares contra ese terrorismo. Restos materiales, como inscripciones en los centros clandestinos de detención o restos humanos en las tumbas colectivas o entierros clandestinos también contribuyen a la elaboración de esa historia reciente.

La Memoria Histórica constituye la valoración de una época efectuada por movimientos sociales, sectores sociales, grupos étnicos, políticos o culturales que despliegan una actitud activa, militante, en favor de un reconocimiento histórico. La memoria histórica

no se confunde con la historia, que es la reconstrucción científica del pasado. Ciertas construcciones de la memoria no constituyen exactamente una reconstrucción histórica. Pero existe un paralelismo entre la historia reciente y la memoria histórica ya que ésta última en su desarrollo permite la interpretación de una época que después debe ser corroborada por la investigación histórica.

La oligarquía argentina que gobernaba a fines del siglo diecinueve impuso una determinada valoración de los hechos de lo que llamó campaña al desierto, que en realidad fue un genocidio contra las poblaciones originarias. Los autores de ese genocidio fueron consagrados como próceres y hay ciudades y calles que llevan sus nombres. Fue un triunfo de la memoria impuesta por esa oligarquía que posteriormente fue cuestionado por investigaciones históricas que en años recientes intentan revertir esa valoración.

Con respecto a la historia argentina reciente en la que el terrorismo de Estado reprimió a las guerrillas y a la población se advierten tres paradigmas para su interpretación.

El primero, el que elaboró la propia dictadura, que buscaba su legitimidad en el enfrentamiento a lo que llamaban la subversión y la agresión extranjera, considerando que ese accionar, con homicidios, desapariciones, torturas y encarcelamientos iba a tener el reconocimiento de la sociedad. Las atrocidades cometidas y los objetivos políticos que se propusieron hacían imposible ese reconocimiento y los partícipes del terrorismo de Estado fueron juzgados en 1985 en un juicio ejemplar, y los que permanecieron impunes como consecuencia de las leyes y decretos que se sancionaron son juzgados en la actualidad. Derrotada esa pretensión, ahora vuelven reclamando una historia completa donde la guerrilla, que no hizo desaparecer personas ni torturó, sea equiparada al terrorismo de Estado. Esa pretendida memoria de la dictadura no advierte que sus valoraciones constituyen un contrasentido ético, que no admite nuestra sociedad ni la comunidad internacional.

El segundo paradigma, es el que trató de imponerse al reestablecerse el sistema democrático. La dictadura con su aparato armado se habría enfrentado al aparato armado de la guerrilla. “Durante la década del 70 la Argentina fue convulsionada por un terror que provenía tanto desde la extrema derecha como la extrema izquierda, fenómeno que ha ocurrido en muchos otros países” decía el Prólogo al Nunca Más, el Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. La sentencia dictada en 1985 contra las Juntas Militares de la dictadura estaba imbuida de esa concepción ideológica. El proceso político, de acuerdo a esta interpretación, habría sido una lucha entre aparatos en la cual el pueblo estaba ausente. Era una interpretación funcional con la estructura de poder que se había formado, en la que el aparato político estaba integrado por personas marginadas de los hechos que se habían producido y del enfrentamiento efectivo con la dictadura.

El tercer paradigma que predomina en la actualidad, acorde con los principios consagrados por la Reforma Constitucional de 1994 que establece el derecho de resistencia a la opresión, es el que reivindica las luchas contra la dictadura, con independencia de que las acciones hayan sido adecuadas o no al objetivo de enfrentarlas con eficacia. Se reivindica la militancia de los muertos en combate, las víctimas de ejecuciones sumarias y los desaparecidos.

En ese sentido hay, en Argentina, un triunfo de la memoria que debe ser complementado por las investigaciones históricas. Ello significa que debe rectificarse cualquier construcción de la memoria que no sea respaldada científicamente por la historia. Con esa finalidad los archivos deben estar abiertos para la elaboración histórica.

En el esclarecimiento de la verdad, Argentina formó, ya en 1983, la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas y posteriormente, cuando las normas de impunidad estaban vigentes, implementó a partir de 1998 los Juicios de la Verdad que tenían

como finalidad esclarecer el destino de los desaparecidos aún cuando esos juicios no tuviesen imputación penal.

Las organizaciones de Derechos Humanos de Argentina cumplieron un papel fundamental en defensa de la memoria, la verdad y la justicia. Como en todos los países de América en los que se establecieron regímenes dictatoriales, en Argentina se sancionaron leyes y decretos que consagraron la impunidad para los autores de delitos de lesa humanidad. Pero a diferencia de otros países, en los que la impunidad surgió de leyes de autoamnistía dictadas por las propias dictaduras, aceptadas cuando se inició el proceso llamado de transición a la democracia o sancionadas por los gobiernos que siguieron a esas dictaduras, en Argentina el proceso para establecer la impunidad llevó siete años. En 1986 se sancionó la ley que llamamos de Punto Final que establecía un límite temporal para el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad. En 1987 se sancionó la Ley de Obediencia Debida que limitó el juzgamiento a los altos mandos. En 1989 y 1990 se dictaron decretos de indulto para los condenados y procesados por estos delitos. En ese momento quedó consagrada la impunidad.

A partir de entonces las organizaciones de Derechos Humanos efectuaron denuncias ante los organismos internacionales de control, creados por los tratados a los que había adherido Argentina desde del restablecimiento del sistema constitucional y promovieron juicios en el exterior, reclamando la aplicación de los principios de jurisdicción universal o de la personalidad, teniendo en cuenta que el nuestro es un país de inmigración. También fueron promotoras de los juicios por la verdad.

Desde el año 2003 el Estado tomó como propia la política de las organizaciones de Derechos Humanos agregándole otras iniciativas. Se promovió la nulidad de las leyes de impunidad, que fue resuelta por el Congreso y se iniciaron juicios políticos a integrantes de la Corte Suprema de Justicia, por lo que se cambió

su composición. Como consecuencia de esta política se reiniciaron los juicios por delitos de lesa humanidad y la Corte declaró la inconstitucionalidad de las normas de impunidad, considerando los delitos cometidos por el terrorismo de Estado como delitos de lesa humanidad y por ello imprescriptibles.

El triunfo de la memoria debe ser complementado ahora por la verdad y la justicia.

Veinticinco años del Informe de la CONADEP

EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1984 LA COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA Desaparición de Personas presidida por Ernesto Sábato presentaba al presidente Raúl Alfonsín el Informe difundido con el título de *Nunca Más*. Se hacía entrega al Estado Nacional junto con el Informe la documentación aportada por los familiares de los desaparecidos y muertos como consecuencia del terrorismo de Estado y los testimonios de los sobrevivientes de los campos de concentración que la dictadura había establecido en todo el país. Cincuenta mil hojas documentaban la mayor represión que había sufrido el país a lo largo de su historia. Se complementaba así desde un organismo creado por el Estado el informe que en 1980 había publicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que había dado a conocer al mundo la aberrante represión sufrida por nuestro pueblo por parte de quienes habían usurpado el poder político mediante el uso de la fuerza. La primera Comisión de la Verdad que funcionó en el mundo, cuyo ejemplo fue seguido por más de treinta países, había dado a conocer sus conclusiones.

Para la elaboración de su Informe la CONADEP había tomado en consideración la documentación que le aportaron las organizaciones de Derechos Humanos. Sobre la base de esa información y de su propia documentación registraba 8.960 personas desaparecidas hasta el momento de la presentación de su informe. Esa

documentación con los legajos correspondientes a las personas desaparecidas, víctimas de ejecuciones sumarias y extrajudiciales y sobrevivientes fue remitida a la justicia competente quién, superados los obstáculos presentados por la justicia militar que debía instruir los sumarios y juzgar en primera instancia, efectuó el Juicio a las Juntas Militares y a personal de la Policía de la provincia de Buenos Aires, frustrándose posteriormente la actividad jurisdiccional como consecuencia de la sanción de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida que consagraron la impunidad a favor de las personas que planearon y ejecutaron la represión.

De los 11.433 registros utilizados para la elaboración del Informe Nunca Mas y sus respectivos anexos entregados al Estado, se podían establecer los siguientes datos: 9.456 personas eran mencionadas como desaparecidas; 104 muertas; 938 habían sido liberadas; 928 casos eran dudosos, correspondiendo en general a personas vistas en los centros ilegales de detención; 7 aparecían sin especificar. Del total mencionado 7.142 casos se formalizaron con la apertura de los respectivos legajos.

La documentación aportada por la CONADEP al Estado fue conservada por los organismos creados para la protección de los Derechos Humanos: Dirección de Derechos Humanos, Subsecretaría de Derechos Humanos y Secretaría de Derechos Humanos. Fue la base de la documentación con la que se creó en diciembre de 2003 el Archivo Nacional de la Memoria y fue declarada Memoria del Mundo, conjuntamente con otros fondos documentales de Argentina, por la UNESCO. Los legajos de CONADEP, complementados con los legajos de la Secretaría de Derechos Humanos y los legajos del Archivo Nacional de la Memoria, constituyen la base de la documentación que se utiliza en los juicios por delitos de lesa humanidad que se sustancian después de la anulación de las leyes de impunidad y declaración de inconstitucionalidad de los decretos de indulto, y son considerados prueba documental por la justicia.

El Archivo Nacional de la Memoria corrigió, mediante nueva documentación e información, los datos originales de CONADEP, estableciendo una base de datos unificada que conforman el Registro Único de Víctimas del Terrorismo de Estado, cuyos datos, en la actualidad, son los siguientes: víctimas de desaparición forzada 7.140; víctimas de ejecuciones sumarias 1.336, liberados de centros ilegales 2.793. Existen también 1.541 denuncias parciales, cuyos datos deben ser complementados y menciones a desaparecidos, muertos y liberados que no tienen un legajo propio en el Archivo Nacional de la Memoria. De los registros originales de CONADEP se constató, con la nueva documentación, que 101 personas que pasaron por centros clandestinos de detención fueron localizadas con vida; 544 no corresponden ser incluidos en los registros y 1.009 fueron eliminados por estar repetidos o fueron unificados con otros registros.

Los legajos originales de CONADEP se encuentran hoy sometidos a un proceso de conservación y restauración y en gran parte microfilmados. Constituyen un aporte fundamental para la preservación de memoria, para el esclarecimiento de la verdad y para la justicia. Son documentos que permiten reconstruir una etapa significativa de nuestra historia.

Memoria histórica y construcción de la historia

LA MEMORIA HISTÓRICA ES UNA CONSTRUCCIÓN QUE IMPLICA UNA actitud activa de sectores sociales, políticos, étnicos o culturales que tiene como finalidad valorar de una manera determinada una etapa de la historia. Referida a la historia reciente es un derecho individual de todos aquellos que han sido víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos o de sus familiares que tiene como consecuencia obtener verdad y justicia. Pero fundamentalmente es un derecho colectivo que ejerce el conjunto de la sociedad en el análisis de hechos que han afectado a un país, o a un conjunto de países.

No hay una sola memoria. Puede existir una memoria hegemónica pero siempre hay disputas entre diferentes memorias que tratan de imponer una valoración de los hechos.

En el análisis de las últimas dictaduras argentinas que abarca el periodo comprendido entre los años 1966 a 1983, con un gobierno constitucional intermedio, que no alcanzó a mantenerse tres años, durante el cual también se desarrollaron hechos de violencia, se establecieron tres paradigmas interpretativos.

El primero de ellos fue el que intentó imponer la última dictadura. Los actos que se cometían –gravísimas violaciones a los Dere-

**Exposición efectuada en las Jornadas de Memoria Histórica,
organizadas por la Plataforma Argentina contra la impunidad,
Barcelona, 26 de marzo de 2010.
Reproducida en *Tradiciones en pugna. 200 años de Historia Argentina*,
Buenos Aires, EUDEBA, 2012.**

chos Humanos–, estaban justificados en el objetivo del combate a la subversión. Tal interpretación no alcanzó a imponerse al conjunto de la sociedad. A partir de la restauración del sistema constitucional esa interpretación quedó reducida a pequeños grupos que justifican el terrorismo de Estado.

La segunda interpretación cobró vigencia a partir de 1983 y consideraba que Argentina había sido víctima de una guerra de grupos organizados –estatales y guerrilleros– en la cual la sociedad no había intervenido. Se eliminaba así al pueblo como protagonista de la historia, como si el pueblo no hubiese participado en luchas contra las dictaduras o no hubiese sido víctima de la represión. Esta interpretación se observa en la decisión del gobierno del presidente Raúl Alfonsín al impulsar el procesamiento selectivo de jefes militares e integrantes de las organizaciones guerrilleras. Documentos que dan cuenta de este paradigma son el primer prólogo del *Nunca Más*, el informe elaborado por la Comisión Nacional sobre Desaparición de personas en 1984 y la sentencia dictada en el juicio contra las Juntas Militares en 1985.

La tercera interpretación es la que se ha consolidado en los últimos años y reivindica el significado de las luchas contra la dictadura con independencia de si contribuyeron efectivamente a enfrentar a la dictadura o si se trató de formas de lucha equivocadas, no aptas para lograr su objetivo. Se rescata así la actitud de lucha de importantes sectores de la población contra las dictaduras.

Los tres paradigmas –especialmente el primero y el tercero– se fueron modificando aunque conservaron su núcleo básico.

En la primera etapa de la dictadura instaurada en 1976 quienes ejercían el poder trataban de imponer una interpretación que decía que los hechos que se producían –desapariciones, homicidios, torturas– eran producto de la acción incontrolada de grupos de derecha. Posteriormente, ante la evidencia de la represión estatal, se afirmaba que eran grupos de tareas incontrolados que co-

metían excesos en la represión. Cuando se restableció el sistema constitucional pretendían justificar el genocidio con el argumento de la agresión terrorista o de la lucha contra la subversión.

Cuando a partir de 1996 se vuelve a detener y procesar a los responsables de la represión, como consecuencia de la denuncia por el plan sistemático de sustracción de niños, y principalmente a partir de 2003 cuando se anularon las normas de impunidad (leyes de Punto Final y Obediencia Debida) y se declaró la inconstitucionalidad de los indultos, ante la contundencia de los hechos que se imputaban y lo aberrante de las conductas juzgadas, se invocó el cumplimiento de los reglamentos militares, que efectivamente contemplaban actos como la tortura o el exterminio de los combatientes. Como si los reglamentos militares pudiesen derogar la Constitución, los tratados internacionales o las leyes y contradecir las normas éticas alcanzadas por la evolución de la sociedad. Hoy, con el objetivo de obtener una ley de pacificación y amnistía, los defensores del terrorismo de Estado, reclaman el juzgamiento de todos los delitos incluyendo las acciones guerrilleras y la elaboración de una memoria completa, sin considerar que quienes enfrentaron a las dictaduras y sus políticas no pueden compartir la misma valoración de la historia que aquellos que cometieron delitos de lesa humanidad. Tal ley posibilitaría una pretendida reconciliación.

Incluso, para los apologistas de la dictadura, resulta insostenible, en esta etapa, la reivindicación directa del terrorismo de Estado.

El segundo paradigma, elaborado por quienes no participaron en las luchas contra la última dictadura y aceptado por los sectores aterrorizados por el terrorismo de Estado, se ha modificado en cuanto no considera de igual gravedad a los hechos cometidos por el terrorismo de Estado y la guerrilla. Reconoce, esa interpretación, que los primeros son de mayor gravedad y por eso constituyen delitos de lesa humanidad.

La tercera interpretación, la reivindicación de las luchas contra la dictadura es producto de un largo proceso. A la exigencia de información sobre el destino de los desaparecidos sostenida por organizaciones de Derechos Humanos y partidos políticos en la época final de la dictadura, siguió el planteo de juzgamiento a los responsables de las desapariciones y homicidios, para finalmente defender los objetivos y las luchas de quienes se opusieron a las dictaduras. En su momento no se advirtió el significado del artículo 36 de la Constitución Nacional, incorporado en la reforma de 1994, que consagró el derecho de resistencia a la opresión. No lo advirtieron ni los propios constituyentes que establecieron así, legalmente, lo que tenía una anterior legitimidad histórica: se reivindicaban las luchas contra la dictadura cualquiera fuese la forma que esa lucha adoptó.

Tal es el cambio que esta interpretación significa para el conjunto de la sociedad que cuando se efectuó el juicio a las juntas militares en 1985 –un verdadero hecho histórico– se debía probar en cada caso concreto que las acciones represivas eran ilegales (la sentencia de la Cámara Federal que juzgó a las juntas llamaba fuerzas legales a las de la dictadura que había asaltado el poder) mientras que en la actualidad todas las acciones son consideradas por la justicia como ilegales, debiendo probarse en forma específica por parte de los imputados que en el contexto de ilegalidad, la conducta incriminada no fue ilegal.

La memoria histórica establece así una valoración de los hechos históricos. Pero memoria histórica e historia no se confunden. Por eso constituye un error tratar de imponer como verdad histórica las construcciones de la memoria.

La historia es una reconstrucción científica de los hechos del pasado, su explicación y su valoración. Para ello se utilizan las fuentes y en el caso de la historia reciente las fuentes escritas, orales y audiovisuales. Para reconstruir la historia de las dictaduras ar-

gentinas deben superarse las dificultades que presenta el carácter clandestino de la represión y de las acciones guerrilleras y la sustracción o destrucción de los documentos en los que se registraron las decisiones que determinaron las graves violaciones a los derechos humanos que se cometieron en el país.

Si consideramos otras etapas de la historia argentina observamos la analogía que existe entre la memoria histórica y el folclore del siglo 19. Los sectores sociales dominantes crearon una historia oficial que no tenía su correlato con el folclore como expresión del saber anónimo popular. El bandolero Felipe Varela (considerado así por la historia) era exaltado por el folclore de los pueblos del interior. La historia decía una cosa y el pueblo valoraba los hechos de una manera opuesta. Esa valoración permitió que años después se reconstruyera esa etapa de la historia sobre bases científicas.

Generalmente la memoria histórica precede a la historia. Sarmiento a través del *Facundo* impuso su visión de la historia argentina durante más de cien años. Cuando se comenzaron a publicar investigaciones con la documentación perteneciente al archivo de Quiroga que refutaban los hechos que se exponían en la obra de Sarmiento se modificaron, en el análisis de los investigadores, las interpretaciones de Sarmiento. ¿Pero cómo prescinde el lector de la historia del peso tremendo de las valoraciones del autor del *Facundo*? ¿Y cómo refuta el historiador aquellas afirmaciones que no tienen base documental alguna, ni de Sarmiento ni del investigador que pretende refutarlo porque son pura invención?

La oligarquía gobernante argentina creó una visión de la historia. Lo hizo en forma inmediata a los hechos, le puso el nombre de sus próceres a los pueblos y calles del país; erigió sus monumentos. Resultaba difícil entonces cuestionar una interpretación de los hechos ya establecida que tenía la aparente conformidad del conjunto de la sociedad. Más aún cuando nuestra sociedad

tenía un alto componente inmigratorio ajeno a las tradiciones de los pueblos del interior. Cuando los historiadores cuestionaron a través de la reconstrucción científica de los hechos esa interpretación histórica, sus conclusiones no modificaron esa historia oficial impuesta. Fueron interpretaciones aisladas que no alcanzaron para cuestionar lo que la memoria histórica de la oligarquía había impuesto. Tenía mas fuerza la memoria que la historia.

En Argentina existe hoy una política del Estado que contribuye a la creación de una memoria que apoya las luchas populares contra las dictaduras y marca los hechos aberrantes cometidos por la represión. Se señalizan aquellos lugares en los que ocurrieron hechos significativos como el secuestro de una persona o su muerte. Se transforman los centros clandestinos de detención y exterminio en lugares en los que se promueven los derechos humanos o la cultura. Por resolución oficial aquellos lugares de las Fuerzas Armadas o de Seguridad que fueron campos de concentración aparecen señalizados con tres pilares con las inscripciones memoria, verdad y justicia, de tal forma que toda persona que presta servicios en esas unidades observa cuál es la interpretación que la sociedad da a los hechos que otras personas, que seguramente están siendo juzgadas, cometieron en ese lugar.

Los juicios por los delitos de lesa humanidad, además de cumplir con el objetivo de justicia reclamado por una sociedad que sufrió un genocidio o prácticas genocidas, contribuyen a la formación de la memoria y a las investigaciones de la historia. A la formación de la memoria, porque una sociedad no puede dejar de analizar ese genocidio y juzgar a sus responsables si éstos se encuentran con vida como es el caso argentino. A la historia porque contribuye al esclarecimiento de los hechos. ¿Qué importancia procesal para el juzgamiento de delitos de lesa humanidad puede tener la referencia efectuada en un juicio sobre el relato perdido de Rodolfo Walsh Juan se iba por el río? La tiene para la historia. De ahí la amplitud

que debe admitirse en los procesos por delitos de lesa humanidad, más allá de su estricto objeto procesal.

La memoria histórica no es la reconstrucción científica de los hechos. Es la valoración de la historia reciente. Por eso las construcciones de la memoria deben ser complementadas por la investigación histórica. Hay construcciones de la memoria que no son hechos históricos. Todavía ignoramos cuántos fueron los desaparecidos de la dictadura de 1976-83, cuántas fueron las víctimas de las ejecuciones sumarias, cuáles fueron los combates entre las Fuerzas Armadas o de Seguridad con las organizaciones guerrilleras o cuántos fueron los muertos en combate. Las urgencias que plantea la realidad actual, con la necesidad de responder a las exigencias del juzgamiento a los autores de los delitos de lesa humanidad aportando documentación para esos juicios, o las dificultades que surgen del ocultamiento o destrucción de los archivos de la represión dificultan la tarea histórica. Pero existen mitos de la memoria que deben ser sustituidos por la investigación. Si no hacemos esa investigación en la actualidad dentro de cincuenta o cien años vendrán los investigadores que destruirán las construcciones de la memoria que no son históricas.

En definitiva, lo que se requiere es que no se construya una nueva historia oficial referida a la historia reciente basada en las construcciones de la memoria al margen de los métodos científicos de investigación.

Archivos, memoria, historia

ENTRE LAS DÉCADAS DE 1960 Y 1980, LA MAYOR PARTE DE LOS PAÍSES de América Latina vivieron la experiencia de gobiernos dictatoriales. En muchos casos esas dictaduras tenían un presidente civil y una aparente formalidad institucional que intentaban encubrir el ejercicio directo del poder por parte del aparato militar, que era el que efectivamente tomaba las decisiones fundamentales. La aplicación de sus políticas implicaba un alto grado de violencia ejercida contra los sectores populares.

Las desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias, torturas, detenciones de los opositores políticos y desplazamiento de poblaciones fueron las formas represivas que marcaron la época. La respuesta popular fue, entre otras, la insurgencia armada.

Argentina formó parte de esa experiencia. Como ocurrió en la mayor parte de los países suramericanos los sectores militares ejercieron directamente el poder, apoyados por grupos civiles que conformaron su andamiaje institucional, todos ellos en defensa de los grandes núcleos del poder económico, beneficiarios directos de los sistemas dictatoriales.

En Argentina se instauró una larga dictadura iniciada en 1966 que fue interrumpida transitoriamente en el período 1973-1976. Las luchas populares que se desarrollaron (acciones guerrilleras,

Prólogo al libro *Argentina 1976-1983. Patrimonio documental incorporado al Registro Memoria del Mundo de la UNESCO*, Buenos Aires, Archivo Nacional de la Memoria, 2013.

insurrecciones populares, luchas sindicales) tuvieron como consecuencia la convocatoria a elecciones libres en 1973 por primera vez desde 1955, con el resultado de gobiernos inestables en un contexto de violencia que las limitaciones políticas de los sectores protagónicos no pudieron superar. Esa fue precisamente una de las diferencias entre el proceso político argentino y el que se vivió en los países limítrofes en los que las dictaduras duraron un promedio de veinte años. Las luchas populares argentinas lograron interrumpir, en forma parcial, esa etapa dictatorial que vivieron, con continuidad, el resto de los países del extremo sur de América.

La dictadura argentina de 1976-1983 no se comprende si no se analiza la dictadura que la precedió. El período histórico 1966-1983 debe ser considerado en conjunto. Tampoco se lo comprende si no se tienen en cuenta los niveles de violencia aplicados por las oligarquías gobernantes y las fuerzas militares en otras etapas de la historia. Si bien hay un contexto internacional que determina que en cierta época la mayor parte de los países de América Latina fuesen sometidos a regímenes dictatoriales que aplicaban políticas similares, también hubo una experiencia nacional que posibilitó que en Argentina la última dictadura alcanzara los niveles de violencia con los que se manifestó.

La llamada Conquista del Desierto en el siglo XIX, la Semana Trágica de 1919, las huelgas patagónicas de 1921, el bombardeo de Plaza de Mayo el 16 de junio de 1955, los fusilamientos de junio de 1956, la aplicación del Plan CONINTES entre 1958-1961, entre otros hechos de violencia, fueron los antecedentes de la represión desarrollada en el período 1966-1983.

La dictadura instaurada entre los años 1966-1973, además de las torturas y ejecuciones sumarias, utilizó el método de la desaparición forzada de personas. En la mayoría de los casos, las desapariciones que se registran fueron consecuencia de la muerte de los detenidos durante las torturas, pero también hubo casos

de desapariciones decididas en el marco de las investigaciones llevadas a cabo por el Servicio de Inteligencia del Ejército sobre acciones guerrilleras que afectaron a esa fuerza. Esa práctica se extendió a partir de 1974 y se generalizó en forma sistemática con la dictadura de 1976-1983.

Hubo un marco ideológico que posibilitó los niveles de violencia que se alcanzaron. Si durante las últimas décadas del siglo XIX quienes formaban parte de los sectores sociales dominantes integraban la oficialidad del Ejército y conocían en qué oportunidades debían defender sus intereses sectoriales, con el acceso de las clases medias e incluso de sectores de la baja clase media a la oficialidad de las Fuerzas Armadas, fue necesario crear un componente ideológico que diera cohesión a la actividad represiva posibilitando la ejecución de hechos aberrantes como los que se cometieron. Porque ejecutar, torturar o hacer desaparecer personas no era defender la patria sino cometer delitos penados por las leyes vigentes, que rompían incluso con las prácticas que se habían establecido durante las guerras civiles de la primera mitad del siglo XIX, en las que la vida no era un valor, ya que se fusilaba a oficiales prisioneros, pero sí se respetaba la dignidad de las personas. Para que actos como los que cometieron las dictaduras pudiesen tener alguna relación con la función de las Fuerzas Armadas fue necesario crear doctrinas que justificasen la represión. Esa doctrina fue el anticomunismo que, en su versión argentina, se complementó con el antiperonismo. Tuvo su mayor sistematización con el reemplazo de las doctrinas de defensa nacional por la Doctrina de la Seguridad Nacional que se incorporó en los manuales de las Fuerzas Armadas. El enemigo no era ya un posible agresor externo que afectase nuestra soberanía, el enemigo era la propia población, era el enemigo interno. Las fronteras no eran ya geográficas sino ideológicas.

Los militares franceses, a partir de su experiencia contra las luchas anticolonialistas de Indochina y Argelia, fueron los primeros

que intentaron sistematizar su práctica contrainsurgente. La llamaron “la guerra moderna”. Una representación del Ejército francés se instaló en Argentina desde los años 50, en plena guerra por la independencia de Argelia. En su labor como instructores y en los cursos que desarrollaron en el territorio de Francia y en la Escuela Superior de Guerra del Ejército Argentino, los oficiales franceses proporcionaron los primeros elementos en la elaboración de las doctrinas contrainsurgentes. La prioridad fue la inteligencia para lo cual debía obtenerse información mediante la tortura. Durante la aplicación del Plan CONINTES, siguiendo esas enseñanzas francesas, se dividió el territorio del país en zonas al frente de las cuales estaba un jefe del Ejército. Se aplicó la tortura y esa división fue un antecedente de la división territorial del país en zonas, subzonas y áreas que estableció la dictadura durante el período 1976-1983.

Los gobiernos de Estados Unidos, con la excepción del presidente Carter, apoyaron abiertamente a las dictaduras. Aportaron a las doctrinas contrainsurgentes elementos tácticos y técnicos fundamentales como las tácticas de localización y traslado de tropas mediante helicópteros o armamentos específicos para la guerra en la selva o en el monte como los fusiles M 16. Se basaron en la experiencia francesa que fueron perfeccionando durante la guerra de Vietnam. Apoyaron a las Fuerzas Armadas argentinas instruyendo a centenares de oficiales y suboficiales en la Escuela de las Américas.

En ese contexto histórico-ideológico las Fuerzas Armadas argentinas desarrollaron una represión sin precedentes durante la dictadura de 1976-1983. Todo el aparato del Estado estuvo en función de la represión clandestina, que violaba incluso la propia legislación represiva que la dictadura había instaurado. Impuso, en su legalidad dictatorial, la pena de muerte; pero no la aplicó en ninguna oportunidad. Practicó como método el de la desaparición

forzada de personas con miles de ejecuciones clandestinas. Se constituyó así el Estado terrorista. Según los testimonios existentes documentó burocráticamente esa represión dejando constancia de las declaraciones de los prisioneros extraídas bajo tortura y el destino de los detenidos-desaparecidos.

En su última etapa, la dictadura argentina dictó un decreto que ordenaba la destrucción de la documentación relacionada con los detenidos a disposición del Poder Ejecutivo. Igual medida dispuso el comandante en jefe del Ejército con la documentación relacionada con la lucha contra la subversión. Es posible que esa documentación no se haya destruido, sino que haya sido substraída del poder del Estado, pero lo cierto es que todavía no la conocemos. Es probable que, teniendo en cuenta las características que adoptó la represión, que fue descentralizada aunque respondiendo a un plan general, dividida por armas y zonas, existan varias fuentes documentales. El Ejército ejecutó la represión de forma descentralizada a través de sus cuatro cuerpos y el Comando de Institutos Militares pero tenía una centralización informativa que era el Batallón de Inteligencia 601; seguramente, la mayor parte de la información fue centralizada en esa unidad.

En los últimos años se ha encontrado valiosa documentación relacionada con la represión que fue elaborada por las policías provinciales, la más importante de las cuales, por su contenido y su sistematización, es la que llevó la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires que reúne la información construida a través de su propio ámbito de actuación y la que le era remitida por otros servicios de inteligencia que operaban en el ámbito de lo que se llamaba comunidad informativa. Estos archivos no se limitan a las actividades represivas de las últimas dictaduras; algunos comienzan en la década de 1930 y se extienden hasta los 90, ya en plena etapa de vigencia del sistema constitucional. Seguramente la omisión de destrucción de la documentación

policial contrainsurgente por parte de las policías provinciales se debió a que consideraban normal ese tipo de actividades ilegales. También existe información indirecta sobre la represión en la documentación de las Fuerzas Armadas y de Seguridad que se ha conservado.

El libro que se publica, *Argentina 1976-1983. Patrimonio documental incorporado al Registro Memoria del Mundo de la UNESCO*, constituye una muestra de la documentación existente referida a la historia argentina reciente. Se trata de veintinueve fondos documentales pertenecientes a dieciocho archivos algunos de los cuales fueron elaborados por los propios organismos encargados de la represión como los policiales, o por el Estado en sus intentos de acción reparadora como el de la CONADEP, los formados por las organizaciones de Derechos Humanos en su incesante lucha por la justicia y otros por personas que desarrollaron una actividad similar.

El programa de la UNESCO Memoria del Mundo tiene como finalidad preservar y difundir los documentos significativos que son patrimonio histórico de la humanidad. Por iniciativa y coordinación del Archivo Nacional de la Memoria los fondos documentales que se presentan en este libro fueron incorporados al Registro Memoria del Mundo en el año 2007. Se encuentran identificados como Patrimonio Documental sobre Derechos Humanos en Argentina relativos al período 1976-1983. Archivos para la Memoria, la Verdad y la Justicia frente al Terrorismo de Estado.

La reconstrucción de la historia argentina reciente presenta dificultades dado el carácter clandestino e ilegal de la represión y también por la clandestinidad de las organizaciones armadas que se le opusieron. Los organismos de Derechos Humanos en su ejemplar lucha contra la dictadura contribuyeron a crear una memoria contrapuesta a la que intentó crear esa dictadura. Dieron otra valoración a la historia reciente que hoy es compartida

por la mayor parte de la sociedad. También, en esa lucha, elaboraron y recopilaron documentos. El Estado desde 2003 contribuyó a afianzar esa memoria y también localizó documentación de la represión poniéndola a disposición de la Justicia. El conjunto de la documentación, incorporado por la UNESCO a su Registro Memoria del Mundo, además de comprometer a los dieciocho archivos que tienen en su poder los veintinueve fondos documentales a su preservación y difusión, constituye un material indispensable para reconstruir el período que es, seguramente, el más trágico de la historia argentina.

Los juicios por delitos de lesa humanidad

DESDE LA DÉCADA DE 1960, EN UNA ETAPA HISTÓRICA QUE SE extendió hasta los 90, los países de América Latina vivieron la experiencia de las dictaduras. En algunos casos esas dictaduras fueron interrumpidas transitoriamente por democracias formales que continuaron con las prácticas autoritarias de las dictaduras abiertas. Algunos países que conservaron las formas democráticas, con la elección periódica de sus autoridades según lo determinaban sus constituciones (México, Venezuela y Colombia) sufrieron también altos niveles de violencia. El único país que escapó a esa realidad fue Costa Rica.

La respuesta popular a esas dictaduras fue, en algunos casos, la insurgencia armada. La represión estatal a las luchas populares se manifestó en la desaparición forzada de personas, las ejecuciones sumarias y extrajudiciales, las detenciones masivas de los opositores políticos, el desplazamiento de poblaciones, la tortura generalizada y el exilio. Se violaron así los compromisos internacionales contraídos por los Estados, entre ellos los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra referidos a los conflictos armados internos y el propio derecho interno de los Estados. Se vulneraron, en definitiva, los principios aceptados por la comunidad interna-

Publicado en *Huellas II. Semblanzas de vida de detenidos-desaparecidos y asesinados por el terrorismo de Estado pertenecientes a la Universidad Nacional de La Plata*, UNLP, Dirección de Derechos Humanos, 2014.

cional referidos al respeto a los derechos humanos y la dignidad de la persona.

En la mayor parte de los casos las transiciones a la democracia fueron pactadas. El poder militar o cívico militar que había capturado el gobierno acordó con los sectores políticos las formas de la transición, la presencia militar en esa transición y la impunidad para quienes habían cometido crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad. Como consecuencia de esos acuerdos se sancionaron leyes de autoamnistía y amnistía que consagraron legalmente la impunidad pactada.

Si se observa la experiencia internacional se advierte que en las transiciones a la democracia o en las guerras anticoloniales la impunidad fue la norma. No se juzgaron los crímenes de guerra de los franceses en Indochina y Argelia ni los de los norteamericanos en Vietnam. Solo los vencedores de una guerra o las revoluciones triunfantes juzgaron los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad. Así ocurrió con los vencedores de la Segunda Guerra Mundial que establecieron los Tribunales Militares de Núremberg y Tokio y con las revoluciones triunfantes de Cuba y Nicaragua.

La experiencia argentina fue distinta. La transición a la democracia fue de ruptura y no acordada. La dictadura colapsó como consecuencia de las luchas sindicales, de las organizaciones de Derechos Humanos y por la derrota en la Guerra de Malvinas. No pudo imponer condiciones a la recuperada democracia. Esa ruptura posibilitó las medidas que inicialmente tomó el gobierno constitucional que permitieron fundar la democracia argentina moderna.

En diciembre de 1983 se dispuso, por decreto, la creación de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) y en enero el juzgamiento de las juntas militares que habían usurpado el poder. Se creó la primera comisión estatal de la verdad, antecedente de otras creadas en países que con posterioridad ini-

ciaron su transición a la democracia y se pudo realizar así el Juicio a las Juntas Militares, un ejemplo único en el mundo.

La sentencia que se dictó en 1985 condenando y absolviendo, en algunos casos, a los integrantes de las juntas militares está impregnada de las ideologías contrainsurgentes, pero eso no le quita su valor histórico.

La transición a la democracia fue de ruptura, pero en muchos casos el gobierno constitucional actuó como si hubiese sido pactada, aceptando las presiones del poder militar ante el temor a un quiebre institucional. Entonces, las concesiones al poder militar consagraron, en un proceso de siete años, la misma impunidad que se había establecido en los restantes países del continente al restablecerse el sistema constitucional. La impunidad inmediata que lograron quienes cometieron delitos de lesa humanidad en América Latina al comenzar el proceso de transición a la democracia, se estableció, en Argentina, después de sancionada la Ley de Punto Final en 1986, de Obediencia Debida en 1987 y los decretos de indulto en 1989 y 1990. Nos asemejamos así a los restantes países del continente. La Corte Suprema de Justicia de esa época convalidó las normas de impunidad frente a los planteos de inconstitucionalidad que se efectuaron.

Se recurrió entonces, por parte de las organizaciones de Derechos Humanos, a los organismos internacionales creados por las convenciones protectoras de los Derechos Humanos. Se efectuaron denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y la Comisión contra la Tortura que, en definitiva, consideraron que las normas de impunidad eran incompatibles con los compromisos internacionales contraídos por el Estado argentino. Se promovieron también, sobre la base del principio de la personalidad o de la jurisdicción universal, juicios en distintos países en los que se dictaron órdenes de captura contra los autores de los delitos de lesa humanidad que

se vieron imposibilitados de salir del país. Se instruyeron, aunque sin imputación penal, los Juicios por la Verdad, que contribuyeron al esclarecimiento del destino de los detenidos desaparecidos y la responsabilidad de los autores de tales hechos.

Un nuevo paradigma jurídico se estableció en la Reforma Constitucional de 1994 que otorgó jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos contemplados en el artículo 75, inciso 22 y estableció un procedimiento para otorgarle jerarquía constitucional a otros tratados de Derechos Humanos. A partir de entonces, aunque los tratados se encontraban en vigencia con anterioridad, podía utilizarse, en el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad, junto al derecho interno argentino, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En ese contexto la impunidad comenzó a revertirse cuando se denunció el plan sistemático de desaparición de niños en diciembre de 1996, ya que tales delitos no estaban contemplados en las normas de impunidad. Esa denuncia llevó a la detención de los integrantes de las juntas militares y en ese juicio, por primera vez, una Cámara Federal consideró que los delitos denunciados eran delitos de lesa humanidad y por lo tanto imprescriptibles.

En 2003 el Estado hizo propia la política anti-impunidad que habían mantenido las organizaciones de Derechos Humanos como parte de la sociedad cambiando la composición de la Corte Suprema de Justicia mediante el Juicio Político a algunos de sus integrantes, promoviendo la nulidad de las leyes de impunidad y tomando otras medidas simbólicas en favor de la memoria, la verdad y la justicia.

Argentina se convirtió así en el país que es ejemplo en el mundo en el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad. Otros países también se han visto obligados, como consecuencia de la jurisprudencia internacional, a tomar medidas contra la impunidad y juzgar a los autores de delitos de lesa humanidad, pero ningun-

no alcanzó la dimensión de Argentina. Siguiendo el ejemplo de la CONADEP se crearon otras comisiones por la verdad que muchas veces se llaman también de la reconciliación o de la paz, cuando en Argentina se considera que la paz la da el Estado de Derecho y no puede existir reconciliación con torturadores y autores del delito de desaparición forzada de personas porque lo que procede es su juzgamiento.

Las sentencias que se dictan están basadas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no se observan consideraciones ideológicas que receptan la influencia de las doctrinas contra-insurgentes como en la sentencia en el juicio a las juntas militares en 1985. Hay en esas sentencias un reconocimiento de lo que fue en nuestro país el terrorismo de Estado y sobre el significado de las luchas del pueblo en contra de las dictaduras. Sin que exista una revolución triunfante el Estado de Derecho juzga con sus leyes a los autores de los delitos de lesa humanidad.

Por una ley de la memoria histórica

EL 5 DE NOVIEMBRE DE 2010 INGRESÓ A LA CÁMARA DE DIPUTADOS un proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo sobre la memoria histórica. El proyecto era producto de la elaboración de un equipo interdisciplinario de la Secretaría de Derechos Humanos y del Archivo Nacional de la Memoria y demandó varios meses de estudio. El 15 de agosto de 2011 tuvo dictamen favorable de las Comisiones de Derechos Humanos y Garantías y de Presupuesto y Hacienda y quedó a consideración de la Cámara mediante Orden del Día 2352 con algunas disidencias parciales. El proyecto no fue tratado por la Cámara y perdió estado parlamentario. Posteriormente el proyecto fue presentado nuevamente por un grupo de diputados, pero nunca fue tratado. La Ley de la Memoria Histórica hubiese sido un componente complementario de las políticas públicas sobre derechos humanos llevadas adelante en los últimos años, pero, inexplicablemente, nunca fue aprobada por el Congreso.

El proyecto reconocía el derecho individual y colectivo al ejercicio de la memoria histórica y el derecho a la justicia y reparación –a la sociedad y a las víctimas– por la violación de los derechos fundamentales. Establecía como un deber del Estado nacional proteger esa Memoria Histórica promoviendo el acceso de todos los habitantes a su conocimiento. Preservaba todo tipo de documentos, en cualquier soporte, relacionados con delitos de lesa huma-

nidad y crímenes de guerra y garantizaba el derecho a la verdad “como forma de hacer efectivo el derecho a la memoria y afianzar la justicia en el marco de la legalidad democrática”.

Para garantizar esos derechos el Estado Nacional asumía diversos compromisos, como la preservación de lugares emblemáticos, requiriendo, para ello, la colaboración de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Prohibía, también, asignar denominaciones honoríficas, insignias, placas y otros objetos o menciones de carácter público a personas que hayan tenido participación activa en la represión ilegal y en el quebrantamiento de las instituciones democráticas.

El Proyecto de Ley reglamentaba el funcionamiento y las atribuciones del Archivo Nacional de la Memoria, creado por decreto 1569/03 modificado por el decreto 1852/07 y de alguna de sus dependencias como el Museo y el Centro Cultural de la Memoria Haroldo Conti. Si bien los decretos que reglamentan su funcionamiento conceden al Archivo amplias facultades para el cumplimiento de sus objetivos, como el acceso a la documentación del Estado nacional, existen ciertos límites precisamente por el carácter de las normas. En algunos casos hay documentación protegida por ley, no desclasificada, como la que resguarda la identidad del personal de inteligencia de la Policía Federal, de las restantes fuerzas de Seguridad y de la ex Secretaría de Inteligencia que actuaron durante la última dictadura y que todavía son desconocidos. En el caso del personal civil de inteligencia de las Fuerzas Armadas el Archivo Nacional de la Memoria gestionó su desclasificación y una vez desclasificada esa información se puso en conocimiento de la Justicia los nombres de unos siete mil doscientos integrantes de la inteligencia militar. Eso no ha ocurrido con la Policía Federal y fuerzas de Seguridad. Atribuciones otorgadas por decreto no alcanzan a la información protegida por ley. Eso lo solucionaba la Ley de la Memoria Histórica. También solucionaba las dificulta-

des existentes para el acceso a la documentación en guarda en el Archivo Nacional de la Memoria. El principio general era el libre acceso a la documentación, la que en ciertos casos podría restringirse en protección al derecho a la intimidad. Por supuesto existe documentación entregada por otros Estados y organismos internacionales que establecen un procedimiento específico para el acceso a esa documentación que no se modifica por ley o decreto y que el Estado está obligado a respetar.

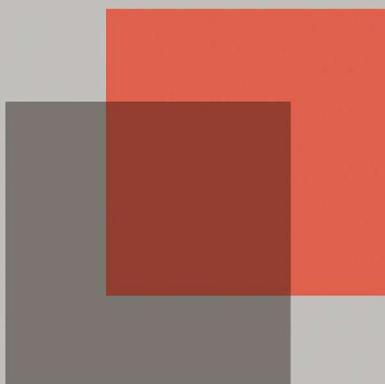
En la redacción del Proyecto de Ley de la Memoria Histórica se tuvieron en cuenta distintos antecedentes, entre ellos la Ley de la Memoria de España actualmente vigente. Esa ley fue de aplicación parcial y se pueden observar, en España, las dificultades existentes para consolidar una política de la memoria y revisar el pasado reciente. Los nietos no pueden identificar, en la mayoría de los casos, los cuerpos de sus abuelos enterrados en los alrededores de los pueblos que fueron fusilados en el transcurso de la guerra civil. Pero los propios españoles se han encargado de señalar –en congresos y debates– la diferencia fundamental entre la ley española y el proyecto argentino. Para España, el ejercicio de la memoria histórica es un derecho individual; en el proyecto argentino, además de un derecho individual es un derecho colectivo, un derecho de toda la sociedad, que el pueblo puede ejercer en forma directa para esclarecer las graves violaciones a los derechos humanos.

En diciembre de 2013 el Archivo Nacional de la Memoria simplificó el proyecto. Ese proyecto es una nueva base para una discusión que complementarías las políticas de derechos humanos sostenidas por la sociedad y el Estado nacional y permitiría avanzar en la investigación sobre aspectos que hasta ahora no han sido considerados.

La lectura comentada de *Los Derechos Humanos en Argentina* es útil para todos y necesaria para gente del Derecho, estudiantes y militantes o colaboradores de las campañas populares. Viene a fortalecer su energía, a dotarlos de un arsenal irrefutable de argumentos, tendientes a establecer la necesidad de consagrar, mediante una Declaración Universal, que la desaparición forzada de personas es un crimen de lesa humanidad, imprescriptible y extra territorial. Que a la Declaración debe seguir una Convención que comprometa a los gobiernos de cualquier signo. El Derecho no siempre vuela. Solamente en momentos de conmoción estremecedora de transformación del hombre y de la sociedad, cuando afloran ideales profundos. A veces se estaciona, a veces se arrastra pesadamente, a veces retrógrada. Pero sobre la fe, la conciencia y la voluntad activa de los pueblos, al final de unas décadas se advierten sus progresos, para bien de los que vendrán: los hijos de los hijos.

Reyna Diez

(Prólogo a la primera edición)



Memorias del Sur

