
JAIME MALAMUD GOTI
RICARDO ENTELMAL
(Buenos Aires, Argentina)

**La justificación del castigo, los juicios a militares argentinos,
el llamado «punto final» y sus consecuencias políticas**

I

El completo restablecimiento del estado de derecho y la tutela de los derechos humanos en la Argentina exigieron al gobierno, por un lado, resolver los problemas del pasado. Por otro lado, requirieron la creación de los mecanismos adecuados para prevenir quiebras institucionales y las consiguientes violaciones a la dignidad de las personas que caracterizaron a la historia cercana de nuestro país.

El gobierno propició así el juzgamiento de miembros de las Fuerzas Armadas por la justicia ordinaria: los llamados «jueces de la Constitución», para terminar con los fueros especiales que caracterizan a sistemas corporativos. De esta manera, el Poder Ejecutivo confeccionó un proyecto —transformado en ley por el Congreso— por el cual la justicia federal tendría competencia para revisar las decisiones del tribunal militar de más alta jerarquía, que intervendría en primera instancia en todos los casos. De esta manera se compatibilizaron dos exigencias constitucionales. La primera consistía en que nadie fuese juzgado por «comisiones especiales», debían intervenir los «jueces naturales» del reo (1). La segunda, que las sentencias definitivas fuesen dictadas por el poder judicial que prescribe la Constitución.

(1) El sistema estaba previsto para dos etapas diferentes: los delitos cometidos antes de la sanción de la ley y los ejecutados con posterioridad. Estos últimos

En todos los casos se previó que los juicios estarían sujetos a lo que el Código de Justicia militar establece como «procesos sumarísimos en tiempo de paz». Como esta denominación lo sugiere, los plazos procesales son muy breves y perentorios. Por otra parte, si a los seis meses de iniciación de las causas el Tribunal castrense no hubiera dictado sentencia, la reforma legal introducida facultaba a los tribunales civiles (Cámaras Federales de Apelación) a conocer en la causa, desplazando la competencia militar cuando lo considerasen oportuno.

En virtud del procedimiento previsto se juzgó a los integrantes de las tres primeras juntas de comandantes. De los nueve miembros, cinco recibieron condenas privativas de libertad de entre cinco años y perpetuidad. Hasta ahora, todas las penas fueron impuestas por tribunales civiles.

En algunas causas, existen ya sentencias definitivas dictadas por la Corte Suprema. Es de destacar, con todo, que los diferentes tribunales repartidos en distintos puntos del territorio nacional, han mostrado variado grado de entusiasmo por avocarse al juzgamiento de los delitos cometidos por personal militar.

En diciembre de 1986, a los tres años de la asunción del Gobierno, el Poder Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de ley haciendo caducar a los sesenta días las acciones penales pendientes contra el personal militar que hubiese delinquido entre 1976 y 1983, años en que las Fuerzas Armadas detentaron el poder. Las dos condiciones de la caducidad fueron que no se hubiese procesado formalmente al imputado antes de la fecha prevista (22 de febrero de 1987), y que éste no estuviera prófugo (2). Al mismo tiempo se facultó a los tribunales civiles

serían directamente justiciables por la justicia civil. En ambos casos se daba así cumplimiento al artículo 18 de la Constitución. «Ningún habitante puede ser penado sin juicio previo... ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.» Por otro lado, el artículo 95 dice: «En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales...» Esto veda a tribunales dependientes del poder ejecutivo, como son los militares, por ejemplo, la facultad de decidir en cuestiones como las vinculadas a la responsabilidad penal del personal bajo bandera, salvo que la decisión sea ampliamente revisable por un tribunal judicial. (La Corte Suprema declaró la constitucionalidad de la revisión judicial plena en juicios sobre hechos anteriores a la sanción de la ley, en sentencias del 21 de junio y 27 de diciembre de 1984.)

(2) El artículo 1.º de la ley 23.492 dice así: «Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona, por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la ley 23.049 que no estuviese prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley.

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.»

competentes a intervenir de entrada dejando de regir, entonces, los seis meses previstos originariamente para que actuase el tribunal militar.

Tanto el proyecto del Poder Ejecutivo como la Ley del Congreso desencadenaron reacciones apasionadas. Hubo quienes apoyaron la iniciativa; la mayoría por razones pragmáticas vinculadas con la creencia en la necesidad de *pacificación*; los menos lo hicieron por razones de principio. Otros criticaron duramente la decisión porque contravenía prescripciones morales o, simplemente, porque era políticamente inoportuna o mostraba debilidad. Hubo también quienes criticaron la ley por la razón opuesta: se sostenía que hacía falta una amnistía lisa y llana y no un acotamiento de los juicios por la imposición de plazos de caducidad.

Las críticas que encarará este artículo son aquellas que se formularon invocando razones morales, según las cuales la ley comportaba una claudicación ética, una marcha atrás respecto del sendero transitado, y el incumplimiento de compromisos asumidos por el gobierno.

Este artículo se propone refutar los argumentos referidos. Vale decir, que en él se demuestra a) que la medida no transgrede ninguna regla moral; b) que esta medida no implica volver sobre lo andado, y c) que no hay promesa incumplida alguna sino, más vale, lo contrario: se ha sido coherente con la idea fundamental de tutelar los derechos humanos.

II

Del propósito enunciado se desprende que este trabajo queda sensiblemente acotado. En él no se discutirá ni la oportunidad de la medida ni las modalidades que pudieron hacerla más eficaz o convincente. El tema atañe a las penas impuestas a militares y las que pudieran dictarse en aquellos juicios que se hallan aún pendientes. Esto requiere una introducción teórica a una cuestión que difícilmente se explicita en el terreno político en que la ley de «punto final» se debate. Se trata de la relación que existe entre la justificación moral y la pena en los juicios seguidos a los militares: la razón para castigar criminalmente a quienes cometieron violaciones a los derechos humanos. El resultado de esta cuestión permitirá establecer los límites que la justificación tiene para este caso.

Hoy en día resulta difícil aceptar la tesis para la cual la pena criminal agota su sentido y justificación en la mera retribución de una mala voluntad o de una conducta culpable (3). Aun quienes defienden la idea de que la retribución se ve justificada porque lo están las respuestas negativas a ciertos actos que emprendemos, la razón de ser de la pena estatal no puede verse satisfecha con esta idea. Es preciso, además, que el estado sancionador no sólo *condene* moralmente al transgresor por su violación. El sufrimiento no constituye por sí solo una justificación suficiente: es necesario favorecer a la comunidad con la institución de la pena como con cualquier otra herramienta con que el Estado opere» (4).

Cabe agregar un argumento decisivo en contra de la pena como pura retribución. La idea de un Estado que confiere a los derechos individuales un rol primordial se ve perjudicada con tal concepción de la pena. Brevemente expuesto, el argumento es el siguiente: si las restricciones o privaciones de derechos (individuales) en un Estado liberal requieren, como justificación moral, algo más que el bienestar general, entonces cabe afirmar que se trata de amparar, mediante el

(3) J. L. Mackie demuestra que toda razón que se intente dar en favor de la tesis de la retribución se vincula a: a) la producción de ciertos resultados futuros; b) categorías que presuponen la pena misma y, por lo tanto, no pueden explicar nada acerca de ésta (*Morality and the Retributive Emotions*, en «Criminal Justice Ethics», vol. 1, núm. 1, invierno/primavera de 1982, pp. 3 y ss.). Dentro de la primera categoría caen no sólo las teorías utilitaristas sino también aquéllas que se basan en la satisfacción de sentimientos y deseos de justicia o de venganza. La pena apunta siempre hacia el futuro ya que el sentido de su imposición va de la mano de la consecuencia buscada: la efectiva satisfacción del deseo o sentimiento. Dentro de la segunda categoría se hallan las tradicionales *teorías absolutas* que conciben al castigo como la expiación de una culpabilidad. Para estas tesis se abre una alternativa: o hay que probar que existen culpas que expiar en todos los casos en que se castiga, lo que no ha sido debidamente hecho, o se trata de conceptos analíticos. Si el caso es el último, entonces la expiación de una culpabilidad presupone al castigo, sin posibilidades de explicarlo y, menos aún, de justificarlo.

Mackie defiende así sólo lo que llama «retribución negativa». Esta hace referencia no a la justificación del castigo sino a lo injustificado que es imponer éste cuando no hay una acción prohibida que *merezca* una reacción negativa (castigo). En este caso, la retribución pasa a ser un elemento necesario pero no suficiente en la justificación de la pena. Por su parte, Roger Wertheimer afirma que la idea de la retribución *explica* el significado de nuestros juicios morales; en modo alguno demuestra su valor de verdad (*Understanding Retribution*, en «Criminal Justice Ethics», vol. 2, núm. 2, verano/otoño, 1983, pp. 19 y ss.). En igual sentido JEFFRIE G. MURPHY («Criminal Justice Ethics», vol. 4, núm. 1, invierno/primavera de 1985, pp. 3 y ss.).

(4) WERTHEIMER, *op. cit.*, nota 3; H. L. HART, *Punishment and Responsibility, Essays in Philosophy of Law*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1975, pp. 34 y ss.

CARLOS NINO, *A Consensual Theory of Punishment*, Philosophy & Public Affairs, otoño, 1983, vol. 12, núm. 4, pp. 289 y ss.

castigo, derechos en sentido estricto. Toda decisión política debe perseguir el bienestar común, pero, si la existencia de derechos significa algo, este algo debe consistir en un plus respecto del bienestar colectivo indicado. Por eso, sólo es concebible privar a una persona, por ejemplo, de su libertad ambulatoria si, como contrapartida, se protegen los derechos de terceros, aunque éstos pertenezcan a un número indeterminado o indefinido de personas (5). Entonces, la pena debe necesariamente apuntar al futuro. La alternativa opuesta importa caer voluntaria o involuntariamente en una versión perfeccionista, en donde el castigo se ve justificado por el hecho de que una conducta signifique que la persona se aparta de ciertos ideales de excelencia; ello con independencia de que esta desviación del modelo de vida escogido por el Estado signifique poner en peligro o lesionar derechos de terceras personas (6).

En base a los argumentos resumidos, cabe afirmar que la pena —como institución— requiere una justificación moral diferente de la de su adjudicación; vale decir, de discernir a quién vamos a castigar (7). La cuestión del merecimiento (culpabilidad) se refiere así a las condiciones bajo las cuales resulta moralmente admisible castigar a una persona. Es una exigencia ética del castigo que éste sea aplicado al ejecutor culpable de determinada conducta, activa u omisiva (8).

Más allá del tema de la adjudicación del castigo, su carácter institucional exige que éste resulte socialmente útil. Si bien es cierto que los hechos altamente dañosos despiertan sentimientos vindicativos que suelen provocar respeto en tanto acreditan el *sentido de justicia* de quien los alberga, también lo es que, en tanto pura retribución, esto no basta para justificar la acción coercitiva estatal (9). Hace falta alguna consecuencia que demuestre que la medida es provechosa para la comunidad. De esta manera, en tanto necesariamente vinculada a derechos, la cuestión de la adjudicación es, indiscutiblemente, un tema ético (10). La justificación de la institución puede ser sólo prudencial,

(5) RONALD DWORKIN, *Liberalism en Public Private Morality*, Cambridge, University Press, Cambridge, 1980, pp. 113 y ss.

(6) Este es el planteo básico —a nuestro modo de ver— de JOHN S. MILL, *On Liberty*, editado por Mary Warnock, New America, Library, 1962, pp. 78 y ss.

(7) Mackie explicaría esto como retribución negativa. *Op. cit.*, nota 3.

(8) NINO, *op. cit.*, nota 3.

(9) WERTHEIMER, *op. cit.*, nota 3, y MURPHY, *op. cit.*, nota 3.

(10) El concepto de ética, para la posición que se adopta en este artículo, está vinculado indisolublemente a *derechos (morales) individuales*. De esta forma, se

si los efectos de la pena no aseguran auténticos derechos, sino simples intereses como el standard de vida de la comunidad. En síntesis, la utilidad social constituye una condición necesaria de la pena como institución política.

La utilidad social a que se hace referencia tiene dos modalidades fundamentales para penalistas y filósofos, quienes las defienden conjunta o alternativamente. Una de ellas apunta a impedir, a través del ejemplo del castigo, que la conducta juzgada sea imitada por terceros o repetida por su autor. Esta finalidad, basada en la disuasión, es llamada *prevención general*. Se dirige a los integrantes de la comunidad y no a un individuo en particular (11).

Si bien la forma más simple y llana que asume el rol preventivo general —o sea, la disuasión de transgresores potenciales— se basa en el temor a la sanción impuesta, hay otras modalidades menos directas que la pena adopta para influir sobre un individuo en particular. Esta influencia sobre la acción futura podría designarse como enseñar el «bien» y el «mal», fomentar el respeto por el derecho y las instituciones, y servir de vehículo de comunicación acerca de lo que está efectivamente prohibido. Los rótulos empleados son suficientemente elocuentes: cada vez que se impone una pena, se está demostrando que hay un hecho calificado como nocivo por el orden jurídico (se enseña así qué es lo que está «mal»). Todo castigo legítimo reafirma —implícitamente— la vigencia de las instituciones porque exhibe la capacidad fáctica del Estado. Esto tiende a procurar un mayor acatamiento a ellas por parte de la ciudadanía. Por último, las condenas tienen la propiedad de hacer patente cuáles normas jurídicas de una sociedad determinada son operativas, al explicitar los hechos que motivan un juicio, y las consecuencias de éste, a la luz de tales reglas. Se demuestra así que los jueces están dispuestos a aplicarlas efectivamente.

sigue la posición de JOSEPH RAZ (*The Morality of Freedom*, Oxford-Clarendon Press, 1986, pp. 193 y ss.) y RONALD DWORKIN (*Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, p. 171). Esto significa apartarse de aquellas corrientes que, siguiendo a Kant, definen la ética a partir del deber. Incluimos al utilitarismo en la corriente señalada, pues, en tanto sólo se actúa moralmente cuando se obtiene el mayor bienestar agregativo. el deber de producir este estado de cosas pasa a ser el elemento definitorio de lo ético.

(11) FRANKLIN ZIMMIRING y GORDON J. HAWKINS, *Deterrence*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1976, pp. 84 y ss.

La otra faceta de la utilidad de penar es la de la prevención especial. A diferencia de la anterior, esta forma recae sobre la personalidad o carácter del transgresor. La idea que se invoca es que, a través de un proceso de reeducación y tratamiento, aquel que delinquiró no repetirá una acción que fue el producto de una manera particular de ser. Esta reforma del carácter —se argumenta— permitirá su reinserción exitosa en la vida social (12). Los fines preventivos, que hacen que el castigo resulte una institución social necesaria, tienen, sin embargo, límites trazados en convicciones morales generalmente compartidas. La prevención no puede basarse en penas desproporcionadamente severas o castigos crueles: un uso semejante de la sanción penal implicaría mancillar la dignidad de un individuo en el supuesto beneficio de los demás (13). La idea del tratamiento, como justificación de la imposición de una pena, provoca fuertes resistencias para una concepción política que conceda un rol primordial a la autonomía de las personas (14).

Si bien sólo podemos castigar a quienes, por obrar deliberadamente, han perdido —puede decirse— la inmunidad de sus derechos. Algo distinto ocurre cuando se aborda el tema de cambiar a la gente. Esto último puede ser una forma de contemplar al delincuente como un ser incapaz o inferior, cuya manera de ser podemos modificar, resintiéndolo así su dignidad (15). Queda en pie concebir a la reeducación o resocialización como medios aplicables cuando alguien ya ha sido condenado y sólo como modo de evitar que el castigo se transforme en un factor de mayor desadaptación. En cuanto al «mejoramiento» del individuo, sólo los cambios de carácter que el penado acepte, o el aprendizaje al que éste preste su anuencia, resultan medios moralmente aceptables. Otro tipo de cambios son sólo obtenibles a costa de la dignidad del penado.

(12) HILDE KAUFMANN, *Krimilogie III, Strafvollzug Und Sozialtherapie*, Verlag Kholhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1977, pp. 91 y ss.; este trabajo fue un ejemplo de las expectativas que la rehabilitación había creado en el ambiente académico alemán de los años 70.

(13) El merecimiento es así visto como «restricción lateral» o «paralela» («side constraint») por WERTHEIMER, *op. cit. supra*, nota 3, p. 27.

(14) HEBERT MORRIS, *On Guilt and Innocence, Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, pp 3 y ss. y la idea de la acción síntoma. También PETER STRAWSON, *Freedom and Resentment*, en *Free Will*, ed. por Gary Watson, Oxford University Press, pp. 81 y ss.

(15) MORRIS, *op. cit.*, nota 14. Subsiste la posibilidad de concebir al castigo como forma de educación moral como lo sugiere MURPHY, *op. cit.*, nota 3, *supra*. Con todo, es de destacar el escepticismo que la idea provoca en el mismo autor.

III

Los argumentos que preceden resultan indispensables para establecer cuál es el fundamento para imponer sanciones a los miembros de las Fuerzas Armadas argentinas que transgredieron normas penales de extrema gravedad. Es dable tener presente que esas razones servirán de guía de interpretación para determinar hasta dónde debe llegar a utilizarse la sanción penal. Esta cuestión no puede ser soslayada en la discusión sobre la aplicación del derecho penal al tema militar: a su moralidad y racionalidad.

En primer lugar, es de destacar que no se trató de casos aislados en donde el transgresor tuviese especiales fallas de carácter o personalidad; quizás tampoco estímulos particulares que lo condujeran a delinquir. No es del caso, pues, remediar desviaciones, y no sólo ya por circunstancias morales basadas en la autonomía invocada. Quienes perpetraron los crímenes —aun los más atroces— lo hicieron dentro de una suerte de cultura que no sólo fomentó su ejecución, sino que la alentó, llegando a premiar las consecuencias, cualesquiera fueran (16). Los actos que llegaron al dominio público por su gravedad son la faz saliente del comportamiento de instituciones deformadas por la acción de ideologías totalitarias (17). Esos crímenes son, así, el resultado de asignar a estas instituciones un rol ajeno a los fines para los que fueron creadas en un marco republicano. A esto cabe agregar la manipulación que hicieron de la fuerza los que tuvieron la conducción de esas instituciones.

(16) Resulta un dato de la realidad que los grupos permanentes —más aún los que actúan dentro de estructuras formales... son entidades diferentes de la suma de integrantes de estos grupos. La interacción gesta pautas de conductas y parámetros propios que distan con frecuencia de los de la comunidad en general. Estos parámetros se vinculan a las finalidades grupales y a las modalidades en que estas finalidades son perseguidas. (JOSÉ BLEJER, *Temas de Psicología*, Ed Paidós, Buenos Aires, 1964, y PAUL WATZLAWICK, JANET HELMICK BEAVIN y D. JACKSON, *Teoría de la Comunicación Humana*, trad. Carlos E. Sluzki, Ed. Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1974, pp. 115 y ss.). El fenómeno indicado ha sido recogido en el terreno criminológico y político-criminal como objeto de acción práctica. Por ejemplo: COFFEE, *No Soul to Damn, No Body to Kick*, «Michigan Law Review», January, 1981, vol. 79, núm. 3, pp. 445 y ss.; JAIME MALAMUD GOTI, *Política Criminal de la Empresa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pp. 21 y ss.; JOHN LADD, *Morality and The Ideal of Rationality in Formal Organizations*, en *Business Ethics*, ed. por Milton Snoryenbus y otros, Prometheus Books, Buffalo, New York, 1983, pp. 47 y ss.; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Karl Heynemanns Verlag, Köln, Berlín, Bonn, München, 1979, pp. 13 a 19.

(17) Un minucioso esquema de la relación existente entre la ideología, la violación sistemática de derechos humanos, y la posición jurídica adoptada por los procesados en los juicios, puede leerse en el artículo de MARK OSIEL, *The Making of Human Rights Policy in Argentina: The Impact of Ideas and Interest on a Legal Conflict*, en «Journal for Latinamerican Studies», impreso en Gran Bretaña, 1986, 18, pp. 135-178.

En segundo lugar, cuando los integrantes de una corporación transgreden la ley con cierta regularidad, es la corporación misma la que requiere el proceso de readaptación o «reeducación» para lograr un cambio de conducta en sus integrantes. No se trata de observar el fenómeno como la suma de actos individuales, sino, más bien, como la existencia de un sistema dentro del cual las personas se mueven reparablemente mucho más en obtener la aprobación del superior o de sus pares, que en obrar acorde con la moralidad general (18). No es del caso, en definitiva, «reeducar» o «adaptar» a individuos, mientras el estímulo que reciben de las instituciones los lleva a repetir la conducta indefinidamente.

La organización republicana y la transición a la democracia requieren, en primer lugar, sentar como principio su diferencia fundamental con el esquema político autoritario que precedió a ambas. Resultó así imperioso recrear la confianza en el derecho y la justicia, lo que exigió juicios y condenas, porque ellos atañen estrechamente a la legalidad del sistema.

El valor pedagógico de las condenas penales y la consiguiente descalificación de las conductas castigadas se conecta con la relación entre el llamado «Proceso Militar» y el gobierno democrático de una manera singular. Cuando las prácticas condenadas estuvieron vinculadas a las más altas esferas del poder, la sentencia penal diluye cualquier posible viso de continuidad entre ambos sistemas políticos.

El aspecto pedagógico de las condenas adquiere así un rol prevalente en una etapa de transición institucional. No podría ser de otro modo, desde que el objetivo primordial de la transición consiste en sentar bases sólidas para la perdurabilidad de las instituciones democráticas (19).

(18) Cfr. trabajos citados en la nota 16. Es del caso aquí tener en cuenta el cálculo racional para el cual la pena sólo es eficaz cuando supera el beneficio posible: $P > b.p.$ o, mejor aún, $c \times a > b.p.$ donde «P» es pena; «c» es castigo; «a» es probabilidad de aprehensión y condena; y «b.p.» es beneficio posible. En este caso, b.p. puede operar como un beneficio positivo o uno negativo, consistente este último en no ser perjudicado, desaprobado, etc. Cuando se trata de actividades grupales, la pena P es de difícil imposición en términos estadísticos. En el caso militar, el factor « $c \times a$ » era casi igual a cero. De esta manera el beneficio era siempre tentador (cfr. RICHARD POSNER, *The Economic Analysis of Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1977, pp. 163 y ss. y pp. 443 y ss.).

(19) ROBERTO BERGALLI, *El Esquema Político-criminal de la Democracia Argentina*, separata de la revista «CIDOP» d'Affaires Internationales, núm. 5, 1984; CARLOS NIÑO, *The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government: A Reply*, en «The Yale Journal of International Law», vol. II, núm. 1, otoño, 1985, pp. 217 y ss.

La prevención general, entonces, cualquiera sea la modalidad que ésta asuma, no exige el castigo de todos y cada uno de los responsables de las transgresiones. Como dijimos, la justificación de la pena en el caso de las violaciones a los derechos humanos en la Argentina, consiste en ratificar el respeto y la confianza en el sistema democrático. Una vez afianzadas las instituciones y debidamente resguardados los derechos individuales, continuar con la asignación de responsabilidades es una cuestión política o prudencial, pero nunca ética (20).

Es de destacar que, para la concepción ética que aquí se defiende, es esencial que los intereses en juego revistan la entidad de genuinos derechos morales (21). De esta manera, la caracterización de las obligaciones éticas exige distinguir entre aquellos intereses individuales que se refieren al mejoramiento de ciertas formas de convivencia o standards de vida, de los auténticos derechos vinculados en estos casos a la dignidad de las personas, que quedarían expuestas a ser menoscabadas por formas despóticas de gobierno. Queda en claro así que, frente a «simples intereses» basados en niveles de vida, etc., los calificativos que merece la acción estatal son de orden prudencial (22). Lo último significa distinguir la conveniencia pura de la moralidad, como objeto de las decisiones políticas.

(20) La afirmación precedente exige, a nuestro modo de ver, abandonar dos posiciones que se han dejado oír en una que otra oportunidad. La primera es la de que «justicia» y «retribución» son en el caso equivalentes (MARK OSIEL, *The Making of Human Rights*, cit. nota 17, supra) donde destaca el marcado carácter retributivo que tuvo la pena para la posición central de las organizaciones de derechos humanos. La segunda es el ángulo en que se coloca el utilitarismo para el cual, cuando está en juego el mayor beneficio común, las decisiones judiciales son también, necesariamente, morales. Sin embargo, un utilitarista no podría afirmar que el curso de acción escogido por el gobierno fuese moralmente aceptable o rechazable. Sólo un cálculo empírico sobre las consecuencias reales de la decisión posibilitaría esta conclusión (MARTÍN FARRELL, *Utilitarismo: ética y política*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 30 y 31).

Es de tener en cuenta aquí que cabe descalificar la posición retributiva por los argumentos dados en la nota 3, supra. Especialmente en base a las premisas de John Mackie y Wertheimer, quienes destacan —cada uno a su manera— que no sólo debe examinarse la plausibilidad de las actitudes retributivas, sino la asunción de actitudes basadas en estas actividades por parte del Estado. En todo caso, parece acertada la distinción entre la motivación de la pena y la justificación (MURPHY, *op. cit.*, nota 3, supra). Mientras la primera es retributiva, en general, la segunda debe apelar a consecuencias beneficiosas de la sanción. Ver también CARLOS S. NINO, *op. cit.*, nota 19, supra, p. 221: «However, instead of adopting an absolutist approach to punishment, the government sought to address the need for punishment at the minimization of future social cost resulting from the destabilizing effects of widespread retribution. Leaving the most terrible abuses unpunished could encourage future abuses. However, punishment must be applied with prudence if the objective of minimizing social harms is to be achieved.»

(21) Cfr. nota 10, supra.

(22) RONALD DWORKIN destaca en su artículo *Liberalism*, nota 5, supra), la diferencia que existe entre la anciana de Chicago que reclama protección policial

En base a los argumentos dados, se abrió en la Argentina la siguiente alternativa a los tres años de gobierno democrático: continuar indefinidamente con los juicios a los militares por las violaciones a los derechos humanos o adjudicar los recursos existentes a evitar el máximo de conflictos, una vez sentadas las bases de la justicia y el derecho.

Como toda alternativa política, la disyuntiva no puede ser encarada sino teniendo fundamentalmente en cuenta los resultados a que conduce el camino que se escoja. En el caso, el tema se refiere al aseguramiento de la integridad y libertad de las personas, y a la mejor manera de administrar recursos para lograr esta finalidad, siempre con miras al futuro y a la integración de los sectores sociales transformados en corporaciones rígidas y cerradas. En consecuencia, el Estado tuvo que ejercitar su competencia para propender a la solución del problema midiendo las consecuencias sociales.

Sin duda, la solución de limitar la iniciación de nuevas causas a partir del plazo fijado exige dejar de lado expectativas respetables (23), pero la solución es difícilmente discutible: afectar todos los recursos disponibles para enfrentar el futuro con instituciones consolidadas y la sociedad pacificada. El camino a recorrer comporta de por sí un desafío lo suficientemente arduo como para exigir un esfuerzo conjunto de todos los sectores sociales.

La pretendida salida de la amnistía, reclamada no sólo por militares, sino también por sectores importantes del espectro político argentino, hubiese obstado a la instauración del régimen constitucional con el vigor suficiente para confiar en su estabilidad.

(para tutelar sus derechos genuinos, vinculados a su seguridad personal), de la exhortación que esta persona puede realizar para que los Estados Unidos aumenten su esfuerzo bélico en la guerra de Vietnam. La última actitud puede vincularse a su idea de lo que debe hacer su país, o del bajo standard de vida que provocaría el regreso de soldados con el consiguiente incremento de la tasa de desempleo. Pero esta invocación no se vincula a derechos sino, solamente, a «intereses».

(23) Los ataques contra el «punto final» fueron basados con frecuencia en la idea de *justicia* y de su quiebra por medio de la decisión adoptada. Creemos que aquí la palabra «justicia» puede prestarse fácilmente a equívocos. En primer lugar, suele esconder emociones vindicativas que no tienen en sí nada reprochable. La confusión mayor radica, a nuestro modo de ver, en pasar por alto que la real *justicia* finca en el arreglo social que admite con mayor facilidad la realización de los planes individuales y tutela, por ende, los derechos de las personas (cfr. *La idea sobre el beneficio de la justicia*, de JOHN RAWLS, *The Theory of Justice*, Harvard, 1971, pp. 513 y ss., y MICHAEL SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, London, New York, etc., 1987.

Desde esta óptica el gobierno obra en pro de la justicia y siempre con vistas al futuro.

La situación planteada demuestra, a la luz de los principios sentados, que la prevención general mediante la intimidación para aventar la posible imitación de las conductas más crueles imaginables no fue el objetivo fundamental del enjuiciamiento. Esto es evidente porque las conductas juzgadas, caracterizadas por haberse ejecutado con el apoyo de quienes detentaron el poder, es ahora, como fenómeno aislado, un hecho inconcebible.

La principal justificación del castigo en el caso militar resulta, entonces, de lo que puede llamarse la *prevención general indirecta*. La razón para imponer penas radicó en la necesidad de disuadir a la comunidad en pleno de recurrir a las soluciones del pasado, reafirmando los valores inherentes a un Estado de derecho, y promoviendo el respeto por las instituciones democráticas (24).

Ese respeto aparece fortalecido cuando, al imponerse la sanción penal, queda puesto de manifiesto que la ley impera respecto de todos, indicándoles qué es lo que está «bien» y qué es lo que está «mal». El derecho se aplicó así a los que sometieron a otros por la fuerza creyéndose impunes, hasta que les llegó el turno de someterse a la acción de la justicia. El valor pedagógico de los juicios y de las penas es, por eso, incalculable.

Cuando todas las sentencias se hayan dictado, quedará abierto el espacio para que la sociedad en su conjunto revise las razones —no justificables— que más allá del miedo le hicieron tolerar y hasta justificar los hechos ocurridos (25).

Si bien, como se dijo, la idea de la resocialización encuentra serios reparos fundados en el principio de la dignidad de las personas, no existen objeciones de esa naturaleza cuando se trata de reestructurar instituciones «des-socializadas». Es así que la reinserción de las Fuerzas Armadas es uno de los objetivos fundamentales al que, sin duda, deben dirigirse los esfuerzos del gobierno. Por un lado, porque reviste escasa utilidad «reeducar» a individuos aunque acepten someterse a un tratamiento, si éstos reingresan a una institución que continúa con-

(24) Mark Osiel parece compartir esta tesis consecuencialista, aunque su análisis es más bien histórico, razón por la cual no discrimina entre los diferentes efectos de la pena (cfr. nota 17, supra).

(25) Cfr. RICARDO ENTELMAN, *Sobre la problemática del castigo, comentario al libro de Enrique Marin*, en «Revista Doctrina Penal», núm. 25, pp. 178 y ss., Buenos Aires, enero-marzo de 1984.

dicionando su conducta de modo que incurran en transgresiones a la ley. Se requiere, en consecuencia, encarar temas como los planes de estudio, de organización de las Fuerzas Armadas, la profesionalización adecuada, para que respecto de las conductas de sus miembros, las normas de funcionamiento de una sociedad democrática rijan eficazmente. Se trata, pues, de medidas y cursos de acción no ya individuales, como el castigo, sino *institucionales*.

Estas consideraciones muestran que los juicios con motivo de las violaciones de derechos humanos y su acotamiento en el tiempo eran imprescindibles para crear las condiciones de tal acción institucional en un período de transición. Estamos así en condiciones hoy de comprender mejor los inéditos procesos con que el gobierno dio muestras de su convicción acerca de la existencia de cimientos éticos de la legitimidad política.

Buenos Aires, marzo 1987.

