

De la estructura 'jurídica' de la represión y de la superación del pasado en Argentina por el Derecho penal*

Un comentario desde el punto de vista jurídico

Kai AMBOS

INTRODUCCION

Si se lee el reportaje del periodista Verbitsky al ex oficial de la Armada Scilingo, como también las constancias de las sesiones del Senado sobre los oficiales de la misma fuerza armada argentina, para ese entonces en actividad, Rolón y Pernías¹, se sentirá el recuerdo de la pregunta planteada ya en 1985 por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), de cómo habrá sido posible "mantener la impunidad de tantos delitos, consumados con la evidencia de un mismo 'modus operandi' y muchos de ellos ante numerosos testigos" (CONADEP, 1985, p. 391). La cuestión va más allá del dominio militar (1976-1983), si se pregunta, desde la perspectiva actual, por la superación del pasado (mediante el derecho penal) de los gobiernos democráticos sucesores, de Alfonsín (1983-1989) y de Menem (desde 1989). Esa cuestión de ningún modo puede ser investigada en este lugar de manera exhaustiva, sino sólo esclarecida desde el punto de vista jurídico-penal. A este respecto, se debe separar la cuestión de la estructura "jurídica" del aparato represivo durante la dictadura, de la cuestión de la elaboración jurídico-penal de la violación a los derechos humanos posterior a la dictadura.

I. DE LA ESTRUCTURA 'JURIDICA' A LA REPRESION

Una estructura jurídica o normativa exteriormente visible no hubo. Para coordinar la "lucha antisubversiva" las fuerzas armadas habían dispuesto más bien un "plan de acción" (Sancinetti, 1988, pp. 24 y ss.). Conforme a él, el país fue dividido —dicho a grandes rasgos— en varias zonas, dentro de las cuales las operaciones fueron llevadas a cabo bajo el comando de la fuerza armada respectiva competente (Ejército, Fuerza Aérea, Marina). El Ejército debía supervisar todas las actividades represivas desde el punto de vista operativo. En principio, las diversas fuerzas armadas debían actuar independientemente una de otra para que —así, el general

Videla— "los distintos elementos de las fuerzas no perturbaran su accionar entre sí"²; pero se había previsto que una fuerza apoyara a otra a solicitud de ésta. Desde el punto de vista jurídico es decisivo que cualquier posibilidad de control jurídico era imposible *per se*. Por tanto, la estructura descrita fue de naturaleza *fáctica*, no normativa. La Junta misma reconoció esto en su "Documento Final", cuando habla de "planes", pero no de "normas": "Todas las operaciones contra la subversión y el terrorismo, fueron llevadas a cabo por las fuerzas armadas y por las fuerzas de seguridad... fueron ejecutadas conforme a planes aprobados y supervisados por los mandos superiores orgánicos de las fuerzas armadas y por la junta militar a partir del momento de su constitución"³.

Según ello existían, por tanto, un plan de acción común o varios planes individuales que fueron ejecutados utilizando la estructura de organización jerárquica y de obediencia de las fuerzas armadas y una división de tareas funcional-horizontal creada al efecto.

A pesar de la falta de configuración formal-normativa de esta estructura, el problema central del *juicio a los ex comandantes*⁴ residió precisamente en probarle a éstos que, mediante sus órdenes, o en virtud del plan mencionado, habían originado causalmente determinados hechos punibles de los subordinados (el problema de la responsabilidad vertical) y que existían funciones y responsabilidades de igual categoría (el problema de la responsabilidad horizontal)⁵. Desde el punto de vista de la dogmática penal se trató en este caso, y se trata en casos configurados de modo semejante, de la cuestión de si los superiores habían

² Citado según Sancinetti (1988, p. 25) quien toma la referencia del *juicio a los ex comandantes* (al respecto, n. 4).

³ Original en: "Boletín Oficial", Bs. As., 2/5/1983 (citado según Sancinetti, 1988, pp. 25 y s.).

⁴ Se trata del proceso contra los comandantes de las juntas militares, que dependió primeramente del *Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas* (CSFA), pero que después fue asumido por la justicia federal y concluido con el fallo de la *Camara Nacional de Apelaciones* y el fallo de casación de la *Corte Suprema de Justicia* (cf. especialmente la sentencia de la Camara del 9/12/1985, en: "Fallos C. S.", t. 309-I y II, de casi 1 900 páginas: "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional". En Sancinetti (1988, pp. 221 a 228 y 243 y s.) se hallan los fundamentos de la decisión de ambas sentencias; él realiza también un análisis fundado y crítico. Cf. igualmente Maier (1995).

⁵ Existió aun otro problema en la responsabilidad temporal, dado que las juntas militares practicaron un sistema de rotación (con más detalle, Sancinetti, 1988, pp. 33 y ss.).

* Título original: *Zur "rechtlichen" Struktur der Repression und strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung in Argentinien—Ein Kommentar aus juristischer Sicht, en Detlef Nolte (comp.), Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika (Institut für Iberoamerika-Kunde; Verbund Stiftung Deutsches Übersee-Institut), Frankfurt a. M., 1996.*

¹ En original, en: Verbitsky (1995).

actuado como autores (mediatos) o sólo como partícipes (instigadores). La autoría presupone que los superiores habían dominado el acontecer del hecho incluso por el dictado de órdenes (el llamado "dominio del hecho") y los subalternos ejecutores como *quasi* "instrumentos"; o bien debe ser probado al menos que el control del acontecer del hecho por fuerza de un aparato de poder organizado resultaba dentro de una estricta obediencia jerárquica, es decir que, en este sentido, existía un control perfecto de los hombres de atrás mediante los autores físicos (el llamado "autor detrás del autor"⁶). En el núcleo, se trata del contenido de ilícito y de la reprochabilidad de la conducta respectiva. El observador imparcial le hará al dador de la orden y superior, regularmente, un reproche moral mayor que al ejecutor de la orden y subalterno. El primero decide, en principio, sobre la realización de determinada "operación" y utiliza los subalternos sólo como "instrumentos" de ejecución de su orden. Por tanto, tiene más "responsabilidad" por el hecho real que los subalternos que sólo acatan su orden. Consecuentemente, en estos casos se debe partir (excepcionalmente) de autoría mediata, dado que el superior, como "autor detrás del autor" por fuerza de un aparato de poder organizado, posee el dominio del hecho sobre los subalternos como intermediarios⁷.

En las expresiones de Scilingo se halla también una prueba de la estructura informal del aparato represivo:

Pregunta: "¿A nadie le llamaba la atención que una decisión tan grave como quitar la vida a las

personas no proviniera de una normativa refrendada en forma responsable?"

Respuesta: "No. No existe ninguna fuerza armada donde todas las órdenes se hagan pro escrito, sería imposible mandar. El sistema que estaba montado para eliminar a los elementos subversivos, era orgánico, ..."

Pregunta: "¿Nadie preguntó por qué no se firmaban órdenes de fusilamiento y se ejecutaban en forma pública por un pelotón?"

Respuesta: "Sí, fue uno de los temas que se plantearon... No se daba a conocer qué pasaba con los detenidos para evitar la información y crear incertidumbre en el enemigo. Esa era la razón teórica que nos dieron. El tiempo demostró que la razón era otra, porque muchos años después, en los juicios, nadie dijo lo que había pasado."

El carácter no escrito del proceder fue, por tanto, una estrategia elegida conscientemente, para dificultar la posterior reconstrucción de la represión y de los hechos individuales, en definitiva, por tanto, la superación del pasado por el derecho penal.

En lo demás, dominaba —al menos desde el punto de vista de la junta gobernante— la doctrina de la "obediencia incondicional" (absoluta o pasiva) frente a las órdenes de los superiores. Según el derecho militar argentino, en principio responde el superior que ha impartido la orden (art. 514, Código de Justicia Militar [CJM]) (con más detalle, Ambos, 1997, pp. 165 y ss.). El subalterno responde sólo en caso de exceso en el cumplimiento de la orden, y, por cierto, como partícipe (no como autor). Tiene además un derecho a reclamación en caso de órdenes (manifiestamente) antijurídicas (art. 675, CJM, la llamada obediencia reflexiva). Sin embargo, se castiga (arts. 667, 674, CJM) el rehusarse a cumplir una orden —esto es determinante en vista de la estructura de las fuerzas armadas, organizada jerárquicamente—, y una reclamación no libera al subalterno de ejecutar la orden impartida (art. 675, CJM). Ante el trasfondo de esta situación jurídica —aún vigente (!)— y de las relaciones de poder fácticas durante la dictadura, parece comprensible la expresión lapidaria de Scilingo sobre esta problemática ("era una orden, y había que ejecutarla"), aun cuando, desde el punto de vista del Estado de Derecho, no era menos objetable.

II. DE LA SUPERACION DEL PASADO POR EL DERECHO PENAL

Ya tres años después del fin de la dictadura militar —tras la primeramente celebrada creación de la CONADEP y de la anulación de la autoamnistía de los militares⁸— los gobiernos legitimados democráticamente de Alfonsín y Menem comenzaron

⁶ Cf. últimamente el Tribunal Supremo Federal alemán, en "Neue Juristische Wochenschrift", 1994, pp. 2703 y ss., 2706 (responsabilidad jurídicopenal de los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana por homicidios dolosos en la frontera interior alemana por gendarmes contra quienes huían del país). "Hay ... grupos de casos en los cuales, a pesar de actuar un sujeto intermedio con responsabilidad irrestricta, el aporte del hombre de atrás conduce de modo francamente automático a la realización del tipo deseada por este hombre de atrás. Ello puede existir cuando el hombre de atrás utiliza determinadas condiciones-marco mediante estructuras de organización, dentro de las cuales su aporte al hecho origina cursos causales de cierta regularidad. Condiciones-marco de esta clase con cursos de cierta regularidad entran en consideración especialmente en estructuras de organización estatales, de empresa o similares a negocios, y en obediencia jerárquica. Si el hombre de atrás actúa en un caso tal en conocimiento de estas circunstancias, utiliza especialmente también la disposición incondicional del ejecutor directo a cumplir el tipo, y el hombre de atrás quiera el resultado como consecuencia de su propio actuar, es autor en la forma de autoría mediata". La doctrina jurídico-penal dominante habla en este contexto de la "fungibilidad del intermediario", que "confiere el dominio del hecho al autor de escritorio". Ver, por todos, la obra fundamental de Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª ed., 1994, pp. 242 y ss., 663 y ss. (Hay traducción castellana parcial de la 2ª ed., 1967, de Carlos Elbert, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, en "Doctrina Penal", 1985, pp. 399 y ss.)

⁷ Se excluye la autoría mediata, en principio, cuando el llamado intermediario, por tanto, aquí, el subalterno, actúa sin error y con plena culpabilidad, es decir, cuando no es mero instrumento involuntario del hombre de atrás. Por otro lado, en tales casos una coautoría también parece inadecuada, dado que ella presupone un actuar sobre la base de una decisión común al hecho, con división del trabajo, pero el autor actúa aquí solo y en virtud de una orden del superior. Queda la posibilidad de una instigación, que sin embargo parece injusta ante el trasfondo de la inclusión institucional del subalterno y del control de la organización por el superior. Por ello, se debe aceptar la autoría mediata en la forma del "autor detrás del autor".

⁸ Mediante la ley 22.924 (decreto-ley 22.924, del 22/9/1983, publicada el 27/9/1983, en: "Legislación Argentina", t. 1983-B, pp. 1681 y s.), fueron declarados no perseguibles todos los delitos cometidos entre el 25/5/1973 y el 17/6/1982. Sin embargo, ya tres meses después de su promulgación, por la ley 23.040 (sancionada el 22/12/1983, promulgada el 27/12, y publicada el 29/12, en: "Legislación Argentina", t. 1983-B, p. 1813) aquella ley fue declarada inconstitucional, nula y carente de "todo efecto jurídico", por el Congreso (!).

a tender un manto de olvido sobre las violaciones cometidas a los derechos humanos, con una amplia legislación de amnistía, las llamadas "leyes de impunidad"⁹. A las leyes sancionadas todavía durante el gobierno de Alfonsín, 23.492 (diciembre de 1986), mejor conocida como la llamada "Ley de Punto Final", y 23.521 (junio de 1987), mejor conocida como "Ley de Obediencia Debida", le siguieron numerosos indultos decretados por el presidente Menem. Ante esa situación, las víctimas de las violaciones a los derechos humanos tuvieron que contentarse con la aprobación de regímenes indemnizatorios, cuyos resultados prácticos aún habrá que esperar¹⁰.

1. La 'Ley de Punto Final'

La Ley de Punto Final (véase "Legislación Argentina", t. 1986-B, p. 1100) dispone en el artículo 1:

"Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación... en los delitos del artículo 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación... antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley"¹¹...

"En las mismas condiciones se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983".

Además, se dispuso que las *cámaras federales* competentes podrían examinar el estado de las causas que tramitaban ante el *Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas* (CSFA) dentro del plazo de 60 días (art. 2). Una detención o prisión preventiva eventualmente necesaria de miembros de las fuerzas de seguridad se sujeta a las disposiciones de los arts. 309/318 CJM (art. 3). El plazo de sesenta días se suspende, entre otras cosas, durante las cuestiones de competencia que se susciten entre el CSFA y las *cámaras federales* (art. 4).

Conforme a ello, quedó excluida la persecución de prácticamente todos los hechos cometidos durante el período mencionado, sesenta días des-

pues de la promulgación de la ley, en tanto un sospechoso no hubiera sido citado a declarar dentro de ese período. Solamente fueron exceptuados los delitos de "sustitución de estado civil" y "sustracción" y "ocultación de menores"¹² (art. 5, ley 23.492).

2. La 'Ley de Obediencia Debida'

Esta ley (véase "Boletín Oficial" del 9/6/1987) impone la presunción irrefutable de que los militares hasta el grado de general de brigada no son punibles por los delitos del artículo 10, N^o 1, de la ley 23.049 —antes mencionado (n. 11)—, en razón de que han obrado "en virtud de obediencia debida" (art. 1). Bajo esta expresión se entiende, con más precisión, que "... las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin ... posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas (a las órdenes) en cuanto a su oportunidad y legitimidad" (art. 1).

Entre los grados de servicio inferiores y superiores se hace una diferenciación, en el sentido de que en los superiores puede ser refutada la "presunción de obediencia", si dentro de treinta días de la promulgación de la ley se resolvía judicialmente que las personas referidas "tuvieron capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes" (art. 1). La ley se aplica de oficio a todas las causas pendientes (art. 3). Solamente están exceptuados los delitos ya mencionados en la ley 23.492 y la "apropiación extorsiva de inmuebles" (art. 2). El artículo 11 de la ley 23.049, que había reglamentado las condiciones de la "obediencia debida" como causa de exclusión de la pena en el Código de Justicia Militar, negando la aplicación para el caso de "hechos atroces o aberrantes", es dejado de lado en la ley 23.521 (art. 6).

3. Regulaciones infralegales

Junto a estas leyes, fueron preparadas e impartidas instrucciones o directrices concomitantes a los fiscales, que tenían el fin aparente de acelerar las causas por violaciones a los derechos humanos y, en tanto fuera posible, agruparlas. Pero un análisis más preciso de estas instrucciones pone en claro que estaba en juego, para el ejecutivo, el no admitir en absoluto la mayor parte de las causas que fueran posibles, o bien terminar con la investigación¹³.

⁹ Aunque el triunfo electoral de Alfonsín sobre los peronistas se podía reconducir decisivamente a su promesa de castigar las violaciones a los derechos humanos. Al respecto, Sancinetti (1989, p. 49): "Pero nadie habría podido creer en esta alternativa [un triunfo electoral de Alfonsín], si no hubiera habido la promesa sería de someter a revisión las violaciones a los derechos fundamentales del hombre ocurridas durante el gobierno militar". Acerca de la promesa de Alfonsín, véase también Garro / Dahl (1987, p. 302).

¹⁰ Decreto 70/91 ("Boletín Oficial" [BO] del 16/1/1991), así como también "Anales de Legislación Argentina" (ADLA), LI-A, 1991, pp. 332 y ss., así como también ley 24.043 y decreto 2722/92 (BO del 2/1/1992, como también en ADLA, LI-A, 1992, pp. 30 y s.); cf. también el informe de Argentina a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Doc. N.U., CCPR/C/75, Add. 1, 23/1/1994, par. 25).

¹¹ Artículo 10 de la ley 23.049 (la ley 23.049, sancionada el 9/2/1984, promulgada el 13/2 y publicada el 15/2, en: "Legislación Argentina", t. 1984-A, pp. 6 y ss., reformó el *Código de Justicia Militar* se refiere a los delitos que fueron cometidos entre el 24/3/1976 y el 26/9/1983, para perseguir el "terrorismo" (inc. 1) y que están contenidos tanto en el *Código Penal* como en las leyes militares especiales (inc. 2).

¹² Se trata aquí de hechos tristemente célebres, mediante los cuales agentes militares o allegados se "apropiaron" de hijos de opositores al régimen, desaparecidos o ejecutados (sustitución de estado civil de menores). En primer lugar fue anulado el estado civil del hijo respectivo y luego registrado bajo uno nuevo. Como regla, eso incluía el "sustraer" y "ocultar" un menor.

¹³ Cf. sólo Garro / Dahl (1987, p. 333): "... a closer reading of those directives discloses the Government's intention to encourage the General Prosecutor to dismiss as many cases as possible". ["... una lectura más cuidadosa de estas instrucciones descubre la intención del gobierno de estimular al fiscal general a archivar la mayor cantidad de casos posibles".]

El 24/4/1986, es decir, antes de la ley de *Punto Final*, el ministro de defensa impartió al fiscal general del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas todo un conjunto de instrucciones¹⁴. Según la lectura oficial, de ese modo se debía contrarrestar la impresión de que, con la "multiplicación de causas..." estaba en juego "un enjuiciamiento colectivo de los integrantes de las fuerzas armadas", de que, por tanto, la Institución misma estaba sentada en el banquillo de los acusados. Por ello, el fiscal general militar fue instruido para:

a) informarse de todas las actuaciones radicadas y por radicarse y peticionar su acumulación a los procesos ya existentes;

b) agrupar los procesos según el cuerpo de arma respectivo.

Además, el juicio a los ex comandantes debía servir de modelo para los demás procedimientos procesales. Ya no debían incoarse nuevas investigaciones respecto de los mismos hechos, debían ser asumidos principios probatorios y de valoración de la prueba de esa sentencia y ser sobreseídas por razones de hecho o de derecho, si también los hechos correspondientes habían sido sobreseídos en ese proceso. Desde el punto de vista jurídico-material se dispuso —antes de la sanción de la antes mencionada ley especial— aplicar generosamente en favor de los imputados el principio de la "obediencia debida (art. 514, CJM).

Después de la Ley de *Punto Final*, les fueron impartidas instrucciones similares también a los fiscales de la justicia civil. Primeramente, el presidente Alfonsín, en enero de 1987, dispuso instruir a los fiscales federales, mediante disposición del *procurador general de la Nación*, a guiarse, en las demás medidas de persecución penal, por el *juicio a los ex comandantes* (decreto 92/87, del 22/1/1987, en: Sancinetti, 1988, pp. 245/248). Correspondientemente, el procurador general, mediante resolución del 3/2/1987, impartió las siguientes instrucciones, que acompañaron la ejecución de la ley de Punto Final (resolución 2/87 del 3/32/1987, en: Sancinetti, 1988, pp. 249/252).

—concentración de las investigaciones a casos que hubieran sido probados en el *juicio a los ex comandantes*; más allá de ello, sólo a la persecución de hechos que hayan podido considerarse "suficientemente acreditados";

—investigaciones sólo contra personas respecto de las cuales existan "indicios seguros" en favor del progreso de la acusación;

—restricción a personas que, por su importante ubicación en la cadena de mando, hubieran tenido efectiva capacidad decisoria, o bien a personas que hubieran ejecutado materialmente "hechos atroces o aberrantes";

—reducción de la prescripción, comenzando a correr la prescripción a) en caso de concurso real, de modo independiente, y b) en caso de privación

de libertad, no recién con el final de la comisión del delito, sino ya cuando "el presunto responsable" (el superior de servicio [n. del a.]) haya dejado de tener "el dominio o influencia decisiva" en el destino del detenido ilegalmente, o bien desde la última ocasión en que se hubiera acreditado la subsistencia de la detención;

—preferente atención al desarrollo de procesos que trataran de delitos contra menores (los arriba mencionados).

4. Los indultos

El presidente Menem, aún en ejercicio del cargo, hizo un activo uso de su derecho al indulto (art. 86, inc. 6, de la Constitución Argentina ant. ref. 1994 [art. 99, inc. 5, actual redacción])¹⁵ y le ahorró a los militares aún en prisión —entre ellos, numerosos generales importantes— el cumplir toda su pena:

—En los dos primeros casos¹⁶, fueron indultados militares y personal civil que habían cometido delitos en la "lucha contra la subversión". Según la fundamentación oficial, se trataba a este respecto de la "reconciliación nacional... a cuyo fin es preciso que cada uno apacigüe su propio espíritu deponiendo el odio...". El indulto fue declarado aplicable para condenados y para personas que se hallaban procesadas.

—El decreto 1004/89 (del 6/10/1989, publ. el 10/10/1989, en: "Legislación Argentina", t. 1989-C, p. 2676) indultó a personal militar y de seguridad que había participado en el intento de golpe de las fuerzas armadas habido entre abril y diciembre de 1987.

—El decreto 1005/89 (del 6/10/1989, publ. el 10/10/1989, en: "Legislación Argentina", t. 1989-C, p. 2679) indultó al personal que había participado en la guerra de las Malvinas.

—Los decretos 2741 y 2746/90¹⁷ indultaron a numerosos militares, entre ellos, a los generales: Videla, Massera, Agosti, Viola, Lambruschini, Camps, Richeri y Suárez Mason, como también a varios colaboradores civiles del régimen militar y al conductor de la guerrilla Firmenich.

A MODO DE RESUMEN: CONCLUSIONES

Numerosos casos de imperdonables violaciones a los derechos humanos (cf. Ambos, 1997, pp. 71 y ss.) ponen en claro de qué modo la impunidad fáctica de los años de dictadura argentina derivó en una

¹⁵ En total fueron indultadas 277 personas, preponderantemente militares, pero también 64 ex guerrilleros (cf. Tappatá de Valdez, 1990, p. 26). Durante la presidencia de Menem fueron dictados, hasta noviembre de 1991, 21 decretos de indulto (H Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Dirección de Información Parlamentaria, Bs. As., 8/11/1991).

¹⁶ Decretos 1002 (personal militar) y 1003 (personas civiles), del 6/10/1989, publ. el 10/10/1989, en: "Legislación Argentina", t. 1989-C, pp. 2669 y ss.

¹⁷ Decreto 2741 a 2746, del 19/12/1990, todos publicados el 3/1/1991, en: ADLA, LI-A, 1991, pp. 305 y ss. El decreto 1098/91 corrigió el 2743/90 (ADLA, LI-C, 1991, p. 2974). El decreto 2742 indultó al jefe de "Montoneros", Mario Eduardo Firmenich.

¹⁴ Ministro de Defensa, Instrucciones al Fiscal General del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, 24/4/1989, en: Sancinetti (1988, pp. 229/231); críticamente, Garro / Dahl (1987, pp. 333 y ss.).

"impunidad legalizada" bajo los gobiernos democráticos. Lo que no crearon las leyes de impunidad formales de la era Alfonsín, a saber: la absolución de militares rectores y principales responsables, fue alcanzado por los numerosos decretos del presidente Menem de indulto a los militares y policías aún no beneficiados¹⁸. Esta praxis de amplia "legislación de impunidad", incompatible con los deberes de persecución y punición derivados del derecho internacional¹⁹, condujo a que la justicia militar —por lo demás, un factor esencial de impunidad— pudiera satisfacerse, como regla general, con una dilación de los procesos y que sólo raramente tuviera que expresarse sobre los contenidos.

Por lo demás, operan mecanismos fácticos de impunidad. Lo militar interviene directa o indirectamente —a través del ejecutivo— en las causas en trámite. Pero la justicia civil no sólo ve presión militar, sino que también presupone influencias políticas²⁰. En este contexto, los reproches de las organizaciones de derechos humanos de que "impunity was rooted in the judicial system" (Amnesty International, 1992, p. 58 ["la impunidad fue enraizada en el sistema judicial"]) reciben nuevamente una significación actual. La falta de independencia de la justicia representa así un presupuesto esencial de la impunidad.

Finalmente, los testimonios documentados en el presente tomo* llevan plásticamente ante los ojos del lector hasta dónde puede conducir la obediencia incondicional dentro de las estructuras militares. Es de esperar que las declaraciones del actual comandante en jefe del Ejército, General Martín Balza, encuentren aprobación general dentro de las fuerzas armadas. En una toma de posición fundamental sobre el pasado argentino (impresa en el presente tomo**), Balza defendió la opinión de que nadie está obligado a ejecutar una orden inhumana o ilegal y de que el impartir o ejecutar tales órdenes debe ser sancionado²¹. Esto se corresponde a la situación jurídica en el derecho internacional. Conforme a

ello, un mero "obrar por órdenes" en los delitos que están en consideración ya no puede ser reconocido como causa de exclusión de la pena; según la configuración del caso, a lo sumo entra en consideración una atenuación de la pena²².

BIBLIOGRAFIA

Ambos, Kai, 1997: *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur "impunidad" in südamerikanischen Staaten aus völkerstrafrechtlicher Sicht* (Beiträge und Materialien aus dem Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht), Freiburg i. B. Próximamente aparecerá publicada por CIEDLA (KAS, Buenos Aires), ed. Dyke, Medellín, y por la Comisión Andina de Juristas (CAJ, Lima) la traducción castellana de esta obra, a cargo de Marcela Anzola.

—, 1996: *Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code*, en: "European Journal of International Law", t. 7, pp. 519/544.

Amnesty International, 1992: *Report 1992*, London.

—, 1995: *Argentina: The right to the full truth*, London.

Comisión Nacional sobre la desaparición de personas (CONADEP), 1985: *Informe "Nunca Más"*, Buenos Aires.

Garro, Alejandro M. / Dahl, Henry, 1987: *Legal accountability for human rights violations in Argentina: one step forward and two steps backward*, en: "Human Rights Law Journal", 8, pp. 183/344.

Kokott, Juliane, 1987: *Völkerrechtliche Beurteilung des argentinischen Gesetzes Nr. 23.521 über die Gehorsamspflicht*, en: "Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht", t. 47, pp. 506/533.

Maier, Julio B., 1995: *Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht in Argentinien*, en: "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", t. 107, pp. 143/156.

Roxin, Claus, 1994: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª ed. (Hay traducción castellana parcial de la 2ª ed., 1967, de Carlos Elbert, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, en "Doctrina Penal", 1985, pp. 399 y ss.)

Sancinetti, Marcelo, 1988: *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires.

—, 1989: *Entwicklung der Menschenrechte in Argentinien nach der Diktatur*, en: "Lateinamerika. Analysen-Daten-Dokumentation", 6, 11/12, pp. 47/57.

Tappatá de Valdez, Patricia, 1990: *Argentina: La legalidad burlada*, en: "Boletín de la Comisión Andina de Juristas", N° 27, pp. 25/31.

US-Department of state, 1993: *Country reports*

¹⁸ De ese modo quedan en definitiva dispensados de cumplir su pena (o de cumplirla totalmente) todos los responsables por violaciones a los derechos humanos (Van Dyke / Berkley, 1992, p. 249; Maier, 1995, pp. 147 y s.).

¹⁹ Acerca de la lesión al derecho internacional de la situación argentina, cf. especialmente Kokott (1987); en general, como también respecto de los países mencionados, Ambos (1997, pp. 163 y ss.).

²⁰ Esto se pone de manifiesto en la designación de cuatro jueces adicionales en la Corte Suprema de Justicia por parte del presidente Menem en el año 1989 (cf. US-Department of State, 1993). A este respecto, estaba en juego para el presidente, preferentemente, el instalar jueces que le agradaran a él y el asegurar la constitucionalidad de los indultos (Tappatá, 1990, p. 27).

* El texto se refiere aquí al volumen en que fue publicado el trabajo en el original alemán (véase la primera nota con un asterisco al comienzo de esta publicación).

** Con esta expresión, se hace referencia al volumen en que fue publicado el original alemán. Pero también para la publicación en lengua castellana se consideró oportuno reproducir, tras el final de este artículo, el discurso mencionado.

²¹ En este discurso (25/4/1995), criticó además los "métodos ilegítimos" y los "delfines" del ejército y exhortó a cooperar en la búsqueda de "desaparecidos". Repitió esto en junio, en un comunicado oficial a las unidades militares. El 4/5/1995 se adhirió a esta crítica, en lo sustancial, los comandantes en jefe de Marina y Aeronáutica (Amnesty International, 1995, pp. 8 y s.; Latin American Regional Reports-Southern Cone, 1 de junio de 1995, 7).

²² En los llamados crímenes internacionales, especialmente, la tortura y la "desaparición forzada de personas", se parte de la antijuridicidad manifiesta de la orden, de modo tal que decae la posibilidad de un error de prohibición inevitable y se el hecho debe ser reprochado al subalterno. En vista del bien jurídico lesionado, en principio, ni siquiera una situación de conflicto difícil para el subalterno puede conducir a la exclusión de la pena, en todo caso ella puede ser considerada para atenuarla (con más detalle, Ambos, 1997, pp. 294 y ss.).

on human rights practices for 1992, Washington D.C.

Van Dyke, John M. / Berkley, Gerald W., 1992: *Redressing human rights abuses*, en: "The Denver Journal of International Law and Policy", 20, pp. 243/267.

Verbitsky, Horacio, 1995: *El vuelo*, Buenos Aires.

ANEXO

Mensaje del Jefe del Estado Mayor General del Ejército, teniente general Martín Antonio Balza*

El difícil y dramático mensaje que deseo hacer llegar a la comunidad argentina busca iniciar un diálogo doloroso sobre el pasado, que nunca fue sostenido y que se agita como un fantasma sobre la conciencia colectiva, volviendo, como en estos días, irremediamente de las sombras donde ocasionalmente se esconde.

Nuestro país vivió una década, la del 70, signada por la violencia, por el mesianismo y por la ideología. Una violencia que se inició con el terrorismo, que no se detuvo siquiera en la democracia que vivimos entre 1973 y 1976 y que desató una represión que hoy estremece.

En la historia de todos los pueblos, aun los más cultos, existen épocas duras, oscuras, casi inexplicables. No fuimos ajenos a ese destino, que tantas veces parece alejar a los pueblos, de lo digno, de lo justificable.

Ese pasado de lucha entre argentinos, de muerte fratricida, nos trae a víctimas y victimarios desde el ayer, intercambiando su rol en forma recurrente, según la época, según la óptica, según la opinión dolida de quienes quedaron con las manos vacías por la ausencia irremediable, inexplicable.

Esta espiral de violencia creó una crisis sin precedentes en nuestro joven país, las Fuerzas Armadas, dentro de ellas el Ejército, por quien tengo la responsabilidad de hablar, *creyó erróneamente que el cuerpo social no tenía anticuerpos necesarios para enfrentar el flagelo y, con la anuencia de muchos, tomó el poder*. El Ejército, instruido y adiestrado para la guerra clásica, no supo cómo enfrentar desde la ley plena al terrorismo demencial.

Este error llevó a privilegiar la individualización del adversario, su ubicación por encima de la dignidad, mediante la obtención, en algunos casos, de esa información por métodos ilegítimos, llegando incluso a la supresión de la vida, confundiendo el camino que lleva a todo fin justo y que pasa por el empleo de medios justos. Una vez más reitero: el fin nunca justifica los medios.

Algunos, muy pocos, usaron las armas para su provecho personal.

Sería sencillo encontrar las causas que explicaron estos y otros errores de conducción, porque siempre el responsable es quien conduce, pero creo con sinceridad que ese momento ha pasado y es la ho-

ra de asumir las responsabilidades que correspondan.

El que algunos de sus integrantes deshonraran un uniforme que eran indignos de vestir no invalida el desempeño, abnegado y silencioso, de los hombres y mujeres del Ejército de entonces.

Han pasado casi veinte años de hechos tristes y dolorosos, sin duda ha llegado la hora de empezar a mirarlos con ambos ojos. Al hacerlo, reconocemos no sólo lo malo de quien fue nuestro adversario en el pasado, sino también nuestras propias fallas.

Siendo justos, miraremos y nos miraremos, siendo justos reconoceremos sus errores, y nuestros errores. Siendo justos veremos que del enfrentamiento entre argentinos somos casi todos culpables, por acción u omisión, por ausencia o por exceso, por anuencia o por consejo.

Cuando un cuerpo social se compromete seriamente, llegando a sembrar la muerte entre compatriotas, *es ingenuo intentar encontrar un solo culpable, de uno u otro signo*, ya que la culpa en el fondo está en el inconsciente colectivo de la Nación toda, aunque resulte fácil depositarla entre unos pocos, para liberarnos de ella.

Somos realistas y a pesar de los esfuerzos realizados por la dirigencia política argentina *creemos que aún no ha llegado el ansiado momento de la reconciliación*. Lavar la sangre del hijo, del padre, del esposo, de la madre, del amigo, es un duro ejercicio de lágrimas, de desconsuelo, de vivir con la mirada vacía, de preguntarse por qué... por qué a mí... y así volver a empezar cada día. Quienes en este trance doloroso perdieron a los suyos, en cualquier posición y bajo cualquier circunstancia, necesitarán generaciones para aliviar la pérdida, para encontrarle sentido a la reconciliación sincera.

Para ellos no son estas palabras, porque no tengo palabras, sólo puedo ofrecerles respeto, silencio ante el dolor y el compromiso de todo mi esfuerzo para un futuro que no repita el pasado.

Para el resto, para quienes tuvimos la suerte de no perder lo más querido en la lucha entre argentinos es que me dirijo pidiéndoles, a todos y cada uno, en la posición en que se encuentren ante este drama de toda la sociedad, responsabilidad y respeto.

Responsabilidad para no hacer del dolor la bandera circunstancial de nadie. Responsabilidad para que asumamos las culpas que nos toquen en el hacer o en el dejar de hacer de esa hora.

Respeto por todos los muertos, dejar de acompañarlos con los adjetivos que arrastraron, unos u otros, durante tanto tiempo. Todos ellos ya han rendido sus cuentas, allí donde sólo cuenta la verdad.

Las listas de desaparecidos no existen en la Fuerza que comando, si es verdad que existieron en el pasado no han llegado a nuestros días.

Ninguna lista traerá a la mesa vacía de cada familia el rostro querido, ninguna lista permitirá enterrar a los muertos que no están, ni ayudar a sus deudos a encontrar un lugar donde rendirles un homenaje.

Sin embargo, sin poder ordenar su reconstrucción, por estar ante un hecho de conciencia indivi-

* Publicado en *Página 12* del 26/4/1995, p. 43.

dual, si existiera en el Ejército alguien que dispusiera de listados o, a través de su memoria, la capacidad de reconstruir el pasado, le aseguro, públicamente, la reserva correspondiente y la difusión de las mismas, bajo mi exclusiva responsabilidad.

Este paso no tiene más pretensión que iniciar un largo camino, es apenas un aporte menor de una obra que sólo puede ser construida entre todos. Una obra que algún día culmine con la reconciliación entre los argentinos.

Estas palabras las he meditado largamente y sé que al pronunciarlas siempre dejaré a sectores disconformes.

Asumo ese costo, convencido que la obligación de la hora y el cargo que tengo el honor de ostentar me lo imponen.

Sin embargo, de poco serviría un mínimo sinceramiento, si al empeñarnos en revisar el pasado no aprendiéramos para no repetirlo en el futuro.

Sin buscar palabras innovadoras, sino apelando a los viejos reglamentos militares, ordeno, una vez más, al Ejército argentino, en presencia de toda la sociedad argentina, que:

— *Nadie está obligado a cumplir una orden inmoral o que se aparte de las leyes y reglamentos militares. Quien lo hiciera incurre en una conducta viciosa, digna de la sanción que su gravedad requiera.*

Sin eufemismos digo claramente:

— *Delinque quien vulnera la Constitución nacional.*

— *Delinque quien imparte órdenes inmorales.*

— *Delinque quien cumple órdenes inmorales.*

— *Delinque quien, para cumplir un fin que cree justo, emplea medios injustos, inmorales.*

La comprensión de estos aspectos esenciales hace a la vida republicana de un Estado y cuando ese Estado peligra, *no es el Ejército la única*

reserva de la Patria, palabras dichas a los oídos militares por muchos, muchas veces.

Por el contrario, las reservas que tiene una nación nacen de los núcleos dirigenciales de todas sus instituciones, de sus claustros universitarios, de su cultura, de su pueblo, de sus instituciones políticas, religiosas, sindicales, empresarias y también de sus dirigentes militares.

Comprender esto, abandonar definitivamente la visión apocalíptica, la soberbia, aceptar el disenso y respetar la voluntad soberana, es el primer paso que estamos transitando desde hace años, para dejar atrás el pasado, para ayudar a construir la Argentina del futuro, una Argentina madurada en el dolor, que pueda llegar algún día al abrazo fraterno.

Si no logramos elaborar el duelo y cerrar las heridas no tendremos futuro, no debemos negar más el horror vivido y así poder pensar en nuestra vida como sociedad hacia adelante, superando la pena y el sufrimiento.

En estas horas cruciales para nuestra sociedad, quiero decirles como jefe del Ejército que, asegurando su continuidad histórica como institución de la nación, *asumo nuestra parte de la responsabilidad de los errores de esta lucha entre argentinos que hoy nos vuelve a conmover.*

Soy consciente de los esfuerzos que realizamos todos con vistas al futuro. Por ello agradezco a los hombres y mujeres que tengo el orgullo de comandar, ellos representan la realidad de un Ejército que trabaja en condiciones muy duras, respetuoso de las instituciones republicanas y poniendo lo mejor de sí al servicio de la sociedad.

Pido la ayuda de Dios, como yo lo entiendo o como lo entienda cada uno, y pido la ayuda de todos los hombres y mujeres de nuestro amado país, para iniciar el tránsito del *diálogo* que restaure la concordia en la herida familia argentina.