
ROBERTO BERGALLI
(Universidad de Barcelona)

Memoria colectiva y derechos humanos
Una componente peculiar en el derecho y la justicia
de la transición a la democracia argentina

A Valeria, que trabaja sobre la memoria, por lo que le debo mucho de lo que aquí se dice y... en apoyo de su identidad.

SUMARIO: *Introducción.* I: A) Conciencia colectiva en Durkheim; B) Delito y pena en el sistema durkheimiano; C) La memoria se «socializa» en Halbwachs. II: A) La estrategia oficial que se inicia; B) La estrategia que se frustra; C) Las tesis de la sentencia de 9 de diciembre de 1985; D) La primera concesión del gobierno democrático a las presiones; E) La labor de justificación o exclusión de responsabilidades militares; F) La Corte Suprema confirma la sentencia, pero con diferencias doctrinarias; G) Alternativas que produjeron los sucesos de Semana Santa; H) La segunda concesión: la obediencia debida. *Conclusión.*

INTRODUCCION

En la década de los años ochenta algunos fenómenos sociales y políticos han llamado más la atención de quienes siguen de cerca el desenvolvimiento de las sociedades latinoamericanas. Como tales fenómenos han sido muy variados, entonces es posible discutir en torno al mayor impacto que pueden haber tenido unos respecto de otros.

Desde el punto de vista de la transformación interna de alguna sociedad latinoamericana en particular y, asimismo, desde la óptica que concierne a su ubicación como país independiente y pueblo autodeterminado, no parece erróneo afirmar que sea Nicaragua el caso más peculiar. Aunque quizá sea prematuro pensar en una definitiva consolidación de su modelo de desarrollo, ya Nicaragua ha implantado

las bases para contar con un Estado de derecho libre, soberano, unitario e indivisible y asumir la forma republicana, democrática, participativa y representativa (arts. 6 y 7, Constitución política de 1987). De tal modo, Nicaragua se inserta en la constelación de las poquísimas naciones que, habiendo producido una auténtica revolución, ha llegado a la institucionalización de unos principios tan afirmados por la cultura política liberal, como son los de: pluralismo político y religioso, de economía mixta, de no alineamiento internacional y de protección a los derechos humanos fundamentales. Todo ello no obstante su condición de pequeño país periférico, arrostrando intromisiones a su política interior, infundios contra su política exterior, agresiones a su legítima defensa, bloqueo a su actividad económica de subsistencia, destrucción y muerte de su población civil (cfr. *Bergalli*, 1987).

El caso de Nicaragua y precisamente la exaltación de los derechos humanos como un principio básico de su Revolución popular, que ha constituido indudablemente uno —si no el más importante— de los fundamentos legitimadores del nuevo Estado, sirve quizá sin buscarlo conscientemente como elemento de comparación al analizar alguno de los fenómenos que han dado vida a la necesaria consideración de otro caso especial en América Latina de desenvolvimiento de sus aparatos ideológicos, como lo es el de la República Argentina, también en esta década.

En efecto, la forma-Estado, el derecho y el papel que los jueces vienen cumpliendo en ambos países —es decir, tanto en un proceso revolucionario como el nicaragüense cuanto en otro de transición como el argentino— como expresiones de sus respectivas superestructuras, pueden ser analizados con respecto a una variable que las realidades de los dos países obligan a considerar de manera muy diferente. Se alude aquí a una componente muy relevante en los procesos que sirven para construir y definir una identidad colectiva, habitualmente no tenida en cuenta en los estudios jurídico-constitucionales, teóricos del Estado, politicológicos o sociológicos de las organizaciones y de las profesiones (para mencionar, sin absoluta precisión, aquellas perspectivas disciplinarias desde las cuales pueden abordarse plurifactorialmente los problemas que quedan mencionados en el título de este ensayo). Semejante componente tampoco ha tenido un análisis profundo antaño en el campo disciplinario que la ha desvelado —sólo últimamente se recurre a su examen—, pero, de todos modos y a riesgo de

emplearla en forma incorrecta o de utilizarla en manera incompleta, me animo aquí a considerarla desaprovechando quizá toda la potencialidad del enfoque antropológico-cultural que es el que ha permitido su descubrimiento como categoría de estudio.

Se trata, ciertamente, de aquel aspecto de la cultura de un pueblo que lo señala con características particulares y que, finalmente, lo identifica como tal. Es, en efecto, la *memoria colectiva* aquel rasgo cultural mediante el cual es posible individualizar la voluntad y los deseos de una sociedad para perpetuarse como tal. A partir entonces de señalar la mayor o menor presencia de memoria, es decir, de reconocer la voluntad de una determinada formación social por recordar su propio pasado, puede entenderse hasta qué punto el ordenamiento jurídico recoge —o no— esas expresiones en un momento determinado de constitución de la forma del Estado y qué papel desempeñan en el *jus-dicere* aquellos encargados de aplicar e interpretar el derecho.

Ciertamente, esta sintética explicación acerca del método a aplicar en este trabajo no satisface de manera directa una respuesta en relación a la coyuntura política dentro de cuyo marco se manifiestan las expresiones de determinadas mediaciones instrumentales que se hagan de los aparatos ideológicos. En efecto, procurar la comprensión de ciertas expresiones del discurso jurídico en época de transición hacia la democracia, con las cuales se pretende acoger algunas exigencias de sectores sociales que de no aceptarse pueden poner en peligro la estabilidad alcanzada para el sistema político —aunque muy endeble—, supone un considerable esfuerzo por captar una realidad que a veces escapa a la elaboración teórica del derecho y únicamente es asumible cuando se vive y se entiende la política práctica. Mas, de todos modos, si lo que se pretende es precisamente interpretar esas expresiones a la luz de un cierto bagaje teórico-científico, es imprescindible desplegar aquí un instrumental pluridisciplinario como el que me propongo emplear al exponer el caso argentino.

En anteriores análisis sobre lo que vengo denominando *cuestión judicial* en Argentina no he echado mano a la variable antropológica de la memoria colectiva. Empero, el desarrollo de la situación político-institucional en el país, las diversas contingencias que vienen enfrentando al poder político —legítimamente constituido— con el poder militar *de facto* (que, incluso, pueden hacer variar en el inmediato futuro las formas democráticas de la convivencia de los argentinos)

y el tan desusado comportamiento que está revelando la clase judicial, en contraste con una tradición de sometimiento al primero (cfr. *Bergalli*, 1984 a) en un momento particularmente crítico para el Estado de derecho, exigen una tentativa para comprender tales fenómenos, pero esas alternativas reflejan, asimismo, la necesidad de hacer un esfuerzo que permita tanto proponer interpretaciones acordes con el pasado como correcciones para el futuro con el fin de superar este difícil juego institucional que pone en peligro la estabilidad del sistema político y no responde a los reclamos de aquellas franjas mayoritarias de la sociedad argentina más afectadas por un discurso jurídico y político ocultador.

En consecuencia, vale la pena y me parece pertinente la propuesta de enfocar estos fenómenos de política jurídica desde la perspectiva que encierra un asunto de memoria colectiva en relación con la vasta problemática que recubre todo este terreno de protección de los derechos humanos en Argentina.

No es fácil conectar en este plano el discurso antropológico con la tradición que ha imperado en la cultura jurídica y política argentina, la cual es muy similar en toda Latinoamérica. La hegemonía ejercitada por los juristas sobre objetos de conocimiento que siempre han sido considerados propios de su área, proviene indudablemente, en general, entre otras cosas, de lo que se ha señalado con agudeza como la diferente valoración en América Latina de los problemas de validez y eficacia de las normas (v. *Garzón Valdez*, 1982, 24). Esta situación no ha permitido distinguir con claridad ciertos conceptos vinculados con el del derecho, tales como, por ejemplo: ley, Estado, administración de justicia, etc.; o impone diferencias notables entre lo que es orden jurídico sancionado y el efectivamente aplicado; o hace que el estudio del derecho se consagre al análisis de las normas sancionadas como si ellas estuvieran efectivamente vigentes; o ignorando las diferencias que existen entre las realidades sociales y políticas latinoamericanas con las de los países de Europa occidental se infiera que una norma jurídica idéntica en su texto a la de éstos ha de tener en América Latina la misma función; o, por último, considerando las grandes asincronías que presentan los países latinoamericanos en su progreso social y desarrollo cultural, cueste creer en la vigencia efectiva del derecho escrito de forma pareja en todos ellos.

En el caso particular de Argentina y más allá del alejamiento de la realidad social y política que los estudios teóricos del derecho han

revelado según el influjo neopositivista (v. *Bergalli*, 1984 b, 49), es verdad que actualmente puede observarse en los estudiosos de teoría jurídica una preocupación creciente por el tema de la justicia y el aspecto social del derecho (según *Garzón Valdez*, en op. cit., 41). Por el contrario, un interés semejante no se ha manifestado en los exámenes en torno a la forma, naturaleza y expresiones que el Estado ha revelado en los últimos tiempos, pese a que ellos han sido tan ricos y variados con motivo de las manifestaciones tan peculiares que ha reflejado (cfr. *García Méndez*, 1985, 382) en Latinoamérica, lo cual ha repercutido negativamente sobre el desarrollo de la teoría del Estado en las condiciones específicas del caso. El desconocimiento acerca del papel que cumplen los elementos jurídicos en la conformación superestructural del Estado sigue siendo una carencia grave en la ciencia política latinoamericana.

Es llamativo empero que aquellos teóricos del derecho, algunos de preponderante influencia sobre el poder político, parecen obviar sin embargo el tema central de la memoria colectiva cuando al orientar la legislación relativa a la investigación sobre las graves violaciones de los derechos humanos fundamentales a partir de la segunda mitad de los años setenta, cubren o desvían el recuerdo por los hechos acontecidos. Una actitud paradójica, aunque contrapuesta respecto a sus propios pasados como magistrados y a la propia conducta por ellos observada como clase judicial durante los duros tiempos de las últimas dictaduras, es la que viene revelando un elevado número de jueces, particularmente aquellos integrantes de la jurisdicción federal en sus más altos niveles (Cámaras Federales de Apelaciones), especialmente los que habían recubierto cargos judiciales durante los períodos militares *de facto*. Desde un punto de vista formal, esa actitud permitiría quizá afirmar —en un análisis que no tenga en cuenta los precedentes y la historia concreta de la clase judicial argentina (cfr. *Bergalli*, 1984 a, op. cit., esp. 87-90)— que con el advenimiento de la democracia el juego de las instituciones y los poderes constitucionales ha permitido la libre actividad de la jurisdicción. Sin embargo, a poco que se profundice, podrá comprobarse también en el comportamiento de estos jueces una voluntad disimuladora de lo ocurrido en el reciente pasado.

I

A) CONCIENCIA COLECTIVA EN DURKHEIM

Ha sido *Emile Durkheim* quien inspiró los estudios en torno a la memoria colectiva. Dicha inspiración nació de las reflexiones durkheimianas respecto a la *conciencia colectiva*, categoría sociológica de primer plano en el sistema de comprensión de los fenómenos o *hechos* sociales construidos por el A. francés. «El conjunto de las creencias y de los sentimientos comunes al término medio de los miembros de una sociedad constituye un sistema determinado que tiene su propia vida, se le puede llamar la *conciencia colectiva* o *común*. Sin duda que no tiene por substrato un órgano único; es, por definición, difusa en toda la extensión de la sociedad, pero no por eso deja de tener caracteres específicos que hacen de ella una realidad distinta. En efecto, es independiente de las condiciones particulares en que los individuos se encuentran colocados; ellos pasan y ella permanece» (*Durkheim*, 1982, 94).

Esta conciencia colectiva comporta una mayor o menor extensión o fuerza según el tipo de sociedad. En aquellas que domina la solidaridad mecánica, la conciencia colectiva corresponde a la mayor parte de las conciencias individuales. En las sociedades arcaicas, la fracción de las existencias individuales sujetas a sentimientos comunes es casi co-extensiva a la entera existencia. Mas, aunque la conciencia colectiva resulte ser la suma de las conciencias individuales, este conjunto de creencias difiere de cada una de ellas para Durkheim quien lo contempla como un sistema determinado que posee vida propia.

En las sociedades en las que prima la diferenciación de los individuos, cada uno de éstos es libre de creer, querer y actuar según sus propias preferencias en un gran número de situaciones. En cambio, en las sociedades de solidaridad mecánica, la mayor parte de la existencia está gobernada por imperativos y por prohibiciones sociales. El adjetivo *social*, en este aspecto del pensamiento de Durkheim, significa simplemente que tales prohibiciones e imperativos se imponen al promedio de los individuos, a la mayoría de los miembros del grupo; significa que ellos tienen por origen el grupo y no el individuo y que éste se somete a esos imperativos y prohibiciones como a una potencia superior (así *Aron*, 1981, 300).

La fuerza de esta conciencia colectiva está en relación directa con su extensión. En las sociedades primitivas, la conciencia colectiva no recubre únicamente la mayor parte de la existencia individual, sino también lo hace con los sentimientos probados en común, los cuales tienen una fuerza extrema que se manifiesta con el rigor de los castigos inflingidos a los transgresores de las prohibiciones. Más fuerte es la conciencia colectiva, más crece la indignación contra el delito, o sea, contra la violación del imperativo social. Cuando, por el contrario, reina la solidaridad orgánica, *Durkheim* creyó observar contemporáneamente una restricción de la esfera de existencia sujeta a la conciencia colectiva, un debilitamiento de las reacciones colectivas contra la violación de las prohibiciones y, sobre todo, un más amplio margen de interpretación de los imperativos sociales.

B) DELITO Y PENA EN EL SISTEMA DURKHEIMINIANO

Van recordados aquí también, porque sirven al análisis que procuro desarrollar, los conceptos que emergen del sistema durkheimiano relativos al delito y a la pena. Como se sabe, en el tránsito de *La división del trabajo social*, a *Las reglas del método sociológico* hasta llegar a *La educación moral*, Durkheim fue completando e integrando esos conceptos con y a los de la conciencia colectiva o de los dos tipos de sociedad (de solidaridad mecánica o de solidaridad orgánica).

También es sabido que para estudiar ese fenómeno social, según Durkheim, hay que hacerlo objetivamente, o sea, desde el exterior, encontrando así el modo gracias al cual estos estados de conciencia que no pueden ser identificados directamente pueden, en cambio, ser reconocidos y comprendidos. Estos síntomas o estas expresiones de fenómenos de conciencia son, en *La división del trabajo social* (cfr. libro I, cap. primero, III, 74 y ss. en op. cit.), los fenómenos jurídicos. Como ha dicho Aron (op. cit., 302), Durkheim distinguió en modo sugestivo, aunque quizá un poco simplista, dos especies de derecho cada una de las cuales es característica de uno de los dos tipos de solidaridad: el derecho *represivo* (solidaridad mecánica) o cooperativo, cuya esencia no está en unir las transgresiones a las normas sociales, sino en reconstituir las cosas a su estado cuando ha sido cometida una falta o de organizar la cooperación entre los individuos.

Pero la definición del delito es, sin embargo, compleja. Ella no se limita a identificarlo con la ofensa a los sentimientos comunes, a

los «estados fuertes» de la conciencia colectiva (v. *Durkheim*, 1982, op. cit., 96); si así hubiera procedido, el A. francés, padre del funcionalismo, hubiera caído en la generalización de *Raffaele Garófalo* —uno de los tres apóstoles del positivismo criminológico— a quien por cierto criticó muy duramente (cfr. *Durkheim*, 1982, op. cit., 84, nota I, y 87, nota I). Debe tratarse de sentimientos *fuertes*, impresos con energía en todas las conciencias, tales de poder justificar precisamente la intensidad de la intervención penal. La prueba de ello se halla «en la extrema lentitud con que el derecho penal evoluciona» (*Durkheim*, 1982, op. cit., 92); la energía de tales sentimientos lo muestra como «la parte del derecho positivo más refractario al cambio» (*Durkheim*, 1982, op. cit., 92). Pero para explicar las características del derecho penal es necesario que todavía esos sentimientos, además de *fuertes*, sean también *precisos* («No basta pues que los sentimientos sean fuertes, es necesario que sean precisos. En efecto, cada uno de ellos afecta a una práctica muy definida. Esta práctica puede ser simple o compleja, positiva o negativa; es decir, consistir en una acción o en una abstención, pero siempre determinada. Se trata de hacer o de no hacer esto o lo otro, de no matar, de no herir, de pronunciar tal fórmula, de cumplir tal rito, etc. Por el contrario, los sentimientos como el amor filial o la caridad son aspiraciones vagas hacia objetos muy generales. Así las reglas penales se distinguen por su claridad y su precisión, mientras que las reglas puramente morales tienen generalmente algo de fluctuantes» (v. *Durkheim*, 1982, op. cit., 94).

El delito es una lesión de la conciencia colectiva que la sociedad debe «vengar». Pero, al mismo tiempo, la sociedad, en su vida fisiológica, siente la exigencia de identificar una gama de delitos, de definir una serie de comportamientos desviados, de consagrar la exclusión de algunos sujetos. El delito contribuye a reparar la integración en el interior de una sociedad. El castigo está destinado a actuar sobre el cuerpo social como reconocimiento de su integridad (así *Marconi*, 1974, 97, quien cita la famosa frase de *Durkheim*, en 1982, op. cit., 127: «Cabe decir, sin que sea paradójica, que el castigo está, sobre todo, destinado a actuar sobre las gentes honradas, pues, como sirve para curar las heridas ocasionadas a los sentimientos colectivos, no puede llenar su papel sino allí donde esos sentimientos existen y en la medida en que están vivos»).

C) LA MEMORIA SE «SOCIALIZA» EN HALBWACHS

Ahora bien, en una época en la cual se debatía acerca de la memoria en términos psico-biológicos, un ex-alumno de Bergson, *Maurice Halbwachs*, utilizó las hipótesis durkheiminianas para elaborar un esquema teórico de corte sociológico capaz de analizar la dinámica social ligada al fenómeno de la memoria (cfr. 1925). A través de *Halbwachs* la memoria se «socializa» y comienza a contemplarse como una institución durkheiminariamente entendida. Es decir, posee unas funciones necesarias para el mantenimiento de la cohesión social. De tal modo, *Halbwachs* pudo afirmar que el fenómeno de la memoria se halla ínsito en la *materialidad del cuerpo social* y es el producto del orden social (lo social se explica por lo social).

Según *Halbwachs*, los diferentes grupos en los cuales se descompone la sociedad son capaces de reconstruir su pasado, teniendo siempre presente que esta reconstrucción implica una deformación. El recuerdo, de alguna manera mantiene el pasado dentro de tal o cual tipo de temporalidad. Los diferentes grupos generan, además, múltiples «tiempos sociales», aunque para que la sociedad pueda subsistir, para que la continuidad sea posible, debe existir un cierto grado de unidad, de consenso en torno a categorías específicas. *Halbwachs* considera, entonces, que *socialmente* se descarta todo aquello que puede separar a los individuos y los grupos. Es decir, la memoria colectiva tiene casi siempre por objetos aquellos acontecimientos y situaciones que generan *cohesión*. Y ya se sabe que en Durkheim la solidaridad —la cohesión social— a que da lugar el encuentro de las creencias y de los sentimientos es de tipo *mecánico*; o sea, que es la vecindad social que se obtiene de modo irreflexivo en condiciones de uniformidad difundida. Esto recuerda la cohesión de las moléculas en los cuerpos orgánicos (cfr. *Durkheim*, 1982, 1); los individuos se asemejan, tienen las mismas ideas, sienten de la misma manera. La igualdad consiente un contacto inmediato, dirigido, una fusión que rápidamente se hace grupo, sociedad. La conciencia colectiva es el contenido moral de esta solidaridad; el derecho penal es su forma, la expresión, el signo visible. Es, por lo tanto, el producto del núcleo central de semejante conciencia, de los sentimientos más penetrantes y precisos. Puede, en consecuencia, representar la solidaridad mecánica de sus rasgos esenciales. El derecho penal servirá, entonces, como unidad de medida para destacar la parte de solidaridad puramente mecánica que todavía permanezca en nuestras sociedades.

La intuición durkheimiana consistió entonces en concebir al derecho represivo como una porción siempre más restringida de la vida moral, de modo que la cohesión sea determinada de forma progresivamente más intensa por vínculos de tipo diferente, de tipo orgánico (cfr. *Marra*, 1984, 53). Este reemplazo de la solidaridad *mecánica* por una nueva *orgánica* se manifiesta en el paulatino desplazamiento del derecho represivo por el derecho restitutivo, todo lo cual apoya en un tejido social cada vez más desarrollado en virtud de una más vasta división del trabajo social.

Estas son las previsiones de cuño funcionalista con respecto al des-
 involucramiento de las sociedades construidas sobre un sistema jerárquico y piramidal.

II

Pues bien, esta larga exposición en torno al aparato conceptual durkheimiano que rodea el origen de los estudios sobre la conciencia y la memoria colectiva, pero también respecto al derecho represivo, sirven para enmarcar las reflexiones que siguen orientadas a comprender cuánto está sucediendo en Argentina tanto en el plano de la producción del derecho como en el de su aplicación por la administración de justicia, en relación a las graves violaciones de los derechos humanos producidas en los años pasados hasta diciembre de 1983.

A través de un suscinto relato de los sucesos y alternativas que han rodeado el tratamiento jurídico-penal de las situaciones de los responsables militares de tan graves violaciones podrá verse cómo y hasta qué punto el discurso de los juristas ha contribuido de manera absoluta y terminante para que el régimen democrático ayude a sepultar —una vez más— de la memoria de los argentinos una etapa de su historia, quizá la más bárbara y dramática. Claro que, en esta ocasión, tras el escudo de la reconciliación nacional queda presente la profundidad y la dimensión de lo que se reconoce como «cuestión militar», la que condiciona y sigue orientando las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, pues, hasta ahora, no ha sido posible que se redefina el papel que las Fuerzas Armadas (FF.AA.) deban desempeñar en el marco que aquéllas establecen.

A) LA ESTRATEGIA OFICIAL QUE SE INICIA

Apenas restablecido el juego de las instituciones democráticas, en diciembre de 1983, y en trance de dar plena vida al Estado de derecho, el gobierno constitucional puso en marcha una estrategia para satisfacer el requerimiento de justicia en la investigación de aquellos delitos cometidos durante la represión militar, sin menoscabar el sentido ético de su acción futura, tal como había sido proclamado durante toda la campaña política previa.

Por un lado, se confirmó el papel de la justicia castrense para intervenir como jueces naturales en el conocimiento de aquellos hechos enrostrados a los integrantes de las FF.AA., para lo cual el Poder Ejecutivo (P.E.) dispuso, mediante los decretos 157 y 158 de 13 de diciembre de 1983, tanto el procesamiento de los que se evidenciaron como cabecillas o jefes de una fracción del movimiento armado —la auto-denominada como «Montoneros»— como el de los integrantes de las tres primeras Juntas militares que a partir de marzo de 1976 usurparon el gobierno y sometieron al país. Pero al mismo tiempo se propició, mediante la correspondiente iniciativa legislativa, la reforma del Código de Justicia militar, que produjo (ya como ley 23.049), entre otros cambios importantes para esta jurisdicción especial —aunque dejando incólume la tipificación penal respectiva—, unas limitaciones temporales a su actuación; entre tales cambios fijó unos plazos muy precisos para que el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (C.S.FF.AA.) concluyera su actividad de juzgamiento, informando a la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (justicia civil) que correspondiera por ubicación los motivos que hubieran impedido el cumplimiento de sus labores en el plazo de seis (6) meses y vencidos esos plazos sería el mismo Tribunal competente el que asumiría el conocimiento de los procesos, sea cual fuere el estado en que éstos se encontraran (art. 10, últ. parte, ley 23.049, cfr. todo en *Baigún*, 1984). Esta fue la situación que finalmente se produjo y que derivó en la ya mundialmente conocida actividad de la Fiscalía respectiva y de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal de la Capital Federal, la cual concluyó con la sentencia de 9 de diciembre de 1985. Posteriormente también tuvieron una importante actividad, por similares razones, otras Cámaras Federales ubicadas en el interior del país.

Paralelamente y por iniciativa presidencial se había creado (decreto 187, de 15 de diciembre de 1983) la Comisión Nacional sobre Des-

aparición de Personas (CONADEP) que concluyera con un informe final —el conocido como *Nunca más* (1984)— del cual el fiscal extrajera buena parte de los elementos probatorios de la responsabilidad de los comandantes en jefe, integrantes de aquellas tres primeras Juntas militares, a quien acusaría por gravísimos delitos.

Por otro lado, la estrategia gubernamental también decidió el pedido de confirmación por el Ministerio de Educación y Justicia de un elevado porcentaje de jueces y magistrados, cuyos cargos en el cuerpo judicial provenían de un nombramiento o promoción recibidos durante la pasada dictadura militar. En todo caso, estas situaciones de los miembros de la administración de justicia civil eran absolutamente *de facto* puesto que el sistema previsto por la Constitución nacional (C.N.), tanto para la justicia federal como para la denominada justicia nacional de la Capital Federal, supone la intervención de la Cámara de Senadores (Parlamento) como órgano de control popular prestando su acuerdo en todo nombramiento de jueces que el P.E. promueva (art. 158 C.N.), requisito que faltó en todos aquellos cargos judiciales de la época militar (cfr. *Bergalli*, 1985 a, reiterado en trabajos posteriores). En semejante condición estaban quienes luego fueron nombrados como el fiscal y magistrados de la Cámara Federal de la capital, puesto que todos ellos desempeñaron funciones judiciales en el período de la dictadura, algunos relevantes tales como el secretario de la Corte Suprema de Justicia por quien, luego, ha sido presidente de esa Cámara y el de secretario de la Procuración de la Nación (Fiscalía general) por uno de los integrantes de dicho tribunal federal (cfr. *Bergalli*, 1985 b, 52).

B) LA ESTRATEGIA QUE SE FRUSTRAN

Frente a este cuadro de la situación normativa procesal y jurisdiccional decidida por el gobierno constitucional para el tratamiento de la cuestión relativa al juzgamiento de los militares involucrados en las graves violaciones de derechos humanos, puede decirse que la estrategia elegida fracasó casi de inmediato. Por una parte, la pretensión que el personal militar comprometido en responsabilidades criminales fuera juzgado por magistrados de su misma condición resultó rápidamente frustrada ante la actitud asumida por la mayor parte de los integrantes del C.S.F.F.AA. quienes no únicamente dilataron las investigaciones pertinentes sino que, cuando fueron reiteradamente requeridos por la justicia civil para que dieran cumplimiento a sus co-

metidos fijados por la ley 23.049 e informaran a la Cámara Federal sobre el estado de las correspondientes causas, adoptaron una actitud reticente primero y después renunciaron a sus cargos (cfr. *Bergalli*, 1984 c; *El País*, 15-XI-84).

Por otra parte, y en lo que atañe al comportamiento de los jueces civiles ya en pleno período democrático, se produjeron algunos hechos que comenzaron a poner de manifiesto una visible contradicción con sus conductas anteriores, en época dictatorial. En efecto, con motivo de haber el P.E. detectado un plan desestabilizador que desde el exterior del país llevaba a cabo una organización autotitulada «Omega», orientada o dirigida por el ya prófugo general Suárez Mason (quien fuera uno de los más encarnizados represores desde su cargo de comandante del Primer Cuerpo de Ejército), en la segunda decena de octubre de 1985 se procedió a la detención de un número de civiles y militares aparentemente involucrados en el plan, lo cual se realizó en receso del Parlamento por haberse cumplido el período ordinario de sesiones, y sin órdenes judiciales. Los detenidos y sus defensores plantearon respectivos *habeas corpus* y algunos de éstos fueron acogidos, mientras otros se rechazaban por los jueces requeridos; unos pertenecían a la jurisdicción nacional de la Capital Federal, otros a la Federal, o sea, a la que atiende asuntos en los que el Estado puede ser parte y denotan una mayor naturaleza «política». El 25 de octubre el P.E. recientemente dictó el *estado de sitio* con lo que las detenciones quedaron convalidadas por el artículo 23 de la C.N. (v. *El País* y *La Vanguardia*, 26-X-85). Las decisiones de aquellos jueces fueron absolutamente paradójales y los argumentos con que se rechazaron o se acogieron las acciones de amparo fueron verdaderamente reveladoras de la actitud dubitativa con que la mayoría de esos magistrados asumía la protección del régimen democrático, pese al incierto rumbo seguido en este asunto por el P.E.

Más tarde, en 9 de diciembre de 1985, se produjo la sentencia contra los nueve comandantes de las FF.AA. que integraron las tres primeras Juntas usurpadoras del poder político a partir del 24 de marzo de 1976. Esta decisión de la Cámara Federal de la Capital provocó una general insatisfacción y como ya lo dije al comentar la sentencia (v. *Bergalli*, 1985 a cit.) y lo amplié posteriormente (*Bergalli*, 1985 b, 53-54), hay dos tesis de ella que ahora vuelven a adquirir mucha importancia. «La primera es la que emerge del famoso punto 30 que dejaba planteado el tema de la *obediencia debida*, abriendo la posibilidad

de proseguir o iniciar denuncias contra aquellos oficiales superiores que actuaron en 'la lucha contra la subversión' (sic) y de *todos aquellos* que tuvieron 'responsabilidad operativa en las acciones' (sic). Empero, por la obscuridad con la que se expresaba la sentencia, este tema se planteó de entrada como objeto de polémica. Todos trataron de interpretar el lenguaje de los jueces, pleno de ambigüedades, al igual como lo son sus nuevas conductas en democracia. La otra tesis es aquella por la cual la sentencia privilegió las *responsabilidades concretas* de cada comandante y de cada fuerza, afirmando, asimismo, que durante la represión existió un estado de *guerra revolucionaria*, cuyo reconocimiento habían demandado los militares de los civiles para justificar sus intervenciones.»

La obscuridad que la sentencia aportó al afirmar esas dos tesis dio lugar a una situación conflictiva entre el P.E. y los magistrados judiciales —como se relatará a seguido—, pero, además, permitió que de ahí en más comenzaran a elaborarse las hipótesis conducentes a una futura labor de justificación o exclusión de las responsabilidades de los integrantes de las FF.AA., de seguridad o de policía, por las graves violaciones de derechos humanos y delitos comunes cometidos durante el período de represión militar. El conflicto a que se alude nació cuando el presidente, como «comandante en jefe de todas las fuerzas de mar y tierra de la Nación» (art. 86, inc. 15 C.N.), dispuso instruir, por medio del ministro de Defensa, para que su subalterno el fiscal general de las FF.AA., encargado de iniciar o instar la acción criminal ante el máximo tribunal castrense (C.S.FF.RR.) ajustara su futuro cometido *presumiendo la obediencia debida* y el *error insalvable* sobre la legitimidad de las órdenes recibidas por los militares y policías subordinados, a no ser que se dieran ciertas excepciones vinculadas con los excesos en la comisión de los hechos que se imputaron a aquéllos. Esas instrucciones —y otras relativas al modo y tiempo de proseguir las acciones de los fiscales castrenses— fueron interpretadas por el fiscal y todos los entonces componentes de la Cámara Federal de la Capital como un «avance sobre la potestad de juzgar del Poder Judicial» y por otros grupos —sobre todo por el de las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo, como por todas las organizaciones defensoras de derechos humanos— como el comienzo de una «amnistía encubierta».

Pues bien, más allá del sorprendente celo evidenciado por aquellos magistrados respecto a una supuesta violación de la independencia ex-

terna de sus capacidades de juzgar, mientras en épocas *de facto* no se inquietaron cuando el poder militar irrumpía y violaba continuamente esa esfera de autonomía jurisdiccional (cfr. *Bergalli*, 1985 b cit., 56), ellos revelaron un profundo desprecio por la estabilidad democrática al desconocer el atributo presidencial para instruir a los fiscales militares —que no integran el Poder Judicial de la Nación— y amenazar con sus dimisiones (únicamente uno de ellos cumplió con su propósito anunciado).

C) LAS TESIS DE LA SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1985

Las tesis que la sentencia de 9 de diciembre de 1985 esbozó, dieron pie —como ya lo adelanté— a que se comenzara una delicada e intrincada labor que llevara a la justificación o exclusión de responsabilidades criminales de los militares, ya a principios de 1986. En efecto, no pasó mucho tiempo después de pronunciarse la sentencia cuando empezó a hablarse en Argentina acerca de la necesidad de llegar a una solución de la situación nacida con los procesos penales que comenzaron a iniciarse contra aquellos oficiales, en relación a los cuales existen abundantes elementos probatorios y que, de una forma u otra, quedaban involucrados en aquella ambigua fórmula de la *responsabilidad operativa en las acciones*.

Los argumentos que desde entonces comenzaron a esgrimirse —primero por espontáneos voceros que sin embargo se reconocían como viejos colaboradores en las usinas de la reacción, luego por propios representantes de los cuerpos castrenses y, finalmente, por las mismas autoridades militares e incluso por ciertos personajes de la clase política— fueron aquellos ligados a lo innecesario y desgastador que podía ser una prolongación del estado de enjuiciamiento permanente de las FF.AA., pues se alegaba que procesar «en catarata» a muchos de sus miembros supone un encausamiento de todas las instituciones militares. Además, la otra tesis de la sentencia de 9 de diciembre de 1985 —aquella que afirma que la represión desatada durante la época entre 1976 y 1983 fue en verdad la respuesta a un estado de guerra revolucionaria y que ya se sabe que en momentos semejantes la lucha antisubversiva puede llevar a concretar excesos— sirvió para que en ese cuadro de situación se preparara la primera de las dos grandes concesiones que el gobierno democrático hiciera, en el terreno de las responsabilidades criminales de los militares, a las presiones que venía recibiendo.

D) LA PRIMERA CONCESIÓN DEL GOBIERNO DEMOCRÁTICO
A LAS PRESIONES

Una primera concesión consistió en el proyecto de ley que disponía la extinción de la acción penal —vencido determinado lapso, aunque en todo caso excepcionalmente menor al previsto en el régimen ordinario del Código penal— contra miembros de las FF.AA., de seguridad, policiales y penitenciarias, imputados por delitos cometidos en el marco de la represión contra la subversión. Se trata de la denominada ley «de punto final» que, de verdad, tanto desde el punto de vista ético como desde el estricto jurídico-penal y procesal no resiste el análisis, pese a los esfuerzos que se hayan hecho en sentido contrario (cfr. *Malamud Goti/Entelman*, 1987).

En efecto, del número de cuatro argumentos del primer carácter que se alegaron en el mensaje del P.E. elevando al Congreso el proyecto de ley (v. *La Nación*, internac. 9-XII-86) pueden aquí extraerse sólo dos que, por su fragilidad, contrastan con la base ética atribuida a esa ley, sobre todo si se les analiza desde los fines de la pena como lo hacen los juristas que intentan justificar el castigo de los militares violadores de derechos humanos, aunque encontrando el modo de limitar los procesos penales. Tales argumentos son:

- 1) «prevenir que el espíritu de justicia, deformado por la pasión, fuera el marco que hiciera posible una campaña de venganza, punto de partida de una nueva etapa de violencia que la sociedad argentina rechaza», y
- 2) «lograr que ello se desarrollare en el menor tiempo posible, para aventar rápidamente el estado de sospecha indiscriminada que se proyectaba sobre las FF.AA. como instituciones y para permitir que la totalidad de los argentinos clausurase una de las etapas más oscuras de la historia nacional, de modo que, reconciliados sobre la base de la verdad y la justicia, pudiéramos proseguir juntos la urgente tarea de reconstruir la Nación».

Pues bien, más allá de reconocer, por una parte, la dificultad que supone establecer parámetros de justicia en asuntos tan repulsivos como lo fueron las crueles violaciones de derechos humanos atribuidos al personal militar, de seguridad, policial y penitenciario en Argentina, resulta paradójico, en cambio, sustentar un espíritu de justicia como objetivo del gobierno democrático cuando se alega que la principal

justificación del castigo en el caso militar resulta de lo que puede llamarse la *prevención general indirecta* (así *Malamud Goti/Entelman*, op. cit.). Si se tienen en cuenta las tesis centrales del retribucionismo y el utilitarismo que ya nacen en la narración histórica ateniense, que luego reaparece en los intentos de compromiso entre una y otra y que se reproducen siglos más tarde en boca de recientes defensores de una y otra corriente —todo lo que ha demostrado en Argentina *Enrique E. Mari* (cfr. 1982, 189 y ss.)— puede concluirse aquí, muy sintéticamente, diciendo que el retribucionismo justifica el castigo en razones de justicia y el utilitarismo apela a las consecuencias valiosas del castigo para explicar su necesidad. Puesto que en la teoría de la pena, justificación = fundamentos (y de aquí parten las teorías absolutas de la pena) y consecuencias = fines (que son explicados mediante las teorías relativas de la pena), es evidente que resulta contradictorio justificar el castigo con una de sus consecuencias. Todo esto, como prolegómeno a las serias objeciones que deben formularse de manera general a la adopción de la tesis de la prevención general indirecta que, tal como ha sido esbozada como justificación del castigo en el caso de los militares argentinos (según *Malamud Goti/Entelman*, op. cit.), parece asociarse con la teoría de la prevención-integración, la cual, como se ha señalado agudamente (v. *Baratta*, 1985, 21), desempeña una función conservadora y legítimamente de los conflictos de desviación en la tradicional construcción y gestión penal de ellos. Esta teoría ofrece, entonces, un nuevo soporte ideológico a la *cultura penal* y reconfirma su función principal en los sistemas sociales injustos, cual es la de reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes.

Por otra parte, por más que se aleguen urgentes motivos de reconstrucción nacional (lo que efectivamente hay que buscar), para lo cual es necesario clausurar una de las etapas más oscuras de la vida nacional (según el mensaje que remite el Proyecto de ley al Congreso argentino) (1), no puede aceptarse la fijación de un régimen excepcional de caducidad de las acciones penales respecto de militares y miembros de fuerzas de seguridad que cometieron gravísimos delitos tipificados en el Código Penal argentino con un supuesto propósito de reprimir el terrorismo, para disipar «el estado de sospecha indiscriminada que se proyectaba sobre las FF.AA. como instituciones».

(1) Pero ¿es posible creer que alguien pueda afirmar sinceramente que una ley tal es capaz de conllevar a ese objetivo de reconstrucción nacional y de reconciliación, sobre la base de la verdad, a toda la sociedad argentina y en especial a quienes más han sufrido y sufren los efectos de aquel horror?

Es verdad que, frente a la existencia de un régimen común de prescripción que determina una escala en términos de transcurso del tiempo, según las penas previstas para cada delito, para hacer decaer la facultad punitiva del Estado (libro I, título X, arts. 59-70, Código penal), resulta por lo menos irritante constituir un régimen de privilegio. Con ello, desde un primer momento, se viola el principio de igualdad ante la ley que la C.N. establece en su artículo 16 como todas las cartas magnas de los países de nuestra civilización (2).

La discusión que aún se mantiene en doctrina penal acerca de la prescripción se refiere particularmente a la naturaleza de esta categoría jurídica; las distintas posiciones varían en otorgarle un carácter de causa de exclusión de la punibilidad, otra de impedimento a la acción persecutoria (en el proceso) o bien mixto de ambos. Según la primera, le atribuye una naturaleza material; según la segunda, otra formal-procesal (cfr. *Zaffaroni*, 1983, V, 23-39). Sin embargo, desde que esta institución está prevista en el Código penal, restringiendo o limitando la coerción penal, la discusión parece haber sido superada en doctrina nacional. Mas, lo que realmente importa aquí destacar es lo relativo al fundamento que casi unánimemente se le atribuye a la categoría de la prescripción, cual es el que se vincula con la *necesidad de pena*. De tal manera, la prescripción del delito (o prescripción de la pena, en doctrina argentina) supone una decisión de carácter político-criminal que se relaciona con las exigencias que la sociedad tiene para olvidar y considerar inútil o ineficaz la persecución, apoyándose en una consideración global del delito y del sujeto responsable de éste (cfr. *Bustos Ramírez*, 1984, 460). Este tipo de análisis es el que precisamente justifica la imprescriptibilidad de ciertos delitos contra la humanidad o crímenes de guerra. En consecuencia, es asombroso que el pronunciamiento legislativo argentino haya decidido como necesario de olvido conductas que han lesionado sentimientos colectivos, profundos y precisos (*Durkheim*), poniendo en crisis la propia cohesión social, acometiendo contra la solidaridad mecánica de la sociedad argentina y su conciencia que se suponen expresadas en el derecho penal. Al violentar una de las categorías de este último, dando por su-

(2) Vale la pena recordar aquí el reproche que un psicólogo argentino dirigió a la ley de «punto final», cuando dijo: «se encubre con una pretendida moralidad (no poner bajo sospecha a todo un estamento por más tiempo) lo que resulta en el fondo una actitud carente de ética: miedo al más fuerte (FF.AA.) en menoscabo del más débil, pues al fin y al cabo, ¿qué son unos cuantos miles de personas que claman justicia por sus familiares desaparecidos y cuyas armas son únicamente el dolor y la reivindicación de la memoria y dignidad de los suyos?» (v. *Vilchez Martín*, 1987).

puestamente innecesaria la persecución de ciertos delitos y de sus autores, que han atacado sentimientos de tanta entidad como el respeto por la vida humana, por la integridad física y moral de los individuos, en razón de una situación coyuntural, ha quedado al descubierto un estado de anomia difícil de subsanar.

E) LA LABOR DE JUSTIFICACIÓN O EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDADES MILITARES

Antes dije que apenas dictada la sentencia de 9 de diciembre de 1985 comenzó una delicada e intrincada labor que debía llevar a la justificación o exclusión de responsabilidades militares. Pues bien, ya antes que la denominada ley de «punto final» (luego ley 23.492 fuera sancionada, el propio Jefe del Estado Mayor General del Ejército, general de División Héctor Ríos Ereñú, quien a la sazón era considerado leal al gobierno constitucional, nombrado por éste, al hablar ante periodistas hizo algunas declaraciones (19 de diciembre de 1986), expresando que «el proyecto de ley de punto final tendrá *otras etapas sucesivas* para que quede saldada la deuda que tenemos con nuestra historia» (cursivas agregadas). Sostuvo también en la misma ocasión que: «se debe terminar con las venganzas y alcanzar la reconciliación en el seno de la sociedad argentina para comenzar a forjar el país grande y soberano que queremos para nuestros hijos», y afirmó luego: «hemos *legitimado nuestra guerra con la subversión* reafirmando los valores que pretendimos defender» (v. *La Nación*, internacional, 22-XII-86, cursiva agregada).

Esas manifestaciones tradujeron, a mi modo de vez, tanto la decidida voluntad castrense de seguir presionando a los poderes del Estado para obtener de ellos una plena reivindicación en el comportamiento de todo el estamento militar —que, por cierto, ya había recibido una reprobación formal, aunque no clara, de uno de esos poderes a través de la sentencia aludida—, cuanto la manifiesta debilidad de la estrategia oficial en la «cuestión militar», claramente ya orientada a cancelar jurídicamente de la memoria colectiva lo que parece imposible de superar en la historia nacional.

F) LA CORTE SUPREMA CONFIRMÓ LA SENTENCIA, PERO CON DIFERENCIAS DOCTRINARIAS

Mientras tanto, el 30 de diciembre de 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia de la Cámara Federal, manteniendo las condenas para el teniente general Jorge R. Videla y el Alte. (R.) Eduardo E. Massera, a reclusión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua; de ocho años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua para el almirante (R.) Armando Lambruschini; reduciendo la condena del brigadier general (R.) Orlando R. Agosti a tres años y nueve meses de prisión e inhabilitación absoluta perpetua y la del teniente general (R.) Roberto E. Viola a dieciséis años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta perpetua, y absolviendo, en relación a los delitos que el P.E. dispuso investigar mediante decreto 158/1983, a los brigadieres generales Omar D. R. Graffina y Basilio A. Lami Dozo, el teniente general (R.) Leopoldo F. Galtieri y el almirante (R.) Jorge I. Anaya, todos ellos integrantes de las tres primeras Juntas militares —como comandantes en jefe de las tres FF.AA.—que gobernaron el país desde el 24 de marzo de 1976 (v. *La Nación*, internacional 5-XII-87).

Dentro de los múltiples y variados aspectos que la decisión de la Corte Suprema afrontó, vale la pena quizá señalar las diferencias que la crónica valoró como «ligeras variantes de origen técnico» en los ministros del Tribunal Supremo (v. *La Nación*, internacional cit., 5), pero que si bien no tuvieron trascendencia sobre las condenas aplicadas dieron sin embargo pie para la discusión posterior en torno al supuesto deber de obediencia debida mediante el que quedaría cubierto el proceder de los subordinados a los comandantes condenados.

Las diferencias fueron sí de carácter doctrinario, pero de una verdadera relevancia. En un extremo, los doctores *José S. Caballero* y *Augusto C. Belluscio* coincidieron en que no resultaba aplicable al caso el artículo 514 del Código de Justicia Militar y sí el artículo 45 del Código penal. El primero establece que cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden de servicio, «el superior que la hubiere dado será el único responsable». Agrega que sólo será considerado cómplice el inferior, «cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden». El artículo 45 del Código penal se refiere a los llamados «cómplices necesarios» y establece que aquellos que prestasen —en la ejecución de un delito— un auxilio o coopera-

ción sin los «cuales no habría podido cometerse», «sufrirán la pena establecida para el delito».

En sentido opuesto, los doctores *Enrique S. Petracchi* y *Jorge Bacqué* entendieron que debía sustentarse el criterio de la Cámara Federal y, en consecuencia, aplicar el artículo 514 del Código Militar, norma que establece la responsabilidad mediata, una figura jurídica de origen alemán (*Mittelbare Täterschaft*) que se regula según la teoría del dominio del hecho, de carácter material-objetivo en la cual, no obstante, han de considerarse como *especiales elementos de la autoría* los elementos subjetivos personales del injusto y los elementos objetivos personales de la autoría.

El doctor *Carlos S. Fayt*, en lo substancial, entendió que si ambos extremos coincidían en un mismo criterio de confirmación de la sentencia, resultaba virtualmente inoficioso decidir por una u otra teoría, cuando lo que se buscaba era la misma solución. Sin embargo, al no prevalecer ninguna de las tesis sostenidas queda el interrogante de las consecuencias, desde que, a los efectos secundarios y colaterales, no resulta —por lo menos en una visión general— igual la prevalencia de uno de los dos criterios.

En otro sentido, ninguno de los miembros de la Corte Suprema admitió la teoría de la Fiscalía de la Cámara Federal —luego apoyada en el dictamen del procurador general de la Nación (fiscal general)— de la responsabilidad por Juntas Militares. Esto es, que cada ex-comandante en jefe debía ser responsable por todos los delitos cometidos durante su permanencia en el cargo, cualesquiera fuere el personal que lo hubiere cometido y que fue el fundamento del recurso de arbitrariedad interpuesto en su momento por el fiscal doctor *Julio C. Strassera*. La Corte Suprema mantuvo el criterio de la Cámara Federal en el sentido de que cada ex-comandante en jefe fue responsable por los hechos cometidos durante su gobierno, por su respectiva Fuerza.

12

G) ALTERNATIVAS QUE PRODUJERON LOS SUCESOS DE SEMANA SANTA

Seguidamente deben anotarse dos alternativas casi contemporáneas producidas, una por el propio P.E. y la otra por el C.S.F.F.AA. La primera consistió en el decreto 92, de 22 de enero de 1987, mediante el

cual se fijaron los alcances de la ley 23.492 de «punto final», encomendando al procurador general de la Nación que instruya a los fiscales federales «para que ejerciten la acción pública, instando la prosecución de la acción penal respecto de quienes, con los elementos de juicio reunidos, aparezcan como imputables de los delitos previstos en el artículo 10 de la ley 23.049. Ello con sujeción al esquema de responsabilidad consagrado por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa número 13/1984 y demás criterios judiciales sentados en la fecha (obediencia debida)».

La segunda de las alternativas mencionadas fue configurada por la decisión del C.S.FF.AA. que, en un acto sin precedentes, procedió a dejar sin efecto el procesamiento de quince almirantes, involucrados en la causa instruida en relación con los hechos de privaciones de libertad, aplicación de tormentos y homicidios u otros ilícitos cometidos en la tristemente célebre Escuela Mecánica de la Armada (ESMA) en Buenos Aires, durante la época de la represión militar. Con esa decisión, el Tribunal castrense desconoció la sentencia de la Cámara Federal de la Capital, de 9 de diciembre de 1985, en cuanto ésta tuvo por cierto que las órdenes impartidas por los almirantes Massera y Lambruschini —mientras fueron comandantes en jefe de la Armada— dieron lugar a los delitos cometidos por subordinados y si bien no estuvieron directamente ordenados «podían considerarse consecuencia natural del sistema adoptado». Con esa decisión, el C.S.FF.AA. ratificó la supuesta legitimidad de las disposiciones militares dictadas por las Juntas militares y los comandos de armas para combatir la subversión (la conocida como «guerra sucia») y descartó la posibilidad de excesos y transgresiones a las órdenes por lo que excluyó que en la ESMA pudieran haberse cometido los delitos imputados (3).

Ambas alternativas completan el cuadro previo tanto de predisposición del P.E. a allanarse a las pretensiones reivindicatorias de la clase militar como de evidente desconocimiento por el poder militar de las decisiones de la jurisdicción civil. Todo esto preparó el terreno para que paulatina pero definitivamente se produjeran los sucesos

(3) En posteriores decisiones (cuestión de competencia que inició el C.S.FF.AA. respecto de la causa iniciada por la CONADEP para denunciar lo acontecido en el lugar secreto de detención, conocido como «La Perla» —provincia de Córdoba—, en sede de la Cámara Federal cordobesa), el más alto Tribunal castrense se pronunció enfáticamente en la defensa de los métodos empleados durante la denominada «guerra antisubversiva», con la cual ya fue manifiesto el propósito de reivindicar la conocida como «guerra sucia» (v. *La Nación*, internacional, 16.III.87).

de la Semana Santa, de amplia repercusión internacional. La insubordinación de amplios sectores del Ejército argentino, llevadas a cabo con el claro propósito de torcer decisiones asumidas por los poderes constitucionales (con lo cual, según parece, se configurarían algunos de los tipos penales previstos en la ley 23.077 de «Protección del orden constitucional y de la vida democrática» y no se habría incurrido en el *amotinamiento* de que habló el mismo Presidente Alfonsín cuando desde los balcones de la Casa Rosada aludió a esta figura de menor relevancia punitiva para referirse a los oficiales insubordinados en Campo de Mayo) puso en evidencia la inferioridad de las instituciones democráticas y reveló que la soberbia de la clase militar estaba intacta. Sin perjuicio de destacar con énfasis el inédito papel cumplido por el pueblo argentino que no únicamente en la Plaza de Mayo de Buenos Aires, sino en muchas capitales del interior del país y en localidades alejadas de la capital, manifestó su repudio por el comportamiento militar, marcando su aislamiento de la sociedad civil, lo cierto es que la aparente clausura de la crisis sellada con la conducta del Presidente Alfonsín, trasladándose valerosamente hasta su reducto para parlamentar con los sediciosos, dejó al descubierto la desventaja del gobierno constitucional; pero, al mismo tiempo, señaló que en Argentina no parece posible realizar el tránsito a la democracia sin custodios mientras no se proceda a una profunda depuración de las FF.AA.

H) LA SEGUNDA CONCESIÓN: LA OBEDIENCIA DEBIDA

La segunda y más patente de las concesiones que el gobierno constitucional argentino acaba de hacer a la presión de la soberbia militar se ha conformado con el proyecto y posterior sanción de una ley que introduce un especial régimen para la aplicación del principio de la obediencia debida.

El inmediato comportamiento del P.E. requiriendo sugerencias para modificar la aplicación del principio de la obediencia debida (4) y un

(4) Hay que anotar aquí el proyecto formulado por el asesor presidencial y secretario del Consejo para la Consolidación de la Democracia, doctor *Carlos Nino*, quien propuso una reforma de los artículos 114 a 122 del Código de Procedimientos en materia penal, substituyendo el actual principio de legalidad, según el cual ante delitos de acción pública en causas civiles los fiscales no pueden abstenerse de instar la acción penal, por el principio de disponibilidad de la acción, tal como rige en Estados Unidos o Alemania Federal, que faculta al fiscal a acusar o no, y a fijar las condiciones en que lo hace, negociando incluso con los

dictamen del procurador general de la Nación, preanunciaron la decidida voluntad del gobierno constitucional para encontrar un marco legal que permitiera excluir de la responsabilidad criminal a la mayor parte de los directos ejecutores militares de la guerra sucia quienes, por lo demás, fueron los que tomaron la iniciativa en los sucesos de la Semana Santa (casos del mayor Barreiro y del teniente coronel Rico).

En el dictamen del procurador general, doctor *Juan O. Gauna*, pronunciado en el caso específico del cabo de la policía bonaerense Norberto Cozzani y en la llamada causa contra el general Camps (conocido vulgarmente como el «carnicero de Buenos Aires»), ex-jefe de dicho Policía, se sostuvo que se encuentran eximidos de responsabilidad por el principio de obediencia debida quienes en la cadena de mandos durante la lucha contra la subversión revistaron como oficiales jefes y subalternos, suboficiales y tropas, así como las jerarquías equivalentes de las fuerzas de seguridad. Sostuvo también el doctor Gauna que no podían ampararse en la obediencia debida, en principio, aquellos oficiales superiores que tuvieron mando y capacidad de decisión, en la medida en que tuvieron acceso a los planes estratégicos de la lucha contra la subversión, de manera que hayan participado en el proceso de creación de las órdenes supuestamente ilegítimas. También excluyó el procurador general de la mencionada eximente a aquellos subordinados que por propia iniciativa se hubiesen extralimitado en el cumplimiento de las órdenes o cometido otros delitos en provecho propio. El doctor *Gauna* también se inclinó por la aplicación del artículo 514 del Código castrense que, como ya señaló antes, establece que cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden de servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable. Por último, igualmente surgió de la opinión del doctor *Gauna* que no es aplicable al caso que examinaba lo establecido en el artículo 11 de la ley 23.049 de reformas al Código de Justicia Militar

acusados reducciones de penas o hasta inmunidad a cambio de su colaboración aportando datos vitales para el proceso. Se afirma que esa reforma del Código ya estaba proyectada por el doctor *Julio B. J. Maier*, autor del Anteproyecto del Código Procesal Penal de la Nación, pero que, sin embargo, luego de profundizar el estudio, se advirtió la inconveniencia y la inutilidad de apurar una enmienda de la legislación de fondo al calor de la coyuntura y se decidió retener el criterio general pero constreñido a una ley específica (así *Verbitsky*, 1987). Aclaro que estos comentarios no me constan y que lo único que conozco directamente es la propuesta que el doctor *Maier* y el equipo de colaboradores han hecho, en el Anteproyecto citado, introduciendo un atisbo del principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Público, pero, como es natural, para todo tipo de actividad mediante la acción pública (v. art. 230, *Anteproyecto*, en «Cuadernos de Doctrina Penal», núm. 1, Buenos Aires, pág. 734).

(que exceptúa de la obediencia debida los hechos atroces o aberrantes cometidos por quienes cumplió órdenes), por aplicación del principio que determina que no se puede aplicar a un juicio una ley posterior al hecho que se analiza —artículo 18 C.N.— (cfr. *La Nación*, internacional 11-V-87).

Las distintas alternativas propuestas parecieron no satisfacer la voluntad del Presidente Alfonsín y, por lo visto, ante las constantes manifestaciones del poder militar, asumió personalmente la iniciativa legislativa propuesta por el secretario de Estado de Justicia, enviando a la Cámara de Diputados un Proyecto de ley para tratar específicamente los casos de «quienes, a la fecha de comisión del hecho, revistaban como oficiales, jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las FF.AA., de seguridad, policiales y penitenciarias» respecto de los cuales «se presume, sin admitir prueba en contrario», que «no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10, punto 1, de la ley 23.049 (operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo) 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 del superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia en cuanto a su oportunidad y legitimidad». El artículo 2.º del Proyecto excluye de esa presunción en los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles (v. *La Nación*, internacional 18-V-87).

Ese Proyecto tuvo un tratamiento veloz y aprobatorio en la Cámara de Diputados, pero en la de Senadores su análisis se dificultó, pues para esos días —semana del 25 de mayo al 1 de junio de 1987— diversas expresiones militares tradujeron la insatisfacción en torno al Proyecto. El propio jefe del Ejército, nombrado después de la crisis de Semana Santa, general José Caridi —él mismo imputado por hechos cometidos durante la represión— reivindicó la guerra antisubversiva (cfr. *La Nación*, internacional 1-VI-87). De tal modo, senadores de partidos políticos del interior del país, de la derecha y del sector autodenominado «ortodoxo» del peronismo manifestaron el deseo de alterar el Proyecto de ley a fin de que los beneficios de la obediencia debida alcanzaran también a los jefes militares superiores. El Presidente Alfonsín reiteró que no modificaría su propuesta (v. *La Vanguardia*, 27-V-87), pero, a la postre e imprevistamente, dio la orden

partidista a los senadores radicales de aceptar la modificación. De tal manera, y pese a las manifestaciones de algunos parlamentarios (*Solari Yrigoyen*) que tuvieron que votar el Proyecto presidencial ahora reformado, el país recibió azorado la sanción de una ley que no emergió de la normalidad y constituye una decisión dolorosa (*Gass*). El agregado al Proyecto dice así: «La misma presunción (obediencia debida) será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente antes de los treinta días de la promulgación de esta ley que tuvieron capacidad decisoria o participación en la elaboración de órdenes»

CONCLUSION

La privilegiación del momento político en la producción del derecho adquiere a veces proporciones asombrosas que seguramente arrasan con las teorías lógicas de lo jurídico. En esas ocasiones, el enfrentamiento entre forma y contenido de las normas jurídicas pone en crisis el sentido de distinguir entre la estructura interna —juicio hipotético que tipifica una conducta abstracta— y lo que la norma «quiere», es decir, lo que ella, bajo esa forma permite, prohíbe o manda (cfr. *Correas*, 1983, 16).

A través de la sintética exposición de algunas de las alternativas que han rodeado el desenvolvimiento en torno al tratamiento jurídico-penal de las responsabilidades militares por las graves violaciones de derechos humanos acaecidas en el período 1976-1983, es posible vislumbrar hasta qué punto el discurso jurídico se ha ido flexibilizando en Argentina para dar paso abierto a las pretensiones políticas que, una vez más, son fuertemente impulsadas por las pretensiones de un estamento ajeno, aislado y contrario a la voluntad popular, fuente de la legitimidad de las instituciones democráticas. Las FF.AA., actuando como cuerpo separado del Estado, no sólo han puesto en vigor proyectos hegemónicos (cfr. *Bergalli*, 1981), sino que han fomentado y ejecutado verdaderos terrorismos de Estado, sobre la base de una doctrina genocida. Así lo ha dicho el propio Ernesto Sábato: «De la enorme documentación recogida por nosotros se infiere que los derechos humanos fueron violados en forma orgánica y estatal por la represión de las Fuerzas Armadas» (v. CONADEP, 1984, 8) y ha quedado registrado en los múltiples testimonios prestados en la causa

seguida contra los integrantes de las tres primeras Juntas militares que gobernaron el país.

Parece imposible superar la década bárbara proponiendo el olvido y la cancelación de lo ocurrido mediante formas jurídicas. Ello constituye una tentativa que va precisamente contra los deseos de reconstrucción nacional, proyecto que debe basarse precisamente en que cada grupo asuma crítica y reflexivamente las repercusiones de sus comportamientos sobre todo el cuerpo social. El conocimiento y el análisis del pasado constituye para toda sociedad «el elemento fundamental de su unidad y de su personalidad, mientras que la transmisión de este capital intelectual es la condición necesaria para la supervivencia material y social» (v. *Leroi-Gaurhan*, 1977, vol. II, 304).

Los argentinos nos hemos quejado permanentemente de no perseguir con ahínco la formación de una identidad (cuya búsqueda queda bellamente explicada en las páginas de *Martínez Estrada*, 1942). Las ideas políticas rectoras que pueden impulsar la construcción de una identidad nacional han de nacer, justamente, del reconocimiento de las faltas o las culpas y no sólo de aquellas que han hecho fallar o frustrar algún proyecto económico, político o geoestratégico —que sí son importantes—, sino de aquellas que no han respetado lo más sencillo pero lo más esencial para que todo sistema social, para que toda sociedad se supere y crezca culturalmente: el ser humano. Si el ordenamiento jurídico, como expresión de aquellos intereses que tienden a favorecer ese crecimiento, no participa en la determinación de las responsabilidades que llevaron a una violación sistemática de derechos humanos fundamentales, se convierte entonces en el instrumento de la dominación más abyecta.

Por otra parte, la creación del derecho y una aplicación de sus normas que tienda a resaltar el elemento positivo de la ley, su «generalidad», es la mejor salvaguarda del régimen democrático de gobierno. Lo contrario, admitiendo situaciones de privilegio que se apoyan en la fuerza legal, conlleva a la corrupción más absurda de la convivencia y conspira contra la afirmación de un Estado de derecho, pues de esa manera se reconoce la presencia de algún «poder» que no se somete al derecho. Como lo ha enseñado *Norberto Bobbio*, todos estos principios están en la base de los regímenes democráticos (cfr. 1985) y su respeto impide que nadie asuma la decisión de «controlar» o «vigilar» esa forma de gobierno.

BIBLIOGRAFIA

- ARON, R. (1981), *Le tappe del pensiero sociologico* (trad. A. Devizzi), Arnoldo Mondadori editore (Oscar studio 2), Milano, VI edición. Título de la obra original: «Main Currents in Sociological Thought», Basic Books, 1965.
- BARATTA, A. (1985), *Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática* (trad. E. García Méndez y E. Sandoval Huertas), en «Doctrina Penal», 8, Buenos Aires, pp. 3-26. Original: «Integración-prevención. Una "nuova" fondazione della pena all'interno della teoria sistemica», en «Dei delitti e delle pene», II-1, Napoli, 1984, pp. 5-30.
- BAIGÚN, D. (1984), *Las primeras leyes*, en «Doctrina Penal», VI, Buenos Aires, pp. 77-107.
- BERGALLI, R. (1981), *Proyectos hegemónicos y Estado autoritario en la Argentina*, en «Sistema», 41, mayo, Madrid, pp. 17-29.
- BERGALLI, R. (1984a), *Estado democrático y cuestión judicial (Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial)*, Depalma, Buenos Aires.
- BERGALLI, R. (1984b), *El Estado democrático latinoamericano y la cuestión judicial: el caso argentino*, en «Afers Internacionals», primavera, núm. 3 CIDOB-Barcelona, pp. 47-77.
- BERGALLI, R. (1984c), *El esquema político-criminal de la democracia argentina*, en «Afers Internacionals», tardor-hivern, núm. 5, CIDOB-Barcelona, pp. 101-121.
- BERGALLI, R. (1985a), *Argentina: aspectos de una sentencia y sus repercusiones*, en «Afers Internacionals», Crónica, tardor-hivern, núm. 7, CIDOB-Barcelona, pp. 121-124. Ha aparecido en italiano, con el título: *L'obbedienza dovuta (Argentina: la sentenza contro i membri delle giunte militari)*, en «Antigone», bimestrale di critica dell'emergenza, direc. L. Manconi, il Manifesto, Roma, pp. 38-39.
- BERGALLI, R. (1986), *El poder y los jueces latinoamericanos: los modelos argentino y colombiano*, en «Afers Internacionals», primavera, núm. 8, CIDOB-Barcelona, pp. 49-61.
- BERGALLI, R. (1987), *Nicaragua: derecho y justicia en la Constitución*, en «Afers Internacionals», hivern, núm. 10, CIDOB-Barcelona, pp. 55-67.
- BOBBIO, N. (1985), *El futuro de la democracia* (trad. J. Moreno), Plaza & Janes, Barcelona. Original italiano: «Il futuro della democrazia», Einaudi editore, Torino, 1984.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1984), *Manual de Derecho penal español. Parte General*, Ariel Derecho, Barcelona, 1.^a ed.
- CONADEP (1984), *Nunca más*. Informe de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas, EUDEBA, diciembre, 4.^a ed., Buenos Aires.
- CORREAS, O. (1983), *Ideología jurídica*, Universidad Autónoma de Puebla, México.
- DURKHEIM, E. (1982), *La división del trabajo social* (trad. C. G. Posada), estudio preliminar: Luis R. Zúñiga, Akal/Universitaria-Serie Sociología 39, Madrid.
- EL PAÍS (1984), *Nuevas dimisiones en la cúpula de la justicia militar argentina*, C. Ares (Buenos Aires), Madrid, 15 de noviembre.
- EL PAÍS (1985), *Alfonsín ordena la detención de seis militares y seis civiles por perturbar la vida pública*, M. Prieto (Buenos Aires), 23 de octubre; *Alfonsín decreta el estado de sitio en Argentina por sesenta días*, M. Prieto (Buenos Aires), 26 de octubre; *El gobierno argentino apela la decisión de un juez favorable a doce supuestos golpistas*, M. Prieto (Buenos Aires), 28 de octubre; *Respiro judicial para Alfonsín en su lucha contra el golpismo*, M. Prieto (Buenos Aires), 29 de octubre.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1985), *Recht und Autoritarismus in Lateinamerika (Argentinien, Uruguay und Chile 1970-1980)*, K. Vervuet Verlag, Frankfurt a. M.
- GARZÓN VALDEZ, E. (1982), *Acerca de las funciones del derecho en América Latina*, en «Cuadernos de la Facultad de Derecho». Universidad de Palma de Mallorca, núm. 3, pp. 21-47.
- HALBWACHS, M. (1925), *Les cadres sociaux de la mémoire*, Alcan, Paris.
- LA NACIÓN (1986), *Se envía al Congreso el proyecto de punto final*, ed. internacional-vía aérea, núm. 1368, 8 de diciembre, pp. 1-5; *Habrà otras etapas para el punto final*, ed. internacional-vía aérea, núm. 1370, p. 1.

- LA NACIÓN (1987), *Confirmó la Corte la sentencia de la Cámara y Confirmanse las condenas a los ex comandantes*, ed. internacional-vía aérea, núm. 1372, 5 de enero, pp. 1 y 5, respectivamente; *Opinión contraria a un fallo de la justicia federal*, ed. internacional-vía aérea, núm. 1375, p. 26; *Obediencia debida: exime a subordinados*, ed. internacional-vía aérea, núm. 1390, 11 de mayo; *El Presidente explicó al país el proyecto de obediencia debida*, ed. internacional-vía aérea, núm. 1391, 18 de mayo; *Reivindicó Caridi la guerra antisubversiva*, ed. internacional-vía aérea, núm. 1393, 1 de junio.
- LA VANGUARDIA (1985), *Estado de excepción en Argentina por dos meses tras un agravamiento de la escalada de violencia*, S. Palacios (Buenos Aires), 26 de octubre; *La justicia pone en libertad a militares acusados de conspiración en Argentina*, S. Palacios (Buenos Aires), 27 de octubre.
- LA VANGUARDIA (1987), *Alfonsín no modificará la ley de «obediencia debida»*, Corresponsal (Buenos Aires), S. Palacios, 28 de mayo.
- LEROI-GOURHAN, A. (1977), *Il gesto e la parola* (trad. del francés), Einaudi, Torino, 2 vols. (I, p. 245; II, p. 482).
- MALAMUD GOTI, J.; ENTELMAN, R. (1987), *La justificación del castigo, los juicios a militares argentinos, el llamado «punto final» y sus consecuencias políticas*, en este mismo volumen.
- MARCONI, P. (1974), *Durkheim. Sociologia e politica*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino 2, Jovene editore.
- MARI, E. E., (1982), *El castigo en el plano del discurso teórico*, en P. LEGENDRE y otros, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, pp. 169-202.
- MARRA, R. (1984), *Durkheim sociologo del diritto penale. Sentimenti, riflessioni e valori nella produzione ideali di fatti normativi*, en «Dei delitti e delle pene», II, 1, Napoli, pp. 31-85.
- MARTÍNEZ ESTRADA, E. (1942), *Radiografía de la pampa*, Edit. Losada, Buenos Aires (8.ª ed. 1976).
- VÍLCHEZ MARTÍN, L. (1987), *No al punto final*, en «El País», 21 de febrero, Madrid, 4/internacional.
- VERBITSKY, M. (1987), *El parto de la obediencia debida*, en «El Periodista» de Buenos Aires, núm. 138, del 1 al 7 de mayo, pp. 2-4.
- ZAFFARONI, E. R. (1983), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires.

