

José Daniel Cesano

## **Derechos humanos, sistema penal y cuestión militar en la República Argentina: de una justicia retroactiva a una justicia revisionista**

### **Introducción**

La presente contribución tiene una finalidad muy concreta: describir el tratamiento que tuvo (y tiene), en el sistema jurídico argentino, la criminalidad cometida bajo el terrorismo de Estado del último régimen de facto (1976/1983). La perspectiva y el balance se hacen necesarios hoy, frente a recientes acontecimientos que han tenido lugar (y de los que se dará cuenta en este informe) reactivando la actualidad de la cuestión. De esta forma, ofrecemos al lector no familiarizado con la realidad Argentina, una síntesis –lo más asequible posible- de esta problemática.

### **La restauración democrática (1983) y la justicia retroactiva: el juicio a las juntas militares.**

Cuando el 24 de marzo de 1976, las fuerzas armadas –tras el derrocamiento de María Estela Martínez de Perón (Vicepresidente de la República, en ejercicio de la Presidencia por el fallecimiento de su esposo, Juan Domingo Perón)- se hacen cargo del poder, se instaura en la Argentina el más crudo terrorismo de Estado. Luis Alberto Romero, lo ha sintetizado proverbialmente de la siguiente manera:

*(...) el Estado se hace cargo de la represión contra los guerrilleros; pero, sobre todo, contra activista, intelectual y espíritus críticos en general, pues las Fuerzas Armadas (...) [habían] decidido extirpar el mal de raíz. La represión es ilegal y clandestina. Grupos anónimos de ostentosa impunidad (...) secuestran a la vista de todos. Las víctimas son llevadas a campos clandestinos de detención (...). Allí, sin apuro, sufren (...) [torturas], violación, simulacro de fusilamiento, o asisten al padecimiento de eso mismo por sus parejas o hijos. Algunos se quedan, otros se quiebran y otros, finalmente, pasan a una suerte de limbo, hasta que se decide su (...) [ejecución]. La decisión corresponde a un alto mando de las Fuerzas Armadas, que en cada caso analiza el expediente, pues se trata de un horror organizado y burocrático<sup>1</sup>.*

Las noches del totalitarismo suelen ser, lamentablemente, largas. En el caso de la Argentina, el último período de facto se extendería hasta la restauración democrática. El 30 de octubre de 1984, es elegido Presidente el representante de la Unión Cívica Radical: Raúl Ricardo Alfonsín.

Desde la recuperación de la democracia los poderes del Estado empezaron a dar claras señales de que, la brutal represión no quedaría impune. En efecto, por una parte, el Congreso de la Nación anuló la "ley" de auto amnistía 22.924<sup>2</sup>, a través de

---

<sup>1</sup> Cfr. Luis Alberto Romero, *Argentina. Una crónica total del siglo XX*, Ed. Aguilar, Bs. As., 2000, p. 212. La historiografía argentina reciente ya ha realizado muy serios estudios sobre este período. En tal sentido, una muy buena muestra de ello, lo constituye el trabajo de Marcos Novaro y Vicente Palermo, "La dictadura militar 1976/1983. Del golpe de Estado a la restauración democrática", en: *Historia Argentina*, T° 9, Ed. Paidós, Bs. As., 2003.

<sup>2</sup> En rigor, desde la perspectiva constitucional, no era una ley ya que, durante el gobierno de

la ley 23.040<sup>3</sup>. Al mismo tiempo, el Poder Ejecutivo creó por decreto 187/1983 la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP). Tal Comisión registró en forma pormenorizada todas las demandas presentadas por particulares sobre la desaparición forzada de sí mismos o de familiares o amigos desaparecidos definitivamente. De hecho, su informe final<sup>4</sup> fue determinante para la realización de los juicios criminales seguidos contra las sucesivas juntas militares.

De esta manera comenzaron a visualizarse – y como algo inédito para la historia de nuestra república – los primeros rasgos de una justicia retroactiva; cuya finalidad era someter a juzgamiento los hechos ocurridos durante el último período de facto que acababa de finalizar (y que duró entre 1976 – 1983)<sup>5</sup> Este programa, diseñado en los inicios de la administración de Alfonsín, incluía (entre otros aspectos):

- a. la atribución de competencia para entender en toda acusación por violación a los derechos humanos a la justicia militar, otorgando a la Cámara Federal de Apelaciones amplios poderes de revisión de las decisiones de aquella jurisdicción y
- b. la modificación de ciertas normas del Código de Justicia Militar respecto de la obediencia debida. En vinculación con ella, se creaba una presunción *iuris tantum* a favor de aquellos que siguieron órdenes que en definitiva violaban derechos humanos y que cometieron un error respecto de la legitimidad de las órdenes<sup>6</sup>.

Así, a través de sendos decretos del Poder Ejecutivo Nacional se ordenó el inicio de acciones penales dirigidas tanto hacia quienes lideraban los movimientos de guerrilla<sup>7</sup> como contra los miembros de las juntas<sup>8</sup>.

Las audiencias de la Cámara de Apelaciones (con relación a las juntas) se iniciaron el 22 de abril de 1985. El 9 de diciembre de ese año, el Tribunal dio a conocer su decisión: Videla y Massera recibieron prisión perpetua e inhabilitación permanente para todo cargo público; Agosti recibió cuatro años y medio de prisión e inhabilitación permanente; Viola recibió diecisiete años de prisión e inhabilitación permanente para cualquier cargo público; Lambruschini recibió ocho años de prisión e inhabilitación permanente; Graffigna, Galtieri, Anaya y Lami Dozo resultaron absueltos.

---

facto, se había disuelto el Congreso de la Nación; asumiendo la facultad legislativa el Poder Ejecutivo Nacional.

<sup>3</sup> Asimismo, el artículo 2º de la ley 23.040, también establecía la anulación de las *resoluciones judiciales que hubieran aplicado la ley abrogada*.

<sup>4</sup> Cfr. *Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. Nunca más*, 4ª edición, Eudeba, Bs. As., 1998.

<sup>5</sup> Por cierto esto no significa que, en otros ámbitos culturales, con carácter previo no hayan existido manifestaciones de justicia retroactiva. Quizá el primer intento en esa dirección fue el funcionamiento de los tribunales de Nuremberg, tras la finalización de la segunda guerra mundial. Sobre éste y otros antecedentes, cfr. el valioso trabajo de Carlos S. Nino, *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del proceso*, Ed. Emecé, Bs. As., 1997, pp. 17-75.

<sup>6</sup> Coinciden con esta caracterización, Nino, *Juicio al mal (...)*, op. cit., p. 115 y Marcelo A. Sancinetti, Marcelo Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 300.

<sup>7</sup> A través del decreto N° 157/1983, se ordenó el inicio de acciones en contra de Firmenich, Vaca Narvaja, Obregón Cano, Galimberti, Perdía, Pardo y Gorriarán Merlo.

<sup>8</sup> Por medio del decreto 158 se hizo lo propio respecto de los siguientes miembros de las juntas: Videla, Viola y Galtieri por el Ejército; Massera, Lambruschini y Anaya por la Armada y Agosti, Graffigna y Lami Dozo por la Fuerza Aérea.

**La cuestión militar y la política en materia de derechos humanos en las administraciones de Raúl Ricardo Alfonsín y de Carlos S. Menem**Las leyes de obediencia debida y punto final

A pesar de este relativo (*recuérdese que, la reforma al Código Justicia Militar que hemos mentado, ya significaba una limitación a la responsabilidad penal*) buen inicio –y luego de la sentencia – hacia fines de 1986, se hicieron visibles signos muy fuertes de un debilitamiento en la política de derechos humanos. Estos signos – que han llevado a muy prestigiosos doctrinarios a hablar de auténticas "estrategias de impunidad"<sup>9</sup> - quedaron concretizados con la sanción de las leyes de "punto final" y "obediencia debida". Ambas leyes pueden inscribirse –dentro de la clasificación que realiza Kai Ambos- como casos de "impunidad normativa"; entendiendo por tal aquellas estrategias que tienen su origen directo e inmediato en normas jurídicas<sup>10</sup>.

La ley 23.492 ("punto final") establecía (artículo 1°) que:

*[s]e extinguirá la acción penal contra todo miembro de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias imputado por su presunta participación, en cualquier grado de autoría, en delitos que pudieran haberse cometido con motivo u ocasión de hechos acaecidos en el marco de la represión, hasta el 10 de diciembre de 1983, que no fuere citado a prestar declaración indagatoria por tribunal competente dentro de los sesenta (60) días corridos contados a partir de la fecha de promulgación de la presente ley, o que, habiéndolo sido con anterioridad, no se encuentre procesado o no lo fuere dentro de dicho plazo.*

Por su parte, la ley 23.521 ("obediencia debida") disponía en su artículo 1° que:

*[s]e presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10, punto 1, de la ley 23.040 por haber obrado en virtud de obediencia debida. En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.*

Este último artículo fue impugnado en su constitucionalidad. No obstante ello, el 22 de junio de 1987, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el voto disidente del ministro Jorge Antonio Bacqué, terminó por convalidarla<sup>11</sup>.

Sin duda que, la resolución de la Corte (en su vertiente mayoritaria), no fue otra cosa que un aporte a una decisión política ya cristalizada por el gobierno (la de terminar con los procesos pendientes contra militares)<sup>12</sup>. Lo grave es que, el precio

<sup>9</sup> Así, Sancinetti, Ferrante, *El derecho penal (...)*, op. cit., p. 297.

<sup>10</sup> Cfr. Kai Ambos, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª edición actualizada y revisada, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 1999, p. 34.

<sup>11</sup> Votaron por la constitucionalidad los jueces José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi. Para el texto del fallo, Cfr., Marcelo A. Sancinetti, *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Lerner Editores Asociados, Bs. As., 1988, p. 291 y ss.

<sup>12</sup> Así lo califica Arturo Pellet Lastra, *Historia política de la Corte (1930–1990)*, Ed. Ad –

de esta "contribución" fue muy alto: el más absoluto desprecio hacia principios constitucionales elementales. En efecto, como se recordará, el artículo 1° de la ley 23.521 establecía una presunción absoluta. Tal presunción –como bien lo ha demostrado Sancinetti, siguiendo la línea argumental del ministro disidente (el Dr. Bacqué)- importó:

*imponerle a los jueces una única y determinada manera de establecer la situación de hecho de los delitos que se hallaban bajo su conocimiento, y una única y determinada manera, también, de interpretar la ley aplicable. Ello significó –más allá de la gravedad valorativa que tiene el contenido de la ley- una violación manifiesta al principio de la división de poderes, que constituye, como ha dicho la Corte desde el tomo I de su colección de fallos, un 'principio fundamental de nuestro sistema político', según el cual las atribuciones de cada poder 'le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los altos poderes políticos, destruiría la base de nuestra forma de gobierno'(...)*<sup>13</sup>.

#### Los indultos

Por supuesto que durante la administración del Presidente Menem (a partir de 1989) estas estrategias de impunidad se consolidaron firmemente; provocando el naufragio total de una justicia retroactiva que, a la postre, sólo quedó en ciernes. En tal sentido, desde su asunción, la política del gobierno en esta materia fue clara: el indulto de los condenados y procesados por aquellos delitos<sup>14</sup>. Sin desconocer la facultad constitucional respecto de los condenados –aún cuando, para este tipo de criminalidad, discutibles, de acuerdo a lo que diremos enseguida; el problema central de esta medida se vinculaba con su alcance con relación a imputados sometidos a proceso. En tal sentido, y salvo algún precedente aislado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (invocado por el propio Poder Ejecutivo, para justificar su medida), el artículo 86, inciso 6° [hoy, artículo 99, inciso 5°], de nuestra Ley Fundamental, sólo permitía (y permite) el indulto a sujetos ya condenados; razón por la cual, desde el análisis de su validez formal, los decretos que instrumentaban aquella decisión no resistían el menor análisis.

Al argumento anterior, Sancinetti y Ferrante, le adicionan otros dos cuestionamientos que se orientan a demostrar la invalidez material de tales indultos: a) por una parte, que ciertos indultos constituyen auténticas amnistías encubiertas; con lo cual se vuelve a desconocer la división de poderes<sup>15</sup> y b) de otra por cuanto, a partir de la interpretación que los autores realizan del artículo 29 de la Constitución Nacional, no siendo amnistiables tales hechos, tampoco podrían ser objeto de indulto<sup>16</sup>.

---

Hoc, Bs. As., 2001, p. 433.

<sup>13</sup> Cfr. Sancinetti, *Los derechos humanos (...)*, op. cit., pp. 130-131.

<sup>14</sup> Se trató de los decretos 1002, del 6 de octubre de 1989 y 2741, 2745 y 2746, del 29 de diciembre de 1990.

<sup>15</sup> Ello por cuanto, en el sistema constitucional Argentino, las amnistías constituyen una atribución del Congreso de la Nación y no del Poder Ejecutivo.

<sup>16</sup> Cfr. Sancinetti, Ferrante, *El derecho penal (...)*, op. cit., p. 349. Más adelante, los autores sostienen: (...) *si bien la amnistía de hechos atroces y aberrantes contra el perseguido político fue realizada muchas veces, la doctrina vinculada al art. 29 de la Const. Nacional (...) impide ese olvido [que es la naturaleza de la amnistía]. Y lo impide por razones que no se limi-*

### **Revisando el pasado reciente: la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final y las declaraciones de inconstitucionalidad**

Desde el 6 de marzo de 2001 (fecha en la que se declaró, en 1ª instancia, la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521; volviendo a renacer la cuestión de la invalidez de aquellas normas), la Argentina comenzó a desandar el camino que se venía trazando en las administraciones anteriores (en la de Alfonsín [con posterioridad a la sentencia condenatoria de los miembros de la Junta] y en la de Menem).

Si esta orientación significa (o no) una nueva línea política frente a la cuestión de los Derechos humanos (en el sentido de desactivar las estrategias de impunidad); es algo que abordaremos en el acápite final de este informe. Previo a ello, sin embargo, nos parece oportuno precisar dos aspectos: a) el primero consistirá en describir los distintos hitos que pueden observarse en este tramo final de la evolución de la cuestión militar y los derechos humanos en la Argentina; b) el segundo, en cambio, pretende señalar la argumentación utilizada para justificar este giro.

El 6 de marzo del 2001, el Sr. Juez, titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 4, Dr. Gabriel R. Cavallo, en el marco de un proceso en el que se investigaba a J. H. S. (suboficial de la Policía Federal Argentina) por

---

*tan al 'esclarecimiento de los hechos', sino que se compromete con su punición como acto obligatorio: pues el art. 29 de la Const. Nacional fulmina con la 'pena de los infames traidores a la patria' ya a quienes formulen, consientan o firmen 'actos de esa naturaleza', y la doctrina de la Corte ha dicho que la amnistía implica una suerte de derogación de la norma incriminante, que el Congreso no puede formular, consentir ni suscribir. Más sería una traición a esta doctrina que, sorpresivamente, el presidente sí pudiera hacerlo, dado que el art. 29 de la Const. Nacional es una disposición que impide delegar en el ejecutivo funciones propias de las legislaturas. ¿Cómo podría deducirse, del art. 29 de la Const. Nacional, la imposibilidad de que el Congreso dicte amnistías generales, por hechos que el presidente sí pudiera indultar? (p. 351). Pese a estos argumentos, Sancinetti y Ferrante postulan la posibilidad de indultos (a condenados) cuando se fundan en razones realmente particulares: si un ex presidente de la Nación fuera condenado por crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en el ejercicio de la suma del poder público (art. 29, Const. Nacional), y al cumplir su sentencia contrae SIDA en prisión, con pronóstico de vida negativo y sin que haya otro modo de mitigar su mortificación que decretando su libertad, el indulto podría ser admitido (p. 352). De hecho – y en relación con ciertos beneficios penitenciarios – se ha planteado, en el ámbito jurisprudencial, la viabilidad de los mismos cuando se trata de sujetos sometidos a proceso y condenados por delitos de lesa humanidad. El caso más frecuente, vinculado con el ejemplo de Sancinetti y Ferrante, se da con el acceso a la prisión domiciliaria por problemas de salud o edad avanzada. En tal sentido, nos parece oportuno recordar un reciente caso resuelto por la casación francesa (para su texto, Cfr: [http://courdecassation.f/agenda/agenda\\_new/default](http://courdecassation.f/agenda/agenda_new/default)) en donde, un condenado por delitos contra la humanidad ocurridos durante el régimen nazi soltó, por problemas de salud, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión convencional impuesta, siéndole sustituida por esta modalidad de cumplimiento. Concedida la misma por el "juge de l'application des peines", el Procurador recurrió dicha decisión. La "Cour de cassation", a través del Arrêt n° 927 (del 12 de febrero de 2003) confirmó la resolución del a-quo afirmando que: *l'article 720-1-1, alinéa 1er, du Code de procédure pénale, qui prévoit la possibilité de suspendre une peine privative de liberté, qu'elle qu'en soit la nature ou la durée, et pour une durée qui n'a pas à être déterminée, à l'égard des condamnés dont il est établi qu'ils sont atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention, ne fixe aucune condition tenant à la nature des infractions sanctionnées ou à l'existence d'un risque de trouble à l'ordre public* (el énfasis nos corresponde). La cuestión también ha merecido pronunciamientos por parte de la justicia Argentina. Al respecto, Cfr. José Daniel Cesano, *Estudios de Derecho Penitenciario*, Ed. Ediar, Bs. As., 2003, p. 137.*

haber secuestrado en la tarde del 27 de noviembre de 1978 a J. L. P. R. y, en horas de la noche, a la esposa de éste, G. M. H. y a la hija de ambos, C. V. P. (trasladando al matrimonio a un centro de detención clandestino), declaró la inconstitucionalidad y la nulidad insanable del artículo 1° de la ley 23.492 y de los artículos 1°, 3° y 4° de la ley 23.521<sup>17</sup>. Como consecuencia de dicho fallo, el imputado, primero fue indagado y, luego, procesado con prisión preventiva. Contra tal medida, el defensor recurrió el decisorio; siendo confirmado por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. Frente al resultado adverso, el letrado dedujo recurso extraordinario federal, motivando el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, el 14 de junio de 2005, ratificó la invalidez constitucional de ambas disposiciones legales.

En el ínterin, el Congreso de la Nación, a través de la ley 25.779,<sup>18</sup> declaró insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521 (artículo 1°).

¿Cuál ha sido la línea argumental para justificar este cambio?<sup>19</sup>

El propio juez Petracchi – que ya había votado en el fallo del 22 de junio de 1987, convalidando (incorrectamente según lo dijéramos) la constitucionalidad de la última ley citada - explicitó un razonamiento que, desde luego, partía de premisas distintas: la utilización de normas internacionales protectoras de los derechos humanos<sup>20</sup>. Evidentemente, la posibilidad de mutar criterios anteriores por parte del actual Presidente de la Corte<sup>21</sup>, se vio favorecido por la expansión del derecho internacional de los derechos humanos que puede verificarse en nuestro país por obra de la reforma constitucional de 1994. Dicha modificación, entre otros aspectos, se caracterizó por elevar a rango constitucional, once instrumentos internacionales (por ejemplo: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; etc.); posibilitando, incluso, a que se incorporasen nuevos instrumentos con idéntica jerarquía (constitucional) a través de una ley del Congreso (que exige un quórum calificado – artículo 75, inciso 22, C.N.)<sup>22</sup>. El único ca-

<sup>17</sup> Para el texto del fallo, Cfr. *Nueva doctrina penal*, T° 2000/B, p. 527 y ss. El decisorio fue comentado, en ese mismo volumen, por Juan E. Méndez y Gastón Chillier, *El fallo del juez Cavallo y sus consecuencias sobre el sistema democrático* (p. 509 y ss.) y por Jaime Malamud Goti, *A propósito de una sentencia bien intencionada* (p. 493).

<sup>18</sup> Sancionada el 21 de agosto de 2003, promulgada el 2 de septiembre del mismo año y publicada el 3 de septiembre de 2003.

<sup>19</sup> Recuérdese que, la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, había ratificado la validez constitucional de la ley de obediencia debida en su pronunciamiento de fecha 22 de junio de 1987.

<sup>20</sup> Sobre el fenómeno de globalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Cfr. Cesano, *Estudios (...)*, op. cit., p. 17 y ss. Asimismo, vid. Antonio Augusto Cançado Trindade, "A proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do Novo Século", en "The Modern World of Human Rights. Essays in honour of Thomas Buergenthal", Inter.-American Institute of Human Rights, San José, Costa Rica, 1996, pág. 57 a 82.

<sup>21</sup> El fallo fue suscripto, además, por los ministros: Boggiano (designado durante la administración de Menem); Maqueda (designado durante la gestión del Presidente Duhalde) y Zaffaroni, Argibay, Lorenzetti, Highton de Nolasco (designados durante la gestión del actual Presidente Kirchner). En disidencia votó el ministro Fayt; quien, como se dijo, se había pronunciado por la constitucionalidad de esa ley en el decisorio de fecha 22 de junio de 1987. No votó el ministro Belluscio por habersele aceptado, con carácter previo, su excusación.

<sup>22</sup> Sobre la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los pactos internacionales,

so de incorporación posterior (a la fecha de la elaboración del presente informe) fue, justamente, el de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por la ley 24.556 y con jerarquía constitucional otorgada por la ley 24.820).

Sobre esta base (jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de Derechos humanos) el Juez Petracchi fundó la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad; aduciendo que, el incumplimiento por parte del Estado Argentino de la obligación de perseguir hechos delictivos de esta naturaleza podría generarle responsabilidad internacional. Textualmente dijo (fundamentos jurídicos N° 15/16):

*Que (...) a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del sub lite. (...) Que si bien es cierto que el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles armadas luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre "civiles y militares". Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al "olvido" de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).*

Por su parte, llegando a idéntica conclusión pero de acuerdo a su ponencia individual, el ministro Boggiano postuló la aplicación directa de las normas del derecho penal internacional<sup>23</sup>. Escuchemos sus palabras (fundamentos jurídicos N° 37/41):

---

Cfr. José Daniel Cesano, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1997, pp. 95/110. También, con gran amplitud, Cfr. Juan Carlos Vega y Marisa Adriana Graham (Directores), *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Ed. Astrea, Bs. As., 1996.

<sup>23</sup> En rigor, ya el Juez Cavallo, había hecho uso de las normas del derecho penal internacional en este mismo proceso. Y esa utilización se orientó a dos cuestiones centrales: a) en primer lugar, la posibilidad de recurrir a disposiciones del derecho penal internacional, en lugar de las del Código Penal, para tipificar los hechos y b) la exclusión de la posibilidad de amnistiar crímenes internacionales, utilizando como uno de sus argumentos la existencia en Argentina de un deber de persecución proveniente del derecho internacional. Por cierto que, no fue éste el único caso en donde se aludió al problema de la persecución penal con base directa en el Derecho penal internacional. Hubieron otros dos pronunciamientos que son considerados, junto con aquél, casos testigo sobre el estado de esta cuestión. La diferencia está dada en que, mientras en el primero se trató de un proceso de atribución de responsabilidad, en los otros, se analizó la extradición (casos Schwammberger y Priebke). Sobre estos aspectos, Cfr. Ezequiel Malarino, informe correspondiente a la República Argentina, en Kai Ambos – Ezequiel Malarino (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, coedición Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional – Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, pp. 71-74.

(...) cabe concluir que las leyes 23.492 y 23.521, en tanto y en cuanto no comprendan delitos de lesa humanidad son inaplicables al caso y, por el contrario, son insanablemente inconstitucionales en tanto y en cuanto pudiesen extinguir delitos de lesa humanidad. (...) Que, en el caso, corresponde declarar la inaplicabilidad o, si se juzgara aplicable, la inconstitucionalidad de las citadas leyes pues se persigue a J. H. S. por crímenes contra el derecho de gentes. En efecto, los hechos investigados en la causa encuadran en el art. 2 de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la ley 24.556 y con jerarquía constitucional otorgada por la ley 24.820, art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 75, inc. 22) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que comprende en la definición 'otros actos inhumanos', según la remisión al art. 6 c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Al respecto cabe destacar que es misión de esta Corte velar por el cumplimiento del ius cogens, esto es, el derecho inderogable que consagra la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas. La desaparición forzada de personas constituye, no solo un atentado contra el derecho a la vida, sino también un crimen contra la humanidad. Tales conductas tienen como presupuesto básico la característica de dirigirse contra la persona o su dignidad, en las que el individuo ya no cuenta, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida el delito. Es justamente por esta circunstancia que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar crímenes de esa laya, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atacar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular con distracción alguna. La Nación Argentina ha manifestado su clara voluntad de hacer respetar irrenunciablemente esos derechos y ha reconocido el principio fundamental según el cual esos hechos matan el espíritu de nuestra Constitución y son contrarios al ius cogens, como derecho internacional imperativo (...). Que, en consecuencia, corresponde examinar si los hechos que se le imputan al recurrente son susceptibles de persecución o, si por el contrario la acción penal se ha extinguido por el transcurso del tiempo. (...) Que, esta Corte juzgó que la calificación de delitos de lesa humanidad está sujeta de los principios del ius cogens del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148). Este es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional, la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (...). Que, en este sentido el art. VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas dispone que la acción penal y la pena no estarán sujetas a prescripción. Por su parte el art. III dispone que tal delito será considerado como 'continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima'. Al respecto cabe tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el obstáculo al deber de investigar en forma efectiva derivado de la prescripción de la acción penal, podía considerarse salvado a partir del carácter permanente de la privación ilegal de la libertad que integra el delito complejo de 'desaparición forzada'. Destacó que en supuestos como el señalado la prescripción se debe empezar a contar desde el día en que cesa la ejecución del delito. Es decir, que el plazo de prescripción no corre mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte de la víctima (caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Serie C N° 92, sentencia del 27 de febrero de 2002, párr. 72; en el mismo sentido caso Velásquez Rodríguez, Serie C N° 4, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 181).



**Reflexiones finales****La síntesis realizada nos invita a formular dos órdenes de reflexiones:**

A) La primera, la podemos resumir de la siguiente manera: vista en perspectiva, pareciera que la administración del Presidente Kirchner tomó una clara decisión política de revisar las estrategias de impunidad desarrolladas durante la gestión de Alfonsín y de Menem (de allí la anulación de dichas leyes realizada por el Congreso, pero a instancia del Poder Ejecutivo). En tal sentido, no desconocemos que, en los albores de la gestión de Alfonsín, existió un intento de instrumentar una justicia retroactiva. Empero, las graves claudicaciones que encarnaron las leyes de obediencia debida y punto final; junto con la no menos nociva política de perdón a través de los indultos, durante la primera presidencia de Menem, terminaron por sepultar aquella iniciativa. Si esta decisión política es producto de genuinas convicciones o si, por el contrario, no es más que una medida demagógica para atraer – con fines de rédito electoral- a amplios sectores de la sociedad Argentina<sup>24</sup>, es algo que, todavía, no estamos en condiciones de poder precisar. Si bien la pregunta, desde una perspectiva ética, encierra una posibilidad insatisfactoria (cual es: que se trate de una medida demagógica), existen sobrados elementos de juicio que justifican, cuanto menos, que la dejemos planteada<sup>25</sup>.

B) La otra reflexión, en cambio, entraña –en rigor- una preocupación. ¿Existen límites para esta revisión?<sup>26</sup>

La pregunta tiene su sentido por cuanto, el último fallo de la Corte no sólo declaró la inconstitucionalidad de las normas sino que, expresamente, señaló<sup>27</sup>: a) que la aplicación de las disposiciones internacionales que declaran imprescriptibles los delitos de lesa humanidad, no ceden ni aún frente a la garantía constitucional que veda la aplicación retroactiva de leyes más gravosas (cual lo serían estas normas convencionales [incorporadas al derecho argentino con la máxima jerarquía normativa] frente al Código Penal que no prevé ninguna categoría de delitos como imprescriptible) y b) que tampoco podrá invocarse la excepción de cosa juzgada<sup>28</sup>.

La cuestión no es, en absoluto, retórica desde que, a partir de la reforma de 1994, distintos documentos internacionales constitucionalizados, ensancharon, notablemente, el sistema de garantías procesales y sustanciales; explicitando principios

<sup>24</sup> Lo que obviamente es perfectamente entendible. ¿A quién se le ha repugnado la impunidad de los crímenes cometidos tanto por aquellos que formaron parte de la guerrilla como del terrorismo de Estado? La simpatía que produce cualquier política contraria a la impunidad de aquellos actos aberrantes resulta natural.

<sup>25</sup> En efecto, en el ámbito de la política criminal de la gestión de gobierno del Presidente Kirchner, ha sido una constante el crecimiento anárquico y degenerado de la legislación penal (tanto simbólica como de manifestaciones neopunitivistas). En tal crecimiento ha tenido mucho que ver el oportunismo político. Al respecto, Cfr. José Daniel Cesano, *La política criminal y la emergencia (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004.

<sup>26</sup> De hecho, al día siguiente que la Corte declarara la inconstitucionalidad de ambas leyes, como reflejo natural, comenzó a plantearse la posibilidad de decretar la invalidez de los indultos (en particular, aquellos que habían beneficiados a procesados). Cfr. *La nación línea*, edición del día 15 de junio de 2005 ([www.lanacion.com.ar/politica/nota/asp?](http://www.lanacion.com.ar/politica/nota/asp?)).

<sup>27</sup> Cfr., en particular, el voto del ministro Petracchi.

<sup>28</sup> Repárese en que, por efecto de esas leyes, el poder judicial dictó numerosos sobreseimientos que, a la fecha, obviamente, se encuentran firmes y hacen cosa juzgada.

que, ya se derivaban implícitamente de la Constitución histórica (como es el caso del *ne bis in idem*)<sup>29</sup>, ora no estaban consagrados con esa máxima jerarquía (como sucedía con la retroactividad y la ultra-actividad de la ley penal más benigna)<sup>30</sup>. Y no es retórica por cuanto, la eficacia tanto de la declaración legislativa de nulidad como del mismo fallo de la Corte, está irremediamente condicionada por la vigencia (o no) de aquellos principios, también constitucionales. En otras palabras: sólo si se admite la **no** aplicación de aquellas garantías constitucionales (irretroactividad de la ley penal más gravosa y desconocimiento de la cosa juzgada [y de su par vinculado: *ne bis in idem*]) sería esperable un efecto mayor de estos actos; caso contrario –y como lo conjetura el propio juez Petracchi– tanto la decisión legislativa como el fallo de la Corte tendrían, en la gran mayoría de casos, una connotación puramente simbólica.

De hecho –y aún cuando no con relación directa a este fallo de la Corte– muy destacados procesalistas han planteado idéntica inquietud a la que aquí formulamos<sup>31</sup>.

Por supuesto que, el análisis de este conflicto, debe ser desapasionado. No existe ninguna duda que, cualquier matiz que se aparte del pronunciamiento de la Corte, generará la inmediata censura por parte de quienes fueron víctimas de estos hechos aberrantes; actitud entendible frente al natural bloqueo emocional que el trauma de aquella situación sigue provocando. Lo grave de todo esto, empero, no es esta reacción –que, insistimos, juzgamos como natural y comprensible– sino la de ciertos activistas y organismos de Derechos humanos que, con su discurso neopunitivista, no hacen más que generar –en ciertos sectores de nuestra sociedad– un no menos grave desprestigio de los Derechos humanos<sup>32</sup>.

Realizada la advertencia anterior, nos parece que este discurso neopunitivista, parte de una premisa muy discutible; cual es: la de que existe un supuesto derecho constitucional al castigo. Pastor ha señalado (aún cuando no en referencia a la cuestión de los crímenes ocurridos en el último régimen de facto), cabalmente, los flancos débiles de semejante tesis:

---

<sup>29</sup> Cfr., al respecto, José Daniel Cesano, "Algunas influencias de los pactos internacionales constitucionalizados en el proceso penal", en *Pensamiento penal y criminológico*, Año IV, N° 6, 2003, Ed. Mediterránea, Córdoba, pp. 99-100. Este trabajo pudo verse también en su versión electrónica publicado en: Centro di Ricerca e Formazione Sul Diritto Costituzionale Comparato, Università degli Studi di Siena ([http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir\\_eco/COMPARATO/cesano.doc](http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/cesano.doc)).

<sup>30</sup> En efecto, la garantía de la irretroactividad de la ley penal más gravosa tenía jerarquía constitucional en el texto de la Constitución histórica (artículo 18). No así la de la retroactividad de la ley más benigna; que sólo tenía jerarquía legal (artículos 2° y 3° del Código Penal). Empero, a partir de 1994, y por obra del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 15, inciso 1°, 3ª disposición y 9, 3ª disposición, respectivamente) adquirieron la máxima jerarquía normativa (esto es: constitucional). Al respecto, Cfr. José Daniel Cesano, "Proyecciones de la reforma constitucional (1994) sobre la retroactividad de la ley penal más benigna", en *Zeus*, Año XXVII, N° 6563, T° 84, Rosario, 2000, pp. 2/6.

<sup>31</sup> Así, con relación *al ne bis in idem*, Cfr. Marcelo Augusto Madina, "Los derechos del imputado y la víctima en los tratados internacionales de derechos humanos y su conflicto en el seno del proceso penal", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XI, T° II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, pp. 618/620.

<sup>32</sup> Al respecto, Cfr. Daniel R. Pastor, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Nueva doctrina penal*, 2005/A, Ediciones del Puerto, Bs. As., p. 73 y ss.

(...) desde un punto de vista jurídico la idea de un derecho punitivo constitucional es insostenible, pues respecto del penal el derecho constitucional no puede servir a dos amos al mismo tiempo, de modo que resulta imposible atender a la vez a los intereses (derechos constitucionales) de la víctima y del imputado. En este dilema la decisión del Estado constitucional de derecho y de los demás catálogos de derechos fundamentales es clara: prevalece el imputado, dado que, una vez que se ha convertido en sospechoso de un delito, él es quien se enfrenta al poder penal del Estado, mientras que la víctima sólo se enfrenta con individuos, aún cuando al cometer el delito esos individuos hayan cometido abusos de poder estatal o utilizado otros aparatos de poder. Lo decisivo es que ahora son imputados y que los derechos fundamentales, en materia penal y procesal penal, sólo pueden ser eficaces en una sola dirección, de modo que para el derecho constitucional no es posible tener por misión impedir el abuso del poder penal y reclamar a la vez la necesidad de perseguir y castigar obligatoriamente delitos. Juzgar y castigar los crímenes es una función del Estado que si bien sirve, evidentemente, a la consecución de una sociedad más justa, no constituye un imperativo constitucional por cuanto, de serlo, neutralizaría un mandato constitucional de más peso, cual es el de evitar, por medio de los derechos constitucionales, la arbitrariedad en el ejercicio de esa facultad estatal, que no pasa de un poder-deber legal limitado<sup>33</sup>.

El razonamiento anterior, lo consideramos perfectamente extensible a nuestro análisis. En efecto – y más allá de las palabras de la Corte – pareciera claro que, actualmente, esta justicia "revisionista" se encuentra con ciertos obstáculos (que no existían, ciertamente, cuando la Argentina recuperó el sistema democrático [1983]); obstáculos que están señalando casos de posibles tensiones o conflictos entre normas constitucionales e internacionales constitucionalizadas.

¿Es posible reanudar **procesos fenecidos** (aún cuando se refieran a crímenes de lesa humanidad) frente al sistema de garantías que emanan de la Ley Fundamental y de los instrumentos internacionales que menta el artículo 75, inciso 22, C.N.?

La respuesta no está exenta de dificultades. Empero –y más allá del inocultable desagrado personal que nos pueda causar esta idea– consideramos que, tanto la prohibición de retroactividad de normas penales más gravosas (en cuanto corolario del principio de legalidad [artículo 18, C.N.]) como la posibilidad de tensionar,

<sup>33</sup> Cfr. Pastor, *La deriva (...)*, op. cit., pp. 94-95. Como advertimos en el texto, el trabajo del autor no se orienta, específicamente, al problema que aquí planteamos. La extensión de la tesis es nuestra. No obstante ello, y puntualizado el extremo, la reflexión que realiza Pastor en la nota n° 79 (allí sí, expresamente, con relación a los crímenes de la última dictadura) no deja de ser menos elocuente: *Todo era más claro en el momento en que Argentina, en 1983, recuperó la juridicidad democrática. Era indudable entonces que los autores de esos graves crímenes debían ser sometidos al derecho penal normal. Así sucedió con los altos mandos militares, como los miembros de las juntas y los jefes de otros cuerpos que fueron sometidos a procesos y muchos de ellos condenados. Desgraciadamente, la actuación del derecho penal normal fue dejada de lado en los demás casos por medio de las conocidas disposiciones que lo derogaron para los casos concretos (las leyes denominadas 'de punto final' y 'obediencia debida'). (...). Pero esas leyes, y los posteriores indultos de los condenados y de algunos procesados, rigieron, mal que nos pese (...). Lo que no entiendo ahora es de qué manera un país, que para bien o para mal, había cerrado definitivamente un problema lo vuelve abrir décadas después (...). Claro es, hoy resulta fácil y redituable hacerlo. Me parece que si en 1987 y 1988 fue tan llamativo no aplicar el derecho penal normal a todos los crímenes de la dictadura militar, puede ser que tratar de hacerlo hoy pueda terminar llamando la atención más todavía. Sobre todo porque no estamos ahora ante la aplicación del sistema penal normal, sino ante uno muy extraño, 'armado' para la ocasión y de forma poco ortodoxa en el respeto de los derechos fundamentales de los acusados* (p. 114. El énfasis nos pertenece).

abiertamente, el *ne bis in idem* (vedada en el derecho argentino por medio del artículo 8.4, de la Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional [art. 75, inciso 22, C.N.]), pueden constituir un argumento atendible que se oponga al castigo de crímenes internacionales fundado en leyes posteriores al hecho<sup>34</sup>.

Sobre la base de tal argumentación manifestamos nuestras dudas con relación a la posible **no vigencia** de los principios constitucionales que enunciáramos (irretroactividad de la ley penal más gravosa y *ne bis in idem*); por cuanto, lo contrario, importaría consentir la existencia de sujetos que quedarían al margen del sistema garantizador establecido por la Constitución y los mismos instrumentos internacionales de derechos humanos. En pocas palabras, dejando de lado la innegable repugnancia ética por la aberración de los hechos cometidos, la proyección absoluta (que niega estas garantías) que ha diseñado el fallo de la Corte parece, cuanto menos, opinable y merecedora de un debate **jurídico** mucho mayor.

---

<sup>34</sup> Recuérdese que, la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, de donde surge la imprescriptibilidad de tales crímenes, ha sido incorporada a nuestro derecho positivo en forma reciente; razón por la cual, desde una perspectiva cronológica, es ley posterior.