

HACER JUSTICIA

Nuevos debates sobre el juzgamiento
de crímenes de lesa humanidad
en la Argentina

Centro de Estudios Legales y Sociales

Centro Internacional para la Justicia Transicional

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)
Hacer justicia: nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes
de lesa humanidad en la Argentina. - 1ª ed. - Buenos Aires : Siglo
Veintiuno Editores, 2011.
264 p. ; 14x21 cm. -

ISBN 978-987-629-199-6

1. Derechos Humanos. 2. Criminología. I. Título
CDD 323

© 2011, Siglo Veintiuno Editores S.A.

Diseño de cubierta: Eugenia Lardiés

ISBN 978-987-629-199-6

Impreso en Impresiones Martínez // Dardo Rocha 1860, Ciudadela
en el mes de noviembre de 2011

Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Impreso en Argentina // Made in Argentina

Índice

Prólogo	11
<i>Jorge E. Taiana</i>	
Introducción	15
La persecución penal en la búsqueda de justicia	19
<i>Leonardo Filippini</i>	
Presentación	19
Treinta años en busca de justicia	21
La justicia penal en la búsqueda de justicia	27
El derecho internacional en la transición	29
La reapertura de los juicios y la Constitución	33
Activismo judicial	36
Continuidad y ruptura en el discurso de la Justicia y en las prácticas penales	39
El universo relevante de casos en el tiempo	40
El testimonio como prueba en procesos penales por delitos de lesa humanidad	
Algunas reflexiones sobre su importancia en el proceso de justicia argentino	49
<i>Carolina Varsky</i>	
Introducción	49
El testimonio en el proceso penal: su construcción en las diferentes etapas del proceso de justicia en la Argentina	51
Los abogados querellantes y las etapas en la producción del testimonio en el juicio oral	54

El rol de los distintos tipos de testigos: el testigo necesario	62	“Terrorismo” y crímenes de lesa humanidad	155
Algunos aspectos controversiales vinculados al testimonio. La cuestión de la militancia y la colaboración de los perpetradores	65	Consideraciones finales	164
Conclusiones	75		
Limitaciones al acceso a cargos públicos para implicados en crímenes de lesa humanidad		Violencia de género y abusos sexuales en los centros clandestinos de detención	
La experiencia argentina	79	Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina	167
<i>Diego R. Morales</i>		<i>Lorena Balardini, Ana Oberlin y Laura Sobredo</i>	
Introducción	79	Introducción	167
Algunos conceptos generales sobre impugnación de acceso a cargos públicos	81	La construcción de los testimonios en cada etapa del proceso de verdad y justicia.	
Los mecanismos de justicia transicional en la Argentina y el lugar de las estrategias de depuración	84	Una hipótesis en relación con el tiempo	168
Mecanismos para la remoción o impugnación al acceso a cargos públicos implementados en la Argentina	92	Abordaje de la cuestión de género. Las relaciones de estatus. El legado del patriarcado	176
Reflexiones finales	108	Posibilidad de judicialización de la violencia sexual cometida durante el terrorismo de Estado	183
		Algunas reflexiones finales	224
Formas y sentidos de lo represivo entre dictadura y democracia	111	La prueba de la identidad en la persecución penal por apropiación de niños y sustitución de su identidad	227
<i>Pilar Calveiro</i>		<i>Marcelo Ferrante</i>	
El terrorismo de Estado	112	Introducción	227
Democracias neoliberales	124	Lealtad	235
Los “agujeros” de la democracia	130	Pertinencia	247
Conclusiones	139	Conclusión	255
		Sobre los autores	259
Crímenes internacionales y actores no estatales			
El caso argentino	143		
<i>Fabrizio Guariglia</i>			
Introducción	143		
El crimen de “terrorismo” y el derecho internacional consuetudinario	146		
“Terrorismo” y crímenes de guerra	150		

Prólogo

Nuestro mundo hoy enfrenta constantes desafíos relacionados con la vigencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Algunos se dan en el marco de la superación de violentos conflictos armados internos e internacionales. Otros involucran la reconstrucción o el fortalecimiento de las instituciones nacionales tras la comisión sistemática de graves violaciones a los derechos humanos. En todos los casos, el establecimiento de la verdad de lo sucedido y el juzgamiento y castigo de los responsables de la comisión de crímenes se presentan como desafíos claves en la pacificación, la reconstrucción del tejido social, la reparación del daño causado y la no repetición, y en la necesidad de garantizar la convivencia democrática futura.

De hecho, la comunidad internacional, a través de sus principales órganos intergubernamentales y entes judiciales y cuasi judiciales, tanto universales como regionales, ha señalado que los Estados tienen la obligación de juzgar a los responsables de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos y que este tipo de crímenes no es amniable. La entrada en vigor del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional constituyen, además, una clara manifestación de que el juzgamiento de los responsables por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos no sólo incumbe a los Estados directamente afectados sino a la comunidad internacional en su conjunto.

En este contexto, existe gran interés en las lecciones aprendidas y los desafíos derivados del caso argentino, cuya evolución se ha dado, por casi tres décadas ya, en forma paralela al desarrollo de los estándares internacionales en materia de verdad, justicia, reparación y memoria. En los últimos años, además, la Argentina

se ha convertido en un actor clave en la adopción de instrumentos tales como la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada, las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre genética y derechos humanos y derecho a la verdad, y la creación del mandato del relator especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Estos objetivos de política exterior y las políticas de Estado que hoy los acompañan tienen su origen en la historia reciente de la Argentina.

Entre 1976 y 1983, invocando razones de seguridad nacional, las Fuerzas Armadas asumieron el poder en la Argentina y adoptaron una serie de medidas destinadas a eliminar las instituciones democráticas establecidas en la Constitución e instituir mecanismos sistemáticos de represión. Estos mecanismos involucraron la suspensión indefinida de derechos y garantías judiciales fundamentales, a la par de la construcción de un poderoso aparato clandestino, mediante el cual se perpetraron graves violaciones a los derechos humanos, incluyendo tortura y desaparición forzada, contra miles de personas. Mediante el mismo aparato se ocultaron restos, hijos e hijas recién nacidos y todo tipo de pruebas.

Tras el retorno a la democracia, y en su búsqueda de fórmulas de convivencia y rehabilitación institucional, la Argentina transitó rumbos que la acercaron y la alejaron de la verdad y la justicia. El informe de la CONADEP y el Juicio a las Juntas marcaron hitos en la comprensión colectiva de la dimensión y el impacto del terrorismo de Estado, pero la posterior sanción de las leyes y decretos de impunidad impidió la investigación judicial de los crímenes perpetrados. Aun así, hechos tales como la confesión del capitán Adolfo Scilingo; los Juicios por la Verdad iniciados por la Cámara Federal de la Capital; los procesos abiertos en España, Francia, Italia, Alemania y Estados Unidos contra militares argentinos; la detención de Videla y Massera en la Argentina por robo de bebés; la derogación de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida en 1998, y especialmente su declaración de inconstitucionalidad por parte de un juzgado federal en marzo de 2001, mantuvieron viva en la sociedad la voluntad de alcanzar la verdad y la justicia.

Tras asumir su mandato, el presidente Néstor Kirchner dio un impulso decisivo a este proceso, al condenar la impunidad, derogar los mecanismos que impedían la extradición de acusados y promover el proyecto legislativo que en septiembre de 2003 declaró al nulidad parlamentaria de las leyes de impunidad. Finalmente, en ese marco, la decisión de la Corte Suprema sobre la nulidad de las leyes de impunidad en el caso “Simón” marcó el reinicio de los procesos judiciales destinados a juzgar a los responsables por la comisión de crímenes perpetrados durante la dictadura, y restauró la senda que conduce a la investigación de las múltiples violaciones a los derechos humanos cometidas en esos años.

Desde entonces, cientos de personas han comparecido en carácter de procesados, víctimas y testigos en múltiples causas que se desarrollan en todo el territorio nacional. Cabe destacar que, dadas las características propias de estos procesos judiciales, la complejidad en la producción de la prueba, el número de testigos y víctimas, y el valor histórico y reparador de sus audiencias públicas –no sólo para las víctimas directas sino para la sociedad en su conjunto–, su programación y desarrollo han demandado una coordinación sin precedentes entre los poderes del Estado, en particular representados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio Público y la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, la materialización del objetivo de impartir justicia respecto de los graves crímenes del pasado en la Argentina, como parte de una política de Estado, ha sido decididamente acompañada por las organizaciones de la sociedad civil, que también han contribuido a la consideración de los medios más idóneos para alcanzar este objetivo.

La presente publicación constituye otro valioso aporte del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) a la defensa y promoción de los derechos humanos y al fortalecimiento de la democracia. El CELS ha cumplido y sigue cumpliendo hoy un papel fundamental en el impulso de causas judiciales clave, en el acceso de víctimas y testigos a la justicia y la reparación, en diseminar información sobre objetivos y resultados alcanzados en los procesos judiciales, y, por supuesto, en dar ímpetu a las iniciativas de justi-

cia en ámbitos legislativos y políticos, con una mirada estratégica y a la vez crítica.

Esta obra, compilada en colaboración con el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), se destaca como una herramienta de reflexión sobre los procesos históricos ligados a la represión y sus efectos de largo alcance en nuestra sociedad. Analiza su impacto en el goce actual de derechos fundamentales –en particular el derecho a la integridad personal– y la construcción de mecanismos destinados a superar prácticas ilegales que todavía hoy persisten en la trama institucional.

El reconocimiento de la democracia, la justicia y la libertad como valores fundamentales constituye la base sobre la cual debe asentarse nuestro futuro como nación, y este debe estar acompañado de la profunda comprensión de las reglas de la vida democrática, de la vigencia de los derechos humanos fundamentales y de los mecanismos que toca idear e implementar a fin de asegurar su respeto. Nuestra historia reciente y los procesos judiciales para la determinación de responsabilidad por la participación en los crímenes perpetrados durante la dictadura nos ofrecen elementos para reconstruir una perspectiva sobre nuestras instituciones y sobre los desafíos que nos quedan por enfrentar, para fortalecer la democracia y los derechos individuales.

JORGE E. TAIANA

Introducción

Este libro constituye una de las actividades centrales del proyecto *Domestic Prosecution and Torture Prevention in Argentina*, que reúne al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y al Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y cuenta con el financiamiento de la Unión Europea.

La preocupación que dio origen al proyecto fue la necesidad de construir mecanismos capaces de desarticular la persistencia del delito de tortura y malos tratos en las prácticas de las Fuerzas Armadas y de seguridad en la Argentina, a partir de encauzar y efectivizar la lucha contra la impunidad por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar. Esa impunidad es entendida como uno de los factores principales de prevalencia de los actos de tortura, que caracterizaron la etapa del terrorismo de Estado pero que se mantienen en la actualidad.

Las particularidades del proceso de justicia en el país han sido el insumo necesario para delinear los objetivos centrales de la acción, diseñados con el propósito de reforzar el desarrollo del proceso y obtener sanciones para los perpetradores. Por ello el proyecto prevé, entre otras actividades, la asistencia técnica a miembros del Ministerio Público, así como la discusión y el trabajo junto con abogados querellantes de organizaciones de derechos humanos para la implementación de estrategias efectivas de persecución de la tortura.

Otro objetivo específico del proyecto es difundir la experiencia local a nivel internacional, ya que los avances en la persecución de la tortura que la Argentina experimenta en la actualidad no son conocidos en detalle en el exterior y pueden resultar enrique-

cedores para los países que llevan adelante procesos similares, la mayoría de ellos en etapa incipiente.

A ese fin, este libro proporciona una selección de textos sobre diferentes aspectos relevantes del proceso, con la intención de que se constituyan en material de referencia para académicos, investigadores y miembros de la comunidad jurídica. Son siete artículos sobre temáticas específicas vinculadas a la experiencia argentina, que reflejan la complejidad política, legal y social de este proceso histórico.

Los dos primeros capítulos proponen un abordaje descriptivo para introducir al lector en los aspectos históricos y jurídicos más destacados del proceso.

En el primero, “La persecución penal en la búsqueda de justicia”, Leonardo Filippini reseña el recorrido histórico del proceso de justicia en la Argentina desde una perspectiva comparativa entre la persecución penal, cristalizada en el juicio a las tres primeras juntas militares en 1985-1986, y los procesos que se llevan adelante en la actualidad. El propósito central de este artículo es destacar los hitos de cada etapa, y a la vez identificar y analizar las posibles rupturas y continuidades entre ambas. A partir del análisis del caso argentino, el autor aborda la persecución penal como medida de transición.

En el segundo capítulo, “El testimonio como prueba en procesos penales por delitos de lesa humanidad. Algunas reflexiones sobre su importancia en el proceso de justicia argentino”, Carolina Varsky refiere al trabajo compartido entre los abogados que actúan como acusadores privados en representación de las víctimas, de sus familiares o de las organizaciones y los testigos de los casos, para la construcción del relato de los hechos. Aquí se destacan los problemas procesales, valorando el trabajo de producción de estos abogados en tanto guías para la construcción del testimonio, y se analiza la “jerarquía” de la víctima en el proceso penal, en relación con la responsabilidad penal y las tensiones producto de sus motivaciones políticas. La autora dedica, asimismo, un breve apartado a la problemática sobre la colaboración de perpetradores en la investigación de los crímenes

del terrorismo de Estado, a partir del paradigmático caso del marino Adolfo Scilingo.

Los artículos siguientes examinan aspectos particulares de la experiencia argentina, mediante un innovador abordaje socio-histórico-jurídico de temas vinculados a los legados que el sistema democrático ha heredado del terrorismo de Estado, y que constituyen trabas para el pleno ejercicio del Estado de Derecho.

Así, en el tercer capítulo, “Limitaciones al acceso a cargos públicos para implicados en crímenes de lesa humanidad. La experiencia argentina”, Diego Morales analiza los mecanismos de impugnación (*vetting, lustration*) al acceso a cargos públicos por parte de personas involucradas en graves violaciones a los derechos humanos, en tanto respuesta a la persistencia de la impunidad en los regímenes democráticos.

En el cuarto capítulo, “Formas y sentidos de lo represivo, entre dictadura y democracia”, Pilar Calveiro describe las diferencias y continuidades de “lo represivo” en dos momentos políticos muy diferentes de la Argentina: el terrorismo de Estado y la democracia del siglo XXI. Para ello, recorre los mecanismos concretos de represión durante la última dictadura militar y rescata las formas actuales de ejercicio del poder represivo y sus dispositivos de encarcelamiento.

Otros aspectos que el libro intenta conceptualizar son considerados controversiales por algunos actores del proceso de justicia y del movimiento de derechos humanos en general, por lo cual nos interesa brindar un aporte original a la discusión, a fin de abrir el debate sobre ellos. Es el caso del quinto capítulo, “Crímenes internacionales y actores no estatales: el caso argentino”, a cargo de Fabricio Guariglia, quien considera la posibilidad de perseguir penalmente a actores no estatales involucrados en este tipo de delitos, abordando los preceptos del derecho penal internacional, su estado actual, los requerimientos que impone y las consecuencias del cuadro emergente en este tipo de casos.

En relación con aspectos menos explorados del proceso, el sexto capítulo, “Violencia de género y abusos sexuales en centros clandestinos de detención. Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina”, elaborado por Lorena Balardini, Ana

Oberlin y Laura Sobredo, aborda el análisis de los abusos sexuales y otros tipos de violencia de género perpetrados durante la represión ilegal desde la particularidad de las relaciones humanas propias de la convivencia de represores y víctimas en los centros clandestinos de detención. El artículo propone un abordaje psico-socio-jurídico de esta práctica, la discusión de las posibilidades y obstáculos de su judicialización, y el análisis de algunos casos.

Finalmente, en “La prueba de la identidad en la persecución penal por apropiación de niños y sustitución de su identidad”, Marcelo Ferrante considera la apropiación ilegal de niños como parte de los mecanismos de represión y desestabilización social, y retoma la discusión respecto de los medios de prueba y los conflictos de intereses que surgen en este tipo de casos, cuando existen dos víctimas del crimen.

La intención que subyace al análisis del presente libro consiste en avanzar hacia una construcción teórica que trascienda el abordaje estrictamente jurídico de casos. Es así que pretende ser una compilación de investigaciones que refleje la complejidad política de este proceso histórico, con el propósito de contribuir al debate académico y al conocimiento general sobre el tema.

La persecución penal en la búsqueda de justicia

Leonardo Filippini

PRESENTACIÓN

La justicia penal es una de las herramientas más problemáticas de la transición. En parte, debido a que su empleo replica problemas propios del castigo, como la selectividad o la rusticidad y, en parte, porque su uso se asocia a riesgos nuevos y propios, como la posibilidad de desestabilizar a una democracia en formación de un modo en que parecen no poder hacerlo otras instituciones.¹ Cuando se asume, no obstante –como muchas comunidades lo hacen hoy–, que en ciertas circunstancias el recurso a la justicia penal es un curso de acción justificado, los dilemas acerca de si y por qué reprochar ciertas conductas pierden su interés práctico y los interrogantes se concentran en torno a cómo y cuándo hacerlo, lo que constituye un asunto igualmente complejo y desafiante.

El caso argentino presenta una experiencia relativamente consolidada de transición con aplicación del derecho penal. En su desarrollo de casi tres décadas, la Argentina, aun con interrupciones importantes, parece haber sellado una opción favorable a la persecución penal de los crímenes contra la humanidad. Ello ha generado una pluralidad de experiencias concretas en la implementación de la idea de investigar y sancionar penalmente los crímenes, y la observación de estos desarrollos presenta un inne-

¹ H. Kim y K. Sikkink ponen en duda la existencia de prueba científica del carácter desestabilizador de los juicios, en “Explaining the Deterrence Effect of Human Rights Prosecutions for Transitional Countries”, *International Studies Quarterly* 54, 2010, pp. 939-963.

gable interés para la reflexión acerca de los problemas universales que repetidamente aparecen frente a escenarios de conflicto superados, o que se creen superables. Sólo en el ámbito regional, por cierto, la experiencia es efectivamente observada con atención en Brasil, Colombia, Perú, Uruguay y Chile.

Aquí nos detendremos en algunas de las preguntas que la experiencia argentina puede haber iluminado. Haremos primero un brevísimo resumen de los principales acontecimientos de la transición y ofreceremos una caracterización posible del proceso argentino. Como se verá, la opción por la justicia penal estuvo enmarcada en un reclamo social amplio, sostenido por la resistencia a una forma peculiar de superación del pasado con impunidad. La Argentina tuvo así dos ciclos de persecución penal. El primero, de casi un lustro, fue intentado recién superada la última dictadura, a partir de diciembre de 1983. Los juicios de ese ciclo estuvieron enfocados en los máximos líderes y lograron un alto impacto simbólico. Pero no fueron sustentables y resultaron rápidamente revertidos en sus consecuencias penales por las leyes de impunidad de 1986 y 1987. El segundo ciclo de investigaciones, el actual, nació como fruto de la resistencia a la impunidad y se consolidó a partir de la declaración de nulidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, entre 2001 y 2005. A partir de entonces, la persecución penal de los crímenes del terrorismo de Estado parece ser una política estatal consolidada e irreversible en sus notas centrales.²

La existencia de dos ciclos de persecución penal llama la atención sobre la dificultad de acotar cronológicamente la transición y las consecuencias de un pasado conflictivo. También torna evidente la dificultad de concebir soluciones de factura instantánea a problemas serios. La justicia de hoy, tardía o demorada, implica no sólo una decisión sobre los hechos del terrorismo de Estado —facilitada por el tiempo transcurrido desde los sucesos— sino también respecto del valor de las primeras soluciones adoptadas para

la superación del pasado. Lo mismo ocurre en Chile, Colombia, Uruguay o Brasil, donde se debate, luego de décadas, la calidad y la validez de los efectos de los primeros mecanismos elegidos para superar el pasado. La Argentina revisa en la actualidad su pasado violento a través del prisma de la justicia penal. Y, para ello, revisó primero las decisiones adoptadas apenas superado el conflicto. La exposición que sigue reflexiona sobre estos dos fenómenos asociados: la revisión de la impunidad, por un lado, y, por otro, los efectos del tiempo sobre la justicia penal actual frente a hechos ocurridos tres décadas atrás.

TREINTA AÑOS EN BUSCA DE JUSTICIA³

EL PASADO REPRESIVO

Durante los años setenta y al amparo del poder político, se cometieron violaciones masivas a los derechos humanos contra la población civil, incluyendo desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias, ejecuciones, exilios forzosos, torturas, violaciones y abusos sexuales, robo de bienes y actos de pillaje; ataques a las libertades civiles, políticas y sindicales; censuras, persecuciones de todo tipo y hasta el secuestro de los niños nacidos durante el cautiverio de sus madres. El terrorismo de Estado alcanzó su pico máximo el 24 de marzo de 1976, cuando un golpe derrocó a la

² Así lo expresó el Congreso de la Nación en la Declaración de la Honorable Cámara de Diputados, 57-P-2010.

³ En general, entre muchos otros, véanse H. Verbitsky, “Entre olvido y memoria”, en G. Andreozzi (coord.), *Juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Atuel, Buenos Aires, 2011; M. Novaro y V. Palermo, *Historia argentina. La dictadura militar 1976-1983. Del golpe de Estado a la restauración democrática*, Paidós, Buenos Aires, 2003; R. Alfonsín, *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, FCE, Buenos Aires, 2004; G. Fernández Mejjide, *La historia íntima de los derechos humanos en la Argentina*, Sudamericana, Buenos Aires, 2009; D. Weissbrodt y M. L. Bartolomei, “The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina 1976-1983”, *Minnesota Law Review* 75, 1991; E. Lutz y K. Sikkink, “The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America”, *Chicago Journal of International Law* 2, 2001, pp. 1-34.

presidenta María Estela Martínez de Perón, viuda del líder Juan Domingo Perón, e impuso en el gobierno a los comandantes en jefe de las tres Fuerzas Armadas. Las cuatro juntas militares que gobernaron el país durante los siete años siguientes dejaron como nota distintiva del proceso la práctica sistemática de desapariciones forzadas. Se calcula que treinta mil personas fueron secuestradas, enviadas a cientos de centros clandestinos de detención, e interrogadas bajo tortura, violadas o asesinadas. En 1983, cuando la restauración de la democracia era inminente –entre otros factores, por la derrota militar en la guerra de Malvinas– el gobierno militar sancionó un decreto de autoamnistía y procuró la destrucción de todas las pruebas de la represión.

EL RESTABLECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA Y LOS PRIMEROS JUICIOS

Raúl Alfonsín fue el primer presidente elegido democráticamente luego del fin del gobierno militar. Heredó una infraestructura democrática debilitada y un partido militar fuerte, que se resistió activamente a rendir cuentas por sus actos pasados. Alfonsín creó la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) con el propósito de investigar el destino de los desaparecidos y en 1984 el organismo publicó su informe *Nunca más*, donde figura la lista de las víctimas identificadas y los centros de detención detectados, que habían funcionado bajo la autoridad de las Fuerzas Armadas y de seguridad, y con la complicidad de muchos civiles.

La CONADEP analizó miles de casos y cada uno fue documentado en un registro numerado. Se compilaron más de cincuenta mil páginas, que incluían siete mil trescientos ochenta archivos, con declaraciones de los familiares, de las personas liberadas de los centros de detención, y de los miembros de las fuerzas de seguridad que habían tomado parte en la represión. Asimismo, numerosas investigaciones realizadas en diferentes partes del país le permitieron recoger información de las Fuerzas Armadas, las fuerzas de seguridad y otros organismos públicos y privados. El informe oficial en español, presentado en 1984, constituye sólo un resumen de esa tarea. Frente a los miles de testimonios y hechos

terribles, la comisión concluyó con una serie de recomendaciones para iniciar acciones legales contra los responsables, presentó pruebas ante los tribunales y ofreció una lista parcial de los desaparecidos, y de los miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad mencionados por las víctimas. Esos archivos siguen siendo una pieza clave en los procesos en curso.

En 1985, los nueve miembros de las tres primeras juntas militares que gobernaron el país fueron procesados con éxito en el Juicio a los Comandantes. El juicio comenzó apenas dieciocho meses después de finalizada la dictadura y concluyó con la condena de los ex presidentes Jorge Rafael Videla y Roberto Eduardo Viola, los almirantes Emilio Eduardo Massera y Armando Lambruschini y el general de brigada Orlando Ramón Agosti. Se presentaron más de 800 testigos y fueron analizados alrededor de 700 casos, sobre la base de los expedientes de la CONADEP. La condena de algunos de los máximos responsables de las violaciones de los derechos humanos por parte del gobierno democrático fue un hecho sin precedentes y un punto de inflexión en los esfuerzos mundiales de la justicia de transición. Los juicios y el *Nunca más* colaboraron a consolidar el Estado de Derecho en la Argentina y, al mismo tiempo, dieron volumen y credibilidad a las demandas de las víctimas y sus familiares para investigar otros crímenes.

LA IMPUNIDAD

A pesar de los avances de la justicia, los juicios penales también cristalizaron las demandas en contra de la revisión judicial del pasado. Hubo levantamientos antidemocráticos puntualmente dirigidos a resistir las órdenes de comparecer ante los jueces. Fruto de esas presiones, se sancionaron las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida en 1986 y 1987. Estas normas expresaron una concesión a la estabilidad amenazada por las demandas de impunidad. La Ley de Punto Final fijó un plazo perentorio luego del cual ya no sería posible presentar cargos criminales por violaciones a los derechos humanos, y la Ley de Obediencia Debida fijó una presunción legal que no admitía prueba en contrario, según la cual el personal de menor rango no era punible por ha-

ber cumplido órdenes. En los hechos, las leyes funcionaron como una amnistía general e implicaron el cierre de la gran mayoría de los centenares de investigaciones en marcha. Entre 1989 y 1990, los jefes militares condenados en 1985 y los pocos individuos que continuaban siendo objeto de investigación por hechos no abarcados por las leyes de impunidad fueron indultados por Carlos Menem –el sucesor de Alfonsín– con el argumento de una alegada necesidad de pacificación nacional.

LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

A pesar de estos retrocesos, el movimiento de derechos humanos continuó presionando por justicia en foros nacionales e internacionales. En 1992, el Informe 28/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) declaró que las leyes de impunidad y los indultos presidenciales violaban la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En 1996, familiares de las víctimas presentaron varios casos ante los tribunales españoles y obtuvieron el dictado de órdenes de detención y solicitudes de extradición. En el plano interno, los tribunales federales argentinos autorizaron, a instancias de los familiares, los llamados *Juicios por la Verdad*, es decir, procedimientos judiciales destinados a obtener o producir información sobre el destino de las víctimas, ante los tribunales penales, aunque sin la posibilidad de imponer sanciones. Estos juicios fueron controvertidos por quienes reclamaban justicia penal ordinaria y también por los implicados, que consideraban que las leyes de impunidad prohibían incluso ese tipo de investigaciones. Los Juicios por la Verdad contribuyeron al esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades, y sentaron las bases para los desarrollos posteriores. Funcionaron, en definitiva, como un mecanismo de compromiso con la búsqueda de la verdad en un contexto de impunidad.⁴

4 Véanse H. Cattani, “La llamada ‘búsqueda de la verdad’ por los tribunales federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 8, LexisNexis, Buenos Aires, 2007,

En paralelo, se presentaron miles de peticiones para reclamar reparaciones. En los años noventa, el Congreso, de conformidad con las directrices del Informe 1/93 de la CIDH, estableció un sistema legal de indemnizaciones administrativas.⁵ Si bien esta política fue cuestionada por quienes la veían como una forma de ocultar la impunidad, ayudó a consolidar la idea de la responsabilidad del Estado. Los esfuerzos por encontrar la verdad se llevaron a cabo también ante los tribunales y la administración, en particular en relación con la identificación de los niños nacidos durante el cautiverio de sus madres. En 1998, comenzó a explorarse una laguna fundamental en las leyes de impunidad: el secuestro de los bebés nacidos en cautiverio no estaba contemplado en las disposiciones de amnistía y ello hizo posible perseguir, en un contexto político que empezaba a cambiar, a delincuentes de alto rango, como el ex presidente Videla.

LA REAPERTURA DE LOS JUICIOS

En marzo de 2001, finalmente, en el caso “Simón” presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), un juez federal declaró por primera vez la nulidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, por ser incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado. La decisión fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires. En agosto de 2003, ya durante la presidencia de Néstor Kirchner, el Congreso dictó la Ley 25 779, que declaró la nulidad de aquellas leyes, dejándolas sin efecto. Días después, la Cámara Federal dispuso la remisión de los casos que habían sido clausurados en los años ochenta a los respectivos jueces, para que analizaran su posible reanudación, avalando, con ello, el criterio del Congreso.

pp. 1461-1470, y E. Mignone, “Editorial: El derecho a la verdad”, *Boletín CELS*, año 10, n° 42, julio-agosto de 1998.

5 M. J. Guembe, “Economic Reparations for Grave Human Rights Violations: The Argentinean experience”, en P. De Greiff (comp.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

En julio de 2005, la Corte Suprema confirmó la decisión del caso “Simón” y convalidó, a su vez, la Ley 25 779. Este fallo cerró el camino a las impugnaciones judiciales contra la reanudación del proceso de justicia que se habían presentado desde 2001. En septiembre de 2006, un tribunal declaró también inconstitucionales los indultos a los miembros de la junta militar condenados en 1985, y en 2007 la Corte confirmó esa decisión. Desde entonces, existe un firme apoyo a la persecución de los crímenes del pasado por parte de los tres poderes del Estado. Actualmente, más de un millar de acusados enfrentan cargos ante los tribunales federales, y más de un centenar ha recibido condenas.⁶

El proceso de la justicia parece haber llegado a un estadio de consolidación. Y si bien hablamos de reanudación, los juicios actuales, a diferencia de los iniciados en los años ochenta, incluyen no sólo a los principales dirigentes sino a todos los autores materiales. El enfoque central sigue recayendo sobre el personal militar y de seguridad, pero progresivamente son investigados también muchos civiles que participaron de modos diversos, como sacerdotes, jueces y ex ministros. La persecución penal hoy contribuye a consolidar –y participa de– la idea de un terrorismo de Estado generado y materializado mucho más allá de los límites del aparato militar, e ilumina una faceta del problema no atendida adecuadamente por la justicia penal en los años ochenta.

La persecución penal actual, con todo, mantiene sus raíces en el esquema delineado en los ochenta y se afirma resueltamente en las conclusiones sobre la estructura de terrorismo de Estado develada por la sentencia del juicio a los comandantes. Muchos de los casos en trámite hoy ya habían sido investigados y cerrados por las leyes de amnistía, y fueron reabiertos. Otros, tal vez menos, son casos nuevos, iniciados o activados a partir de las pruebas

6 Se puede consultar información adicional sobre el estado de los procesos en el sitio de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado: <http://www.mpf.gov.ar/index.asp?page=Accesos/DDHH/ufi_ddhh1.asp>, y en el sitio del CELS <<http://www.cels.org.ar/wpblogs/>>.

recogidas durante las décadas posteriores a la clausura, o a raíz del impulso de este segundo ciclo.

En este nuevo escenario, sin renunciar a la persecución de todos los crímenes cometidos, se intenta lograr el mayor número de “juicios significativos” en el menor plazo posible.⁷ Para ello, se intenta acumular todos los hechos perpetrados en el marco de un mismo circuito represivo en un único proceso, y se incentiva que, al menos, haya un caso importante activo en cada una de las jurisdicciones del país.

LA JUSTICIA PENAL EN LA BÚSQUEDA DE JUSTICIA

El caso argentino sugiere, en primer lugar, que la justicia penal expresa una parte central de las aspiraciones de justicia frente a un pasado violento. Como vimos, a poco de recuperar la democracia, en 1983, e iniciados los primeros intentos tendientes a investigar el pasado, la impunidad se instaló como nota distintiva de la transición argentina, producto de las presiones y los levantamientos militares contra los juicios penales en curso. Las leyes de impunidad y los indultos presidenciales de Carlos Menem terminaron de amparar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos y pulverizaron casi cualquier esperanza de justicia.

Por todo ello, la reapertura de los juicios debe ser analizada como una decisión adoptada en un ámbito ya limitado por la impunidad generada por las presiones antidemocráticas. La decisión de reabrir los juicios no constituye sólo una reacción diseñada para hacer frente a los crímenes del pasado, sino que, sobre todo, implica una respuesta a la impunidad decretada respecto de esos crímenes en los ochenta. Los juicios de hoy son una respuesta a los crímenes del pasado pero también, y de modo relevante, una

7 Procuración General de la Nación, Resolución 13/08, disponible en <<http://www.mpf.gov.ar/resoluciones/PGN/2008/PGN-0013-2008-001.pdf>>.

reafirmación de la labor de la justicia de la democracia, que en su primer intento no pudo superar las presiones.

Algunos debates sobre esta justicia tardía a veces ubican la cuestión fuera de este contexto histórico, quizá desatendiendo, a mi modo de ver, que el sentido último de los juicios actuales no puede aprehenderse sin una adecuada comprensión de que superan también la frustración de un intento fallido anterior. La resistencia moral y política del movimiento de derechos humanos logró hacer efecto en el sistema legal y consiguió que se reanudaran los procesos penales. Los juicios y el enorme caudal de actividades asociadas a ellos –testimonios, debates, coberturas periodísticas– han dejado su huella en la construcción de la memoria, la verdad, las reparaciones, la identificación de hijos apropiados y la descalificación de funcionarios y jueces vinculados a la dictadura.

Los juicios penales, por todo ello, materializan en parte y de un modo difícil de sustituir una aspiración de justicia negada por las leyes y los indultos de pobre factura democrática. No están libres de errores y sin duda padecen los problemas propios de la respuesta penal ante un conflicto social profundo. Pero aun así podemos reconocer en ellos la vocación por rechazar la impunidad irrestricta como salida colectiva frente a un pasado vergonzante y doloroso. Los juicios asimilan tres décadas de lucha por la memoria, la verdad y la justicia, y sería dudoso asegurar que alguna otra herramienta institucional, distinta de la reanudación de los mismos procesos interrumpidos por la fuerza –como comisiones de la verdad u otros sistemas de responsabilidad–, hubiese permitido expresar lo mismo.

La decisión de reanudar los procesos penales treinta años después de sucedidos los hechos tampoco fue sencilla. El tiempo transcurrido podría favorecer el olvido, o la necesidad de clausurar etapas para mirar por fin hacia el futuro. Los principales responsables de los hechos investigados son personas mayores, algunos ancianos, que posiblemente hoy carecen del poder real con que resistieron al primer gobierno democrático. Algunos, además, ya habían sido enjuiciados o condenados, antes de beneficiarse con las normas de impunidad. La opción de la Argentina, no obstante, fue confiar en la virtud de la reanudación de la justicia penal.

Al igual que otras naciones, y en línea con el derecho internacional, la Argentina parece privilegiar el valor de investigar y reprochar los crímenes contra la humanidad, sin importar el tiempo transcurrido desde su comisión. Y al revisar las normas de impunidad, la Corte y el Congreso no pudieron más que reconocer que ellas habían perseguido primordialmente librar de responsabilidad a los autores de crímenes atroces. No habían sido el fruto de un genuino consenso ni de una decisión conjunta, sino el resultado de las presiones dirigidas a obstaculizar los esfuerzos de las instituciones de la democracia. La reanudación de los juicios implicó un modo de expresar el valor de la justicia por sobre esas presiones.

EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA TRANSICIÓN

La Argentina resolvió la tensión entre sus propias normas de impunidad y los principios de justicia que ella misma abrazaba apelando al derecho internacional. Eligió revisar su pasado y condenar la clausura de la investigación penal. Aceptó, para ello, que algunas reglas del derecho internacional con consecuencias penales podían reflejar mejor las propias convicciones que algunas leyes autóctonas acuñadas bajo presión antidemocrática. La preponderancia del recurso a la justicia penal en la transición argentina, al punto de estar asociado a la reapertura de los juicios, para algunos se explica por la influencia del derecho internacional sobre el proceso nacional.

Muchas discusiones en torno a la justicia de transición plantean la sospecha de que el marco del derecho internacional frente al desafío de superar un pasado conflictivo puede conducir a situaciones indeseadas. Esta sospecha estuvo presente, por ejemplo, en el fecundo intercambio entre Carlos Nino y Diane Orentlicher, precisamente, en torno a las posibilidades y deberes del Estado argentino a poco de recuperado el camino democrático. Orentlicher argumentaba a favor del deber internacional de castigar las violaciones de derechos humanos asumiendo, en parte, que la presión

de los distintos países fortalecería al nuevo gobierno democrático. Nino, en cambio, creía que una sujeción excesiva al deber internacional de persecución penal habría desestabilizado el proceso de justicia y aumentado la polarización entre los grupos de derechos humanos y los militares. Para Nino, el deber de perseguir todas las violaciones podía ser un instrumento demasiado riguroso para un gobierno que debía luchar para restablecer la democracia.

El caso de la Argentina, sin embargo, no ha presentado ni presenta hoy un dilema insuperable entre el margen de maniobra nacional y el modo en que algunas soluciones a los problemas de la transición son concebidas en el ámbito internacional. No existió una presión internacional de la intensidad que Nino criticaba, ni tuvo la potencialidad de producir los resultados negativos que auguraba. Tampoco el derecho internacional ha ofrecido un esquema moral o legal tan rígido que lo tornara inútil o incompatible con las necesidades de la comunidad nacional. Más bien, el derecho internacional, sus instituciones y los ámbitos de influencia y presión política generados a su alrededor han ofrecido recursos valiosos. En algunas ocasiones, como una fuente de presión y, en otras, como un espacio de debate refrescante, donde las fuerzas democráticas pudieron encontrar un lugar de reflexión y acción propio, que les era negado puertas adentro, en especial para cuestionar al propio Estado que debía acoger sus opiniones.

En la Argentina de la transición, la influencia, interacción o diálogo transnacional ha estado siempre presente y en aumento. Hay una clara progresión desde la ratificación conjunta de varios instrumentos de derechos humanos en los primeros años de la democracia –1983 a 1985–, y su cita en fallos de la Corte en los ochenta, hasta la consagración, primero judicial y luego vía la reforma constitucional de 1994, de la supremacía de los tratados sobre las leyes nacionales. Desde el restablecimiento de la democracia, la jurisprudencia argentina ha participado de lo que Slaughter y otros han denominado *judicial cross-fertilization*;⁸

es decir, la apelación por parte de los tribunales argentinos a préstamos no autoritativos –o autoritativos, según algunos– del derecho extranjero, a citas frecuentes de decisiones de cortes de las democracias occidentales más *avanzadas* y a doctrina de los tribunales internacionales. Los jueces también aplican el derecho internacional en el juzgamiento de casos individuales y hasta para declarar la inconstitucionalidad de leyes nacionales.

Todo ello, además, es contemporáneo a la creciente importancia del derecho internacional en todo el mundo. En la década pasada, la absorción y jerarquización progresiva de normas internacionales decantaron en decisiones concretas vinculadas a la transición. A partir de 2004, fundamentalmente, la Corte revisó todo el andamiaje normativo de las dos décadas precedentes, a la luz de principios y reglas internacionales, en especial en torno a la cuestión penal, pero también respecto de la memoria, la búsqueda de la verdad, la descalificación de funcionarios involucrados en hechos delictivos del pasado, las políticas de reparaciones o la identificación de hijos de desaparecidos.

El sesgo internacionalista de la transición argentina, de tal forma, no constituye una novedad reciente ni la ruptura de una tradición en otra dirección, sino una suerte de continuidad de una política de Estado respetada, a grandes rasgos, desde 1983. La naciente estabilidad democrática, en efecto, se confió, en parte, al aval del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). A partir de ahí, y más allá de las numerosas tensiones e incumplimientos, las distintas fuerzas políticas que condujeron el destino nacional han mantenido esa vocación aperturista y receptiva. Todas las administraciones suscribieron los principales tratados y declaraciones de derechos humanos de las últimas décadas, todas se han preocupado por mantener una relación cuando menos decente con los órganos de supervisión internacional y ninguna ha denunciado seriamente la incompatibilidad entre esos arreglos internacionales y el marco constitucional.

En este contexto, la presencia del derecho interamericano ha tenido y tiene un lugar destacado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos visitó el país en 1979, en plena dictadura militar, fuertemente respaldada por la comunidad de derechos

8 Anne-Marie Slaughter, "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal* 44, 2003, pp. 191-219.

humanos. Tal vez no fue casual que Raúl Alfonsín –el presidente de la transición– se entrevistara, junto a otros políticos, con los comisionados, avizorando quizá el potencial democratizador de esa visita y el valor de las redes internacionales de apoyo. El informe de la CIDH cambió el paradigma de la comprensión del terrorismo de Estado. Acreditó las violaciones que el gobierno militar ocultaba y desautorizó para siempre la tesis de los excesos, consolidando la denuncia de un plan sistemático de represión. Y esa estrecha relación ha perdurado hasta la actualidad. La CIDH tramitó peticiones por la ausencia de indemnizaciones y en 1992 emitió su Informe 28/92, condenando las normas de impunidad. Desde entonces mantuvo un activo monitoreo del proceso nacional. En los últimos años, y dado su creciente caudal jurisprudencial, la Corte IDH pasó a integrar también esta red de interacción regional. La anulación de las leyes de impunidad, como vimos, está anclada en los principios y reglas del sistema interamericano y sigue la interpretación de “Barrios Altos”.

El camino iniciado en los años ochenta, de tal forma, decantó en decisiones contundentes dos décadas más tarde, a favor de la aplicación nacional del DIDH para la definición de asuntos sensibles de la transición.⁹ El proceso de integración normativa en materia de derechos humanos, por ello, no es tanto un sello distintivo de una particular conformación de la Corte Suprema como una evolución –tal vez no necesaria pero sí predecible– en el camino que la primera administración democrática eligió al anudar la transición nacional a los tratados de derechos humanos.

⁹ La Corte dispuso la reapertura de los juicios considerando la evolución de su propia jurisprudencia sobre la recepción del DIDH. Así, el presidente del tribunal expresó que “a partir de la modificación de la Constitución nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional, y en especial frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido, en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*” (“Simón”, cons. 15).

LA REAPERTURA DE LOS JUICIOS Y LA CONSTITUCIÓN

Para algunos críticos, la reapertura de los juicios es objetable por una variedad de razones. Entre sus argumentos, uno relativamente recurrente es señalar que se consagró una solución errada e inconstitucional. Según esta visión, el derecho internacional es una interferencia indebida en el desarrollo constitucional del país. La divergencia más importante se presenta para quienes consideran que las consecuencias derivadas de los fallos de la Corte en consonancia con la Corte IDH afectan la construcción constitucional.

Muchos postulan que las normas de impunidad sellaban un proceso cuya conclusión debía ser respetada y cuestionan la interpretación constitucional internacionalista. Varios sostienen que, “para bien o para mal”, el tema debía considerarse cerrado definitivamente; que la reapertura ha lesionado garantías básicas de la Constitución, como la cosa juzgada, la prohibición de doble juzgamiento, la garantía de precisión en la definición de la ley penal y el requisito de ley penal formal, entre otras, y que ha operado un sobredimensionamiento de los derechos de la víctima a costa de la posición de los imputados. Todo ello conspiraría con la reconstrucción de un auténtico Estado constitucional de Derecho, efectivamente respetuoso de ciertos límites éticos a su accionar. También se critica que la Corte haya reconocido efectos obligatorios a los precedentes de la Corte IDH en casos en los cuales el Estado argentino no había sido parte, y existen reparos a la doctrina del caso “Barrios Altos” y a su utilización como precedente, soslayando las diferencias entre el caso peruano y el argentino.

La premisa subyacente en todas estas críticas es que, empujados por o manipulando el derecho internacional, hemos caído en una pendiente resbaladiza en dirección a un paulatino socavamiento del Estado de Derecho. Según esta perspectiva, el haber anulado las normas de impunidad ha interferido en la construcción constitucional, que debería haber sido más introspectiva políticamente, más apegada al texto escrito de la Constitución y menos permeable a los argumentos forjados en la co-

munidad internacional. No se trata de la actualización de los temores de Nino, como se aprecia, sino de una discusión sobre la calidad de los procesos a través de los cuales se ha conformado la decisión de reanudar los juicios.

No creo que la Constitución invalide la solución de “Simón”, ni que la reapertura de los procesos sea un ejemplo que exija modificar la apreciación inicial acerca de la sinergia que, en general, el caso argentino expresa –en su transición– entre el espacio internacional y el nacional. Tal como observaron Keck y Sikkink, el foro internacional interamericano ha funcionado como caja de resonancia o espacio de reclamo cuando los canales nacionales fueron bloqueados a ciertos grupos o personas.¹⁰ El proceso internacional mismo operó así, como otro foro donde quienes no eran considerados sujetos de derechos en su propia comunidad pudieron ser reconocidos en su dignidad personal. Esas mismas notas sugieren además que el curso de la transición no fue definido desde fuera, sobre la base de reglas internacionales ajenas a la comunidad, sino que ese cuerpo de derecho fue evolucionando al paso del proceso nacional, y reflejó, en un momento dado, las aspiraciones de justicia de quienes pudieron liderar el cambio. Las presiones externas casi siempre estuvieron ligadas al esfuerzo de algún miembro perseguido de la comunidad nacional, o allegado a él (los propios exiliados, las agrupaciones de víctimas, las redes de abogados), en busca de tener una voz que le era negada.

A pesar del tono imperativo de algunos de sus contenidos, el derecho internacional de los derechos humanos ha operado en la transición sobre todo como un ideal regulativo, en términos normativos, y como una presión moral o simbólica en la dirección de la verdad, la justicia y la memoria, en términos más concretos. Nunca ha representado una efectiva amenaza a los equilibrios necesarios para la estabilización democrática. El DIDH ni siquiera ha incidido durante los tramos en los que el camino

10 M. E. Keck y K. Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1998.

de la transición argentina se apartó de sus deberes internacionales. Como muchos han observado, no hay contrastes insalvables entre la Constitución y el DIDH en torno a la cuestión del enjuiciamiento de los responsables por las violaciones a los derechos humanos.

El bloque de constitucionalidad conformado en 1994, sobre el cual se cimentó la decisión por la reapertura, simplemente habilitó una reconstrucción constitucional compatible con los principios de justicia que siempre justificaron el rechazo a la solución de la impunidad.¹¹ Parece posible postular, en definitiva, que el empleo del DIDH en el caso argentino responde a una práctica constitucional que reconoce la existencia de principios y reglas no escritos en el texto de la Constitución. Posiblemente, además, quienes entendemos que la ley es una provincia del discurso moral, tendemos a mirar con menos rigorismo el empleo de estos principios y a aceptarlos como manifestaciones de principios moral y jurídicamente defendibles.

El derecho internacional en la transición argentina, desde esta perspectiva, expresó, de un modo accesible al ejercicio legal, elementos de justicia ausentes o negados por la ley escrita, pero vivos en la comunidad y representados por grupos y voces que fueron excluidos de los procesos de formación de las decisiones colectivas. Fue el catalizador de un discurso moral y posibilitó expresar, en el formato más habitual de reglas legales y fallos de tribunales, el fuerte juicio de condena a la impunidad. Con ello, sin negar virtualidad al derecho positivo nacional, lo irrigó con contenidos de justicia e igualdad, que, de otro modo, habrían estado ausentes.

11 Sobre esta idea, véase R. Uprimny, “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en D. O’Donnell, I. M. Uprimny y A. Villa (comps.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Oficina Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001, y V. Abramovich, “Editorial”, *Nueva doctrina penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007.

ACTIVISMO JUDICIAL

Un desafío adicional, llegados a este punto, es la pregunta acerca de la individualización correcta del problema que genera la adopción nacional de principios y reglas del derecho internacional, o de criterios menos formalistas de interpretación constitucional. ¿Cuánto hay de propio en estas cuestiones y cuánto corresponde, en verdad, a la tensión generada frente a una intervención judicial activa respecto de un problema social grave? Muchas de las discusiones, en rigor, constituyen una reacción frente a la aprehensión jurídica de un asunto de alta sensibilidad por parte de los jueces, en desmedro de la política, o, si se prefiere, frente a la politización de la justicia.

Concebir un problema de derechos implica “que otros objetivos o preferencias deben subordinarse a la satisfacción y respeto de aquellos [...]. Los derechos son intereses que merecen una protección especial y prioritaria en las agendas y políticas públicas”.¹² Las intervenciones judiciales, evidentemente, exhiben un fuerte contenido de juridicidad en el modo de enfrentar ciertas cuestiones. Esto implica limitar algunos sentidos posibles de los términos de una discusión y acotar los procedimientos disponibles y los remedios a mano. En algún sentido, recortar la política, limitar la discreción y forzar la argumentación.

El derecho internacional ha habilitado que los jueces se involucren a través de algunas de sus decisiones en un proceso social frente al cual, de otro modo, tendrían menos principios o reglas de referencia. No esperamos que los jueces jueguen con las reglas de la pura política. Sin embargo, el derecho internacional, con su conjunto de reglas relativas a ciertos aspectos de la transición, expandió el ámbito del control judicial hacia zonas que, de otra manera, hubieran sido del exclusivo dominio político. Los jueces, gracias a ello, pueden avanzar sobre la arena social, no como ac-

tores políticos puros –algo que les estaría vedado– sino dentro del marco y con el aval de un conjunto de normas de derecho.

Por lo menos en la Argentina, precisamente, una discusión se refiere a la existencia, laxitud y poderes que esas reglas pueden válidamente ofrecer. Existe un auténtico problema con el derecho internacional o con la interpretación constitucional de normas penales en tanto los jueces han hallado, efectivamente, reglas para habilitar su competencia y principios para resolver casos que tal vez clásicamente no podrían ser vistos como justiciables. Esta ampliación de las posibilidades judiciales se torna anecdótica, empero, si pensamos la cuestión de modo más general y consideramos, por contraste, otras posibles intervenciones sobre conflictos transformadores de la sociedad. La interpretación judicial no textualista de cláusulas constitucionales sobre igualdad, por ejemplo, autorizó avances en materia racial y en supuestos de discriminación, o en el derecho al aborto seguro. La defensa judicial más comprometida de los derechos económicos, sociales y culturales se presenta junto a una construcción sostenida de su exigibilidad. La idea del Poder Judicial como árbitro de los procesos políticos alienta la posibilidad de una mayor presencia judicial en áreas vinculadas tradicionalmente a la estricta esfera política.

Todas estas interpretaciones, al igual que los reclamos por la implementación de medidas de transición auspiciadas por el derecho internacional, están acompañadas por corrientes de opinión y movimientos de apoyo y de presión. Si pensamos en las diversas intervenciones judiciales asociadas a cambios de paradigmas valorativos, o a claras modificaciones de los existentes, encontramos también variaciones acerca del entendimiento del papel judicial, ya sea propiciando una actitud más activa o más restrictiva en lo procedimental, o avanzando conceptos renovados sobre los derechos involucrados.

La hipótesis que sugiero, entonces, es que gran parte de la atención puesta en la relación entre el derecho internacional y la Constitución nacional refleja, en verdad, modos antagónicos de comprender la cuestión sustantiva en juego. La mirada eminentemente prospectiva y sumamente respetuosa de los arreglos institucionales alcanzados en el pasado quedó asociada a las tesis

¹² M. Alegre, “Pobreza, igualdad y derechos humanos”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, octubre de 2005, p. 176.

nacionalistas, y el enfoque revisionista y escéptico acerca del valor de la consolidación de soluciones injustas avanzó sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos. Lo que siempre estuvo en el centro de la escena es la tensión entre estos dos modos de plantarse frente a la impunidad del terrorismo de Estado, tal como esta se concretó, y frente a la debida escucha y participación de las víctimas en esa discusión.

El derecho internacional, cuya evolución fue más o menos contemporánea al desarrollo de la transición argentina, siempre estuvo asociado al reclamo del movimiento de derechos humanos de “juicio y castigo” y al pedido de una participación judicial más activa. Comenzó con la referencia que significó el informe de la CIDH de 1980 y se fue nutriendo de la experiencia local.

Los promotores de salidas alternativas a la justicia penal, en cambio, siempre ofrecieron interpretaciones más limitadas sobre las posibilidades de intervención de los jueces. En los ochenta, alegaron la imposibilidad de que la justicia civil interviniera en hechos de la jurisdicción militar o revisara su autoamnistía, supuestamente por mandato del principio constitucional que obliga a aplicar la ley penal más benigna. Más recientemente, se pronunciaron en contra de la revisión de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, y de la aplicación de reglas del derecho internacional de los derechos humanos para la reapertura de casos penales.

El atractivo del derecho internacional incorporado a la Constitución, entonces, no sería tanto su contenido transfronterizo sino su aptitud para autorizar intervenciones judiciales más firmes frente a situaciones injustas. En los primeros años de la democracia, la aspiración de justicia por los crímenes se manifestó en construcciones jurídicas activistas, como la declaración de nulidad de la autoamnistía militar, la afirmación de la supremacía de la jurisdicción civil sobre la militar o la tesis de la autoría mediata por la conducción de un aparato represivo, sobre la base de un Código Penal bastante parco al respecto. Más tarde, ese activismo se asoció al monismo intenso que condujo a la consolidación de un bloque de constitucionalidad. Nuestra tarea pendiente, entonces, es dilucidar cuándo podemos hablar, efectivamente, de

un problema fundamental en la aplicación del derecho internacional frente a la Constitución y cuándo, en cambio, nos embarcamos en esa discusión sólo porque un asunto más profundo se manifiesta bajo su piel.

CONTINUIDAD Y RUPTURA EN EL DISCURSO DE LA JUSTICIA Y EN LAS PRÁCTICAS PENALES

La transición persigue dejar atrás un conflicto y, a la vez, aspira a un destino mejor para la comunidad involucrada. Hay interés en identificar el pasado como un supuesto de cierta excepción que no debería afectar otros aspectos de la comunidad necesarios para su continuidad futura. Las nociones de continuidad y de ruptura coexisten, y esa coexistencia está presente también en las instituciones penales. Alguna forma de justicia renovada debe encarar el autoritarismo que se quiere dejar atrás, pero debe hacerlo de algún modo que torne comprensible el cambio. La justicia debe ser innovadora para reflejar un cambio y tener la aptitud de reprochar un hecho del pasado, pero debe ofrecer, asimismo, una respuesta inteligible. Además, es improbable que esta distinción logre cuajar en un fenómeno instantáneo. Puede haber hitos y episodios más o menos paradigmáticos de un cambio de época, pero siempre aparecerán en un proceso más denso.

Esta cuestión se manifiesta en asuntos bastante pedestres aunque complejos en su implementación práctica: ¿qué Constitución y qué leyes deben enmarcar la persecución penal de los crímenes del pasado? ¿Qué jueces, fiscales y defensores deben actuar? ¿Qué fuerzas de seguridad y penitenciarias asistirán la labor de la justicia penal en la transición? ¿Qué reglas de procedimiento deben aplicarse?

En la Argentina hubo cambios notables en materia constitucional y penal que evidencian un quiebre legislativo en el modo de interpelar el pasado. El gobierno democrático de 1983 se restableció sobre la base de la Constitución nacional, y eliminó los estatutos y actas para el Proceso de Reorganización Nacional que las juntas militares habían erigido en la cúspide normativa. Como vimos, el

país también ratificó los principales tratados de derechos humanos en los primeros años de la transición. En la campaña electoral de 1983 se discutía, precisamente, si la autoamnistía militar debía ser respetada en virtud del principio de ley penal más benigna de la Constitución o si, en cambio, podía revisarse –como finalmente se hizo– sobre la base de su nula legitimidad de origen. También fueron nuevas reglas procesales de la democracia las que dieron a la Cámara Federal de la Capital Federal la competencia para intervenir en los procesos y sustraerlos de la jurisdicción militar. En virtud de esas reglas fue posible el Juicio a las Juntas.

En la reapertura de los procesos, a partir de 2001, la cuestión reapareció, al debatirse la retroactividad de las reglas sobre imprescriptibilidad, la validez de la Ley 25 779 que anuló las normas de impunidad, o la posibilidad de revisar decisiones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada. Durante estas tres décadas, se ha discutido con intensidad en torno a la conveniencia de contar con nuevas reglas de juego o de respetar las previamente establecidas, y a favor o en contra de propiciar interpretaciones legales más o menos formalistas. La posición contraria a la impunidad parece haber avalado, en todos los casos, posiciones revisionistas antes que conservadoras.

Otros cambios más concretos, sin embargo, sólo han aparecido en forma tenue y esforzada. Los hombres y mujeres de la administración de justicia, por ejemplo, han enfrentado cargos penales serios recién a partir del segundo ciclo de persecuciones. Y al igual que las instituciones penitenciarias y policiales, no han atravesado más escrutinios que el del natural recambio que fuerza el paso del tiempo, al igual que como ocurre con otros sectores civiles asociados al terrorismo de Estado.

EL UNIVERSO RELEVANTE DE CASOS EN EL TIEMPO

Otro aspecto sobre el cual el paso del tiempo parece incidir está referido a cómo tasar el valor de las conductas del pasado para establecer aquellas que serán penalmente reprochadas hoy. El ciclo

actual de juicios refleja el efecto del tiempo sobre nuestras elecciones, además de los problemas prácticos de su implementación. Los juicios de los ochenta se centraron en los máximos responsables. Esta pudo haber sido una estrategia útil para minimizar el empleo del derecho penal y facilitar la factura de un fallo como el de 1985, que, no lo olvidemos, condenó a dos ex presidentes. Sin embargo, el modo en que concluyó la cuestión de la responsabilidad de otros funcionarios de menor jerarquía provocó que la reapertura decidida en el lapso 2001-2005 no fijara límites. El universo actual de casos depende de la propia capacidad de los tribunales para manejarlos. Y sólo algunos lineamientos generales y ciertos condicionantes fácticos dibujan los límites actuales.

Ciertamente, se avanza sobre los responsables más emblemáticos o conocidos, y sobre los hechos de los cuales existe considerable cantidad de pruebas. Sin embargo, y posiblemente a causa de la menor capacidad de resistencia a los juicios, o por el hecho natural de la muerte o la ausencia de pruebas, la Argentina no tiene hoy, a diferencia de los ochenta, una decisión expresa de limitar el alcance de la investigación de todas las conductas previstas en la ley penal.

Ello ha permitido algunas extensiones recientes que ofrecen una lectura del pasado distinta de la que ofrecían los juicios de los ochenta. Por empezar, la fecha de corte ya no es el 24 de marzo de 1976, en que ocurrió el golpe de Estado, sino cualquier momento anterior en que se logre acreditar la persecución política con aquiescencia estatal. Emblemáticamente, se investigan hoy todos los hechos perpetrados por el grupo parapolicial Triple A (Acción Anticomunista Argentina), e incluso anteriores. Estos juicios contribuyen a acreditar la comisión de crímenes aberrantes del poder político anteriores al golpe militar y consolidan la hipótesis, hoy dominante, de que debemos enfrentar el terrorismo de Estado cívico-militar y no únicamente los crímenes de las juntas militares.

Este corrimiento del borde temporal de imputación tiene un reflejo también en el tipo de conductas sobre las que el proceso de justicia hace foco en la actualidad. A poco de reanudada la investigación, el grueso de la atención recayó en los casos clausurados en los ochenta. Una vez consolidado el proceso, la mirada

fue alejándose del núcleo de hechos sangrientos perpetrados por el personal militar y de seguridad, y empezó a prestar atención creciente a otras formas de contribución al aparato criminal. Hoy existen condenas e investigaciones respecto de curas y médicos asociados a las prácticas de tortura, de pilotos de avión que condujeron a los detenidos, de personal civil de inteligencia, de jueces y abogados que ofrecían cobertura y apariencia de legalidad a ciertos procesos, y de empresarios que lucraron con el terrorismo de Estado.

El tiempo también generó decisiones divergentes en cuanto al modo de enfrentar la cuestión de la violencia no estatal. En los ochenta, la respuesta predominante fue la de reaccionar tanto frente a la acción represiva estatal como frente a otros actos de violencia política privados. La reapertura de la discusión penal casi veinte años más tarde provocó, en cambio, una respuesta diversa frente a la atención penal que cada grupo de comportamientos merecía. La Argentina ahora sólo autoriza la persecución de los crímenes cometidos al abrigo del poder político, fundamentalmente los actos del propio Estado o los ocurridos bajo su amparo. Quedaron excluidas las acciones de los grupos armados de los cuales no se ha probado el elemento de control político. De tal modo que los actos violentos que en los ochenta parecían recibir un interés más o menos homogéneo o simétrico por parte de las estructuras penales, hoy son considerados como acontecimientos de disímil relevancia. Los crímenes contra la humanidad son perseguidos, pero otros actos violentos no, en virtud del diferente efecto del paso del tiempo sobre cada grupo de hechos.

La investigación de casos de niños secuestrados o de bebés nacidos durante el cautiverio de sus madres y criados por familias sustitutas también es fuertemente influida por el paso del tiempo. Las víctimas hoy son adultos y en ocasiones prefieren no cooperar con las investigaciones. El paso del tiempo, de tal forma, podría beneficiar la decisión autónoma de quien esté en contra de la continuidad del proceso, por encima de la de quien desee que avance. Sin embargo, difícilmente podamos cuantificar si el sufrimiento puede ser mayor o menor debido al paso del tiempo. Para los mayores, las chances reducidas de conocer la verdad, a medida

que avanza el tiempo, representan una mortificación que quizás no sufran los jóvenes. Todo el ejercicio es poco promisorio, sólo obligado por el paso del tiempo, y somete a unos y otros a comparaciones improbables y revictimizantes.

En un sentido similar, la distancia temporal con los años setenta también ha hecho florecer la reivindicación de la militancia política de quienes fueron víctimas. En los ochenta, de algún modo se trataba de una cuestión “invisible” o disimulada, sobre todo ante la existencia, en paralelo, de juicios contra los principales líderes de las organizaciones armadas al margen de la ley. El paradigma de los ochenta era el de una víctima inocente, presentada como un mero “estudiante”, “obrero” o “abogado” perseguido por el Estado.

A partir de la reapertura de los juicios, en cambio, existe un reclamo más contundente de la identificación de la pertenencia y actividad política, que se refleja en institutos penales, como el creciente pedido de algunos para que los tribunales empleen la figura de genocidio, queriendo destacar con ello la persecución a diferentes grupos por su actividad política.¹³ Alguna analogía ofrece el tratamiento penal de los abusos sexuales. En los ochenta, los casos de violencia sexual no recibieron la atención y contención debidas, pero las décadas transcurridas desde entonces sirvieron para mejorar la comprensión social de los problemas de género y dieron algún espacio a las víctimas para que pudieran constituir sus propios relatos y representaciones. El paso del tiempo también permitió que las estructuras judiciales se renovaran, incluyendo la incorporación de muchas mujeres y la concientización más palpable sobre las cuestiones de género.

Todo lo dicho deja bien en claro que el proceso de justicia ha servido como un espacio de reivindicación de la dignidad de las

13 El mismo reclamo tal vez podría satisfacerse mediante invocación al “crimen de persecución”. Pero, como vimos, las discusiones y los sentidos han ido construyéndose de modos no siempre planeados. Hoy, más allá de la corrección jurídica de tal conclusión, la reivindicación de la militancia política está fuertemente expresada en el pedido de calificación de los hechos como genocidio.

víctimas. Sin embargo, no ha sido una tarea sencilla. A pesar de los dilemas de una justicia demorada o tardía, sin duda el tiempo ha colaborado –a pesar de todo– a la generación de un marco de comprensión más profundo y a un fortalecimiento progresivo de las capacidades de las víctimas antes perseguidas por el Estado para volver a confiar en las instituciones y tener las aptitudes para hacer públicas sus necesidades.

Quizás esa voz antes doblegada es la que ganó fuerza en todos estos años y lideró, en definitiva, la decisión de rechazar la impunidad como salida colectiva.

Línea de tiempo

- 1971 23 de marzo. Alejandro Agustín Lanusse asume la presidencia de facto.
- 1972 22 de agosto. Masacre de Trelew.
- 1973 11 de marzo. Convocatoria a elecciones. Triunfo de Héctor J. Cámpora.
20 de junio. Retorno de Perón. Masacre de Ezeiza.
17 de octubre. Juan Domingo Perón comienza su tercera presidencia.
21 de noviembre. Primer atentado registrado de la Triple A.
- 1974 1° de julio. Muere Juan D. Perón. Asume la presidencia María Estela Martínez de Perón.
- 1976 24 de marzo. Golpe de Estado.
6 de julio. Masacre de Las Palomitas.
12 de diciembre. Masacre de Margarita Belén.
- 1977 30 de abril. Surgen las Madres de Plaza de Mayo.
- 1979 Fundación del CELS.
- 1981 29 de marzo. El general Roberto E. Viola asume la presidencia de facto.
- 1982 22 de diciembre. El general Leopoldo F. Galtieri asume la presidencia de facto.
2 de abril. Guerra de Malvinas.

- 1982 14 de junio. Rendición argentina en Malvinas.
1° de julio. El general Reynaldo B. Bignone asume la presidencia de facto.
- 1983 22 de septiembre. Sanción de la Ley de Pacificación Nacional (22 924).
30 de octubre. Elecciones presidenciales.
10 de diciembre. Raúl R. Alfonsín asume la presidencia.
- 1985 22 de abril. Juicio a las Juntas.
9 de diciembre. Sentencia del Juicio a las Juntas.
- 1986 23 de diciembre. Sanción de la Ley de Punto Final (23 492).
- 1987 Procesos contra el Primer Cuerpo del Ejército y la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA).
20 de abril. Levantamiento militar “Carapintada”.
4 de junio. Sanción de la Ley de Obediencia Debida (23 521).
- 1988 14 de enero. Levantamiento de Monte Caseros.
2 de diciembre. Levantamiento de Villa Martelli.
- 1989 8 de julio. Carlos Saúl Menem asume la presidencia.
6 de octubre. Decretos 1002, 1003, 1004 y 1005, de indulto a los militares y miembros de las organizaciones armadas.
- 1990 20 de marzo. Fallo “Schwamberger”.
Un tribunal francés condena en ausencia a Alfredo Astiz.
29 de diciembre. Decretos 2741, 2742, 2743, 2744, 2745, 2746 y 2747, de indulto a los miembros de las juntas militares, funcionarios de los gobiernos de facto e integrantes de las organizaciones armadas.
- 1991 Ley 24 043, que otorga beneficios a las personas puestas a disposición del Poder Ejecutivo nacional durante la vigencia del estado de sitio, o que hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares.

- 1992 Informe 28 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- 1994 7 de diciembre. Ley 24 411, que otorga un beneficio extraordinario a los derechohabientes de víctimas de desaparición forzada.
Reforma constitucional: se otorga preponderancia a los tratados sobre las leyes.
- 1994 11 de mayo. Ley 24 321 sobre desaparición forzada de personas.
- 1995 Comienzo de los Juicios por la Verdad.
Marzo. El capitán de fragata Adolfo Scilingo habla públicamente sobre los “vuelos de la muerte”.
2 de noviembre. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dicta el fallo “Priebke”.
- 1996 Multitudinaria marcha por los derechos humanos.
- 1997 El juez español Baltasar Garzón solicita la extradición de cuarenta y cinco militares argentinos.
- 1998 Ley 25 066, que crea el Fondo de Reparación Histórica para la Localización y Restitución de Niños Secuestrados y/o Nacidos en Cautiverio en la Argentina.
- 2001 El juez federal Cavallo declara nulas las leyes de Obediencia Debida y Punto Final.
- 2003 25 de mayo. Néstor Carlos Kirchner asume la presidencia.
21 de agosto. Ley 25 779, que declara insanablemente nulas las leyes de Obediencia Debida y Punto Final.
- 2004 4 de agosto. Ley 25 914, que establece beneficios para las personas nacidas durante la privación de la libertad de sus madres.
24 de agosto. La CSJN dicta el fallo “Arancibia Clavel”.
- 2005 14 de junio. La CSJN dicta el fallo “Simón”.
- 2006 Primer juicio oral luego de la anulación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida.

- 2006 13 de diciembre. Ley 26 200 (implementación del Estatuto de Roma).
- 2007 14 de noviembre. Ley 26 298, que aprueba la Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas.
Diciembre. Primera sentencia contra militares.
- 2009 22 de diciembre. Primera condena contra un juez (Víctor Hermes Brusa) por su actuación durante la dictadura.
- 2011 Primer juez (Luis Francisco Miret) destituido por su actuación durante la dictadura, desde el retorno a la democracia.

El testimonio como prueba en procesos penales por delitos de lesa humanidad

Algunas reflexiones sobre su importancia en el proceso de justicia argentino

*Carolina Varsky**

INTRODUCCIÓN

Este artículo parte de considerar el testimonio como uno de los aspectos centrales en la conformación de la prueba judicial en un proceso penal, y muy especialmente para las causas por delitos de lesa humanidad, procesos en los que, en general, se trata de la única prueba disponible, ante la destrucción u ocultamiento del material documental sobre las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar.

El testigo es el que puede proveer los elementos para probar el hecho. Ya sea porque vio a la víctima, porque estuvo en el momento de la comisión o porque se enteró de manera directa o indirecta de la existencia de un delito. En este proceso de justicia, muchas veces el testigo es también una víctima de los crímenes, lo cual complejiza el trabajo durante los testimonios.

En ocasiones, quienes pueden dar cuenta de los hechos son personas que, como miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad, participaron directa o indirectamente; en otros casos, son definitivamente los responsables de crímenes de lesa humanidad.

* La autora agradece especialmente a Lorena Balardini, quien hizo posible la escritura de este capítulo, pues sin su invaluable ayuda este texto no habría existido.

Este capítulo también se referirá a los debates en torno a la “colaboración” para el esclarecimiento de aquellos que pueden ser considerados autores o partícipes de los delitos, a partir de una entrevista realizada a Horacio Verbitsky, quien ha explorado el tema en su obra *El vuelo*,¹ en relación con el caso del ex marino Alfredo Scilingo. Resulta interesante indagar las diversas formas de construcción del testimonio en las distintas etapas del proceso de verdad y justicia, sus implicancias y los obstáculos procesales, así como el rol de los abogados en su producción.

Como se ha descripto en la introducción de este libro, el proceso de justicia por crímenes de lesa humanidad en la Argentina atravesó dos etapas bien definidas, la primera en los años ochenta y la segunda a partir de 2001. Este artículo aborda las formas de construcción de los testimonios en ambos períodos, destacando a un actor clave en el nuevo proceso: el abogado querellante, tanto al momento de producir el testimonio como al de evaluar las condiciones de posibilidad (selección, ubicación y citación del testigo), orientando en su tarea a los funcionarios judiciales.

En primer lugar, se describen las características de la producción de un testimonio en un proceso penal, destacando las particularidades de los casos por crímenes de lesa humanidad que nos ocupan. En segundo lugar, se analiza el rol del abogado querellante y del fiscal en el armado de las condiciones de posibilidad del testimonio. Se trata de rescatar el trabajo compartido entre los abogados que actúan como acusadores privados y las víctimas o sus familiares, entre otros actores, para la construcción del relato de los hechos. Se buscará destacar los problemas procesales, valorando el trabajo de producción de estos abogados, en tanto guías para la construcción del testimonio.

A continuación, se destacan la figura del “testigo necesario” y las formas que ha asumido este concepto a medida que fue avanzando el proceso de justicia. Se analizan las implicancias de la filiación política de las víctimas-testigos y su relación con

las organizaciones armadas, y finalmente se aborda la cuestión del saber que los sospechados de los crímenes pueden aportar a los procesos, y cómo ha lidiado con esta posibilidad el proceso argentino.

**EL TESTIMONIO EN EL PROCESO PENAL:
SU CONSTRUCCIÓN EN LAS DIFERENTES ETAPAS
DEL PROCESO DE JUSTICIA EN LA ARGENTINA**

En todo proceso penal, el testimonio es una prueba valiosa para dar cuenta de cómo sucedieron los hechos. Ahora bien, si hablamos de los testimonios que se brindan en el marco del proceso de justicia por crímenes de lesa humanidad, estos tienen la característica de ser, probablemente, la prueba más importante. En especial, si pertenecen a sobrevivientes o testigos de los secuestros, ya que aportan datos imprescindibles sobre el hecho en sí mismo, sobre todo teniendo en cuenta la escasez de documentos oficiales que pueden ser presentados como evidencia, o la adulteración de los pocos que existen, como los legajos de los imputados. Lo que tiene más valor y se acerca más a probar un hecho es, sin duda, el testimonio.

No puede aquí soslayarse que la mayoría de los testigos que han depuesto en esta audiencia tienen una doble condición, la de haber sido testigos y víctimas directas de hechos de igual naturaleza respecto de lo que debieron deponer; lo cual, desde una correcta técnica procesal, los convierte en testigos directos de cómo funcionó el sistema represivo estatal en los hechos. En otras palabras, son la prueba viviente de la puesta en práctica del plan pergeñado por quienes tomaron el poder en un acto sedicioso, cuyo verdadero objetivo abonado, entre otros, por la prueba documental, no era otro que el de lograr la represión y aniquilamiento de, a más de las organizaciones al margen de la ley, de todo pensamien-

¹ Horacio Verbitsky, *El vuelo*, Planeta, Buenos Aires, 1995.

to opositor, con prescindencia del Estado de Derecho y conculcando los derechos humanos. (Tribunal Oral en lo Criminal Federal 1 de Córdoba, causa 40/M/2008)

Para realizar una correcta valoración de un testimonio, lo principal es lo que el testigo recuerda de su propia experiencia o de lo que otro le ha contado. Debido a que analizamos hechos ocurridos hace más de treinta años, muchas veces ese otro ya no está (por razones de salud o fallecimiento, o por simple decisión de no declarar). El “me dijeron que” o “supe por otras personas que pasaba tal cosa” es importante, pero a veces no alcanza o no convence a los jueces a los fines de probar la responsabilidad de una persona involucrada. En esos casos, pesa más lo que el testigo recuerda por sí mismo o lo que le dijo alguien que estaba a su lado, siempre que pueda indicar de quién se trataba.

En el sistema penal argentino existen dos instancias en las que un testigo puede ser citado a declarar. Una primera etapa de investigación es conocida como *etapa de instrucción*, un espacio generalmente conducido por el secretario o por algún prosecretario de la causa. En esta instancia, si el testigo es presentado por uno de los abogados querellantes, puede ser acompañado por él y, dependiendo del avance de la causa (en tanto haya o no imputados), pueden ser convocados el o los abogados defensores. No están presentes los imputados ni el público, porque no es una audiencia abierta.

En la instrucción, el funcionario generalmente empieza diciendo: “Usted fue convocado en el marco de esta causa, donde se investigan estos hechos, a ver qué nos puede decir”. Si se trata de un testigo sobreviviente, se indaga sobre sus recuerdos y se le solicita que relate el momento en que permaneció secuestrado. Si fuera un testigo de un secuestro, se le pregunta qué recuerda de ese hecho puntual. A todos se les pregunta si declararon ya en alguna instancia previa, ya sea en sede judicial o administrativa, para ahorrarle la molestia de tener que repetir su relato. Si existe esa declaración previa, se le solicita que la ratifique, y entonces el funcionario realiza preguntas sobre lo que ya se conoce e indaga si algo más podría agregarse.

La siguiente etapa es la del *juicio o debate oral*. Conforme a las normas procesales, la declaración valedera a los efectos probatorios es la que se produce en el debate (a diferencia de las prestadas en otras instancias). Respecto de los testigos que hayan fallecido o que presenten alguna incapacidad para asistir a declarar, se incorporan sus testimonios, brindados durante la etapa de instrucción por lectura, previa presentación de los certificados correspondientes. Ahora bien, en caso de que esa persona esté viva y en condiciones de declarar, pero igualmente no se presenta, su testimonio no puede ser incorporado a la causa. Esta situación reviste en la actualidad un serio problema porque la mayoría de las víctimas y los familiares ya están cansados de estos procedimientos. Algunos de ellos fueron citados numerosas veces como testigos en causas que no los involucraban en forma directa, y así, durante años, mucha gente pasó repetidas veces por los tribunales para declarar judicial o extrajudicialmente. Asimismo, cuando se trata de personas de avanzada edad que desean dejar asentado su testimonio aunque el juicio aún no haya comenzado, los tribunales han permitido que declaren de manera anticipada, y han implementado la videoconferencia para los testigos que residen fuera del país o viven alejados de la jurisdicción donde se desarrolla el proceso.

Debido al paso del tiempo y a las circunstancias en que los testigos declaran, es posible que durante el debate se produzcan contradicciones. Suele ocurrir que un testigo recuerda haber visto a determinados imputados o víctimas y durante el juicio menciona alguno más. Esto da pie a que la defensa indague sobre ese aspecto. En este sentido, es importante tener presente el formato de los testimonios producidos en los años ochenta y el de los más recientes. Desde el punto de vista de la estrategia penal, en aquellos años se buscaba principalmente identificar a los represores, así como probar que existió un plan sistemático de exterminio. Las víctimas declaraban qué habían visto, quiénes habían sido sus compañeros de cautiverio o quiénes habrían pasado por determinado centro clandestino, así como los apodos de ciertas personas, pero poco decían en relación con su propia condición durante el cautiverio. En general, se referían más que nada a terceras personas. Se decía, por ejemplo: “Yo recuerdo que estaba tal persona, al

lado mío estaba secuestrada tal otra”, o “Me vinieron a secuestrar tal día, a tal hora”.

A lo largo del proceso argentino de búsqueda de la verdad y la justicia (CONADEP, Juicio a las Juntas en 1985, Juicios por la Verdad, juicios en el extranjero y finalmente la reapertura de las causas judiciales a partir de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida) estos testimonios se han ido enriqueciendo. Así, mientras que en los ochenta el objetivo era denunciar las atrocidades, identificar a los responsables, recordar a los compañeros desaparecidos, y no tanto hablar en primera persona sobre los propios padecimientos, los juicios actuales se caracterizan justamente por profundizar en las experiencias de cada una de las víctimas, haciendo a un lado el relato más estructurado para dar lugar, si se quiere, a un concepto ampliado de *tortura*, que contempla todo el padecimiento sufrido desde el momento del secuestro, la vivencia dentro del centro clandestino, la recuperación posterior de la libertad y su repercusión en el entorno. De esta manera, la víctima ha pasado a tener un rol preponderante mediante el relato de los hechos en primera persona, a diferencia de lo que sucedió en el Juicio a las Juntas.

A lo largo de este proceso, los testimonios fueron recabados no sólo en sede judicial sino en distintas instancias. Hubo denuncias en organismos nacionales e internacionales de derechos humanos, como la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) o la CONADEP, que aún los sigue recibiendo. Respecto de estas declaraciones administrativas, se discute acerca de si pueden ser incorporadas al expediente judicial en carácter de declaraciones previas, ya que por el momento sólo son admitidas como prueba documental.

LOS ABOGADOS QUERELLANTES Y LAS ETAPAS EN LA PRODUCCIÓN DEL TESTIMONIO EN EL JUICIO ORAL

La decisión de cómo se construirá la prueba testimonial en el juicio oral guarda relación directa con la estrategia de la querrela y

de la acusación fiscal, tendiente a la obtención de una condena. Podemos pensar esta estrategia dividida en una serie de etapas, que están interrelacionadas:

LA SELECCIÓN

La instancia procesal en la cual los testigos son seleccionados es la del ofrecimiento de prueba. Allí, las partes consignan tanto la prueba testimonial (los testigos) como la documental (el soporte de documentación respecto de los hechos) y, en determinados casos, la pericial.

Uno de los aspectos que los abogados querellantes consideran al momento de ofrecer la prueba en una causa es la consulta con los familiares o sobrevivientes respecto de quiénes podrían ser testigos en el caso. Ellos son la principal fuente de consulta, tanto para definir potenciales testigos como para procurar documentos vinculados con el caso.

El ofrecimiento de prueba reúne, entonces, toda la documentación y los testigos que la sustentan, así como todo lo relacionado con los imputados. Esto implica solicitar la remisión de legajos o reglamentos a las instituciones involucradas, procedimiento que en la práctica ha generado la necesidad de peritar los legajos, porque en numerosos casos se han encontrado adulteraciones.

La prueba documental más genérica consiste en documentos que prueben el funcionamiento de algún centro clandestino, las directivas de las Fuerzas Armadas, la organización de cada fuerza. Dependiendo de qué fuerza armada o de seguridad se trate, puede solicitarse o presentarse algún documento en particular. Luego se ofrecen pruebas específicas sobre cada una de las víctimas, producto de la búsqueda que realizan las partes acusadoras, más la consulta a los familiares y sobrevivientes. Generalmente, se les solicita a los familiares el acceso a las notas y cartas personales a fin de identificar evidencias. Los hábeas corpus presentados también forman parte de la prueba documental.

Por otra parte, en la construcción de la prueba testimonial se les pregunta a los familiares y sobrevivientes quién más podría dar cuenta del hecho investigado. En ciertos casos, durante esa búsqueda

queda han aparecido nuevos testigos, que nunca habían declarado o, si lo habían hecho ya, no se habían referido a ese hecho en particular, ya sea porque no les preguntaron al respecto o porque no se les presentó la oportunidad de testificar. Así, es común que surjan nuevos posibles testigos durante el desarrollo del debate, como ocurrió, por ejemplo, en el juicio por la Masacre de Fátima.² Allí declaró por primera vez, en último lugar, un sobreviviente al que muchos habían hecho referencia durante su relato, por lo que se le solicitó al tribunal –en tanto se trataba de un hecho nuevo y las normas procesales lo permiten– que lo convocara, como una nueva prueba durante el debate. Lo mismo ocurrió en los debates en los que personas desaparecidas eran identificadas por el Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF).

Antes de proponer a una persona como testigo, lo ideal es que los acusadores indaguen si desea colaborar o no. A veces esto se dificulta y, ante la duda, se lo propone igual. A la vez, debe coincidir con la estrategia de la causa. Si existiera un único testigo, que fuera imprescindible, puede buscarse la forma para que este no lo considere una carga.

Una práctica habitual entre los abogados del CELS es siempre consultar a los testigos acerca de si desean declarar o no (aunque, muchas veces, los testigos que además son caso en un juicio son citados, de todas maneras, por las partes acusadoras). En general, no ofrecemos testigos que no quieran declarar y, cuando están dudosos, los ofrecemos para no dejarlos afuera del proceso de inmediato, y en todo caso después procuramos disuadir sus resistencias. Sin embargo, la posibilidad de desistir a un testigo no depende tanto de la querrela sino de una decisión del tribunal, ya que algunos consideran que, una vez ofrecida la prueba, los

² La causa “Masacre de Fátima” fue parte de la investigación de la megacausa que investiga los crímenes cometidos en el marco del I Cuerpo del Ejército en la Capital Federal. Se trata de un episodio en el que se fusiló clandestinamente a un grupo de detenidos políticos en el edificio de la Superintendencia de Seguridad Federal, a cargo de la Policía Federal. El juicio estuvo a cargo del Tribunal Oral Federal 5 de la Capital Federal, sentencia del 08/2008.

testigos son del tribunal. En consecuencia, si alguna defensa se opusiera, el testigo no podría ser desistido. Más allá de estas excepciones, en general se realiza una consulta previa y se explica qué implica declarar, y si el testigo se rehúsa a colaborar, no se ofrece su testimonio como prueba.

El abogado es quien tiene el contacto con el testigo, aunque en causas de la magnitud que adquieren muchas de las que persiguen delitos de lesa humanidad, con centenares de víctimas y decenas de imputados, es imposible abarcar todo el universo de testigos. Un ejemplo es la causa “ESMA”, donde, si bien llamamos a numerosos testigos al momento de ofrecer la prueba, en otras ocasiones los contactamos con posterioridad a esa instancia. Un trabajo exhaustivo se realizó en el juicio conocido como “Vesubio”, en el que los abogados del CELS trabajaron estrechamente con casi todos los testigos.

LA PREPARACIÓN

Parte importante de esta estrategia es la preparación de los testimonios. Pero ¿qué implica preparar al testigo? Implica, por un lado, contenerlo frente a la inusual situación de tener que declarar en un juicio y, por otro lado, conocer a la persona, leer sus declaraciones previas si las hubiera, para que tenga presente lo que dijo.

Parte de la preparación es facilitarle al testigo las declaraciones anteriores, porque muchas veces no conserva una copia, o declaró en los años ochenta y nunca más volvió a leerla. Asimismo, implica anticiparle con qué se va a encontrar en cada caso, en las distintas etapas del proceso. En la instancia de la instrucción es más sencillo porque, como dijimos, se trata de una audiencia privada. Pero en la audiencia de juicio, cuando están presentes no sólo los abogados defensores sino a veces también los imputados, es importante detallar el escenario, aclarar que hay tres jueces, cómo está distribuida la sala, dónde se ubican las partes acusadoras y dónde las defensas. Asimismo, se ensaya el tipo de preguntas que recibirá cuando se presente ante la sede del tribunal (si conoce el listado de imputados y de víctimas, si declaró anteriormente),

y dónde va a estar uno sentado, porque de alguna manera hace referencia a quien lo va a entrevistar. Finalmente, se ayuda al testigo a organizar su relato, ya sea en forma cronológica o temática (en caso de que sea un sobreviviente de un centro clandestino, primero se describe el centro y las condiciones de cautiverio y después, el resto).

Es importante advertirle al testigo que en ningún caso puede mentir ni inventar. El desarrollo de los debates desde 2006 hasta el presente ha demostrado el afán de búsqueda de la verdad, pero bajo ningún concepto ese anhelo puede justificar faltar a la verdad. Es necesario explicarle al testigo que, con la reapertura de las causas, es válido recordar hechos nuevos, hacer nuevas reconstrucciones o testificar que tal persona también era mencionada en tal centro clandestino, donde había estado. Es válido que el testigo, treinta años más tarde, se reúna con el Equipo de Antropología Forense y reconozca aspectos que antes no relacionó. Eso también forma parte de la estrategia en la búsqueda de testimonios.

Es tarea de los abogados dar respuesta a esos posibles “cambios” en los relatos, que tienen que ver con el paso del tiempo, con las circunstancias del relato o el lugar donde se brinda el testimonio, entre muchos otros. En cada uno de los alegatos debemos reiterar que el testigo no está inventando hechos nuevos, sino que los recordó más tarde o los reconstruyó con posterioridad, porque antes no había hecho una denuncia o porque la hizo recién ahora. Por todo esto, la preparación implica advertirle que en ningún caso puede transformar su relato anterior, sino que el nuevo testimonio debe complementar el viejo.

La siguiente cita refleja claramente esta situación:

En relación a la prueba testimonial, existe una regla que surge de la propia experiencia común y de la práctica judicial, que indica que las facultades intelectuales, los hábitos prácticos y la experiencia adquirida por los individuos tienen una influencia directa y notoria en las observaciones que estos puedan haber percibido. Sobre este particular, el intervalo transcurrido entre el acontecimiento y la declaración o las sucesivas declaracio-

nes realizadas por ellos han influido sin lugar a dudas en el tenor de sus deposiciones, aunque en aspectos no esenciales.

[...] Por tal motivo, se comprende que el testigo llamado a declarar mucho tiempo después del suceso pueda combinar la observación real con las creaciones de la imaginación, extremo este que se deberá sortear echando mano de todos los medios que nos permitan lograr una reconstrucción conceptual de los hechos investigados, es decir, contrastar los dichos vertidos por el deponente con el resto del plexo probatorio, testimonial o documental, con el objeto de llegar a la verdad y encontrar el estado de certeza que debe existir en el ánimo del juzgador al momento del dictado de la sentencia. (Tribunal Oral en lo Criminal Federal 1 de Córdoba, causa 40/M/2008)

También advertimos a los testigos que pueden decir “no me acuerdo”, “puede ser” o “no sé”. Así, los abogados tenemos la herramienta –que nos otorga el Código Procesal– para recordarle al testigo sus dichos anteriores. Si el testigo entra en contradicciones, uno puede realizarle preguntas y refrescarle la memoria leyendo sus declaraciones previas. En estos casos, la discusión se centra en si se incorporan o no las declaraciones recabadas en sedes administrativas.

Otro aspecto es informarles quiénes pueden formular preguntas y, sobre todo, quién comienza el interrogatorio. En este sentido, generalmente lo hace la parte acusadora, la fiscalía o la querrela según quién haya citado al testigo. Siempre advertimos a los testigos que no deben preocuparse por recordar fechas, nombres o direcciones, pasados ya treinta años de los hechos, justamente porque uno tiene la posibilidad de leer sus declaraciones previas.

En relación con la estructura del relato, el testigo siempre tiene que sentirse cómodo al respecto; por lo tanto, quizás prefiera hacerlo cronológico o tal vez le resulte más fácil recordar los nombres. Muchas veces esto último es traumático, porque se conocen sólo los apodos o porque temen olvidarse de alguno. El abogado

debe tener siempre presente la necesidad de abarcar todos los hechos posibles y que el nerviosismo en ocasiones puede desembocar en olvidos. En una charla previa con el testigo, se le consulta sobre el orden que quiere asignar a los hechos, si prefiere que le pregunten o no, y otros detalles sobre su exposición.

El trabajo terapéutico durante la preparación de los testigos también es muy importante. Los testigos deben sentirse contenidos y acompañados, tanto en los momentos previos como durante y luego de la declaración. Muchas veces necesitan ensayar su declaración, cómo van a expresarse, qué van a decir, frente a quién. En todo este trabajo interdisciplinario fundamental, el CELS ha estado siempre a la vanguardia, sobre todo a partir del juicio por la causa “Simón”, profundizando esa interacción entre lo terapéutico y lo legal.

De esta manera, los testigos empezaron a reconocer en el CELS un espacio donde es posible conversar desde lo que deben decir hasta cómo se sienten y qué les genera presentarse a declarar. Esto es central y extremadamente necesario, sobre todo porque para el tribunal se trata tan sólo de un testigo más, en un juicio más. No existe capacitación para el trabajo con testigos de crímenes tan graves, que, como vimos, en gran medida también son las víctimas. Para el testigo, encontrar un espacio donde es escuchado y donde se comprendan sus sentimientos –lo que implica ir a declarar después de treinta años y recordar a sus compañeros– es una manera de no ser victimizado otra vez. Además, puede compartir con otros una sensación parecida, escucharse entre ellos, convocar a gente que nunca haya declarado.

Ahora bien, en ocasiones la preparación no funciona, y los testigos son cuestionados en algunas sentencias porque, en el afán de colaborar con la justicia, se excedieron en el relato o en el detalle de sus descripciones. Sin embargo, considero que en general las sentencias ponderan el valor de los testimonios.

LA CITACIÓN

El proceso de citar a un testigo depende mucho del tribunal, y ha mejorado en los últimos tiempos. Después de la desaparición de

Jorge Julio López³ y los programas de protección al testigo, se solicitó a los tribunales que tuvieran especial cuidado en el momento de convocar a una persona. En ocasiones, hemos solicitado que figure la dirección del CELS como domicilio de citación de los testigos, con el objetivo de preservar sus datos personales.

Luego, los tribunales confeccionan expedientes, que son reservados y a los que supuestamente sólo puede tener acceso el personal del tribunal, y no cualquiera de las partes. Para ello, solicitan sus datos personales –como el teléfono– a las partes que ofrecen los testigos, de modo de poder contactarlos. Y cuando los testigos son convocados al estrado, los jueces omiten preguntar datos personales sensibles.

En mi opinión, considero que hay un déficit en la forma en que el tribunal cita a los testigos, aun habiendo transcurrido varios años ya de juicio. Los tribunales todavía se acercan a los testigos de manera muy poco amigable, si bien durante 2010 esto ha mejorado muchísimo.

En la práctica, algunos tribunales conforman una lista de testigos una vez que todos han sido convocados; de esa manera se aseguran de que están todos confirmados y el orden en que serán citados. Otros preparan una lista provisoria y van citando a los testigos; de acuerdo con las respuestas, la van modificando, lo cual desencadenó una discusión respecto de si era conveniente hacer públicos los listados de testigos.

La forma habitual de citación continúa siendo la siguiente: el tribunal contacta al testigo y lo convoca a declarar. Para ello, nosotros facilitamos sus datos personales, sabiendo que serán guardados en un expediente reservado.

³ Jorge Julio López fue un testigo del primer juicio que se celebró en la ciudad de La Plata, contra el ex comisario Miguel Etchecolatz. Desapareció el 18 de septiembre de 2006, cuando se dirigía a presenciar los alegatos en contra del ex represor. Su desaparición aún no ha sido esclarecida, y la investigación adolece de serias deficiencias. No obstante, existe consenso en cuanto a interpretar este hecho como un intento, en los inicios del proceso de justicia, de amedrentar tanto a los testigos como al resto de los involucrados con el “Proceso”.

EL ROL DE LOS DISTINTOS TIPOS DE TESTIGOS:**EL TESTIGO NECESARIO**

La declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejen rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios. En la especie, la manera clandestina en que se encaró la represión, la deliberada destrucción de documentos y de huellas, el anonimato en que procuraron escudarse sus autores, avala el aserto. No debe extrañar, entonces, que la mayoría de quienes actuaron como órganos de prueba revistan la calidad de parientes o de víctimas. Son testigos necesarios. (*Fallos* 309: 319)

Este pronunciamiento de la Cámara Federal en la sentencia de la causa 13/84 resume la valoración que este proceso penal tiene del testimonio. No obstante, a medida que avanza el proceso de justicia, el criterio sobre lo que se considera *testigo necesario* se ha ido modificando.

En el marco del primer juicio desde la reapertura de las causas,⁴ los testigos eran mayoritariamente sobrevivientes o familiares, y a pesar de que se trataba de un juicio relativamente reducido –por dos hechos de privación ilegal de la libertad y la apropiación de una menor– hubo alrededor de sesenta testigos.

En el ofrecimiento de prueba de la causa conocida como “Jefes de Área”⁵ los testimonios fueron muchos más: se ofreció desde el vecino que vio y supo que enfrente había habido un tiroteo, hasta sobrevivientes de centros clandestinos de la Capital Federal. Vale aclarar que se trató de una causa particular, ya que la mayoría de

las víctimas no habían sido vistas en ningún centro clandestino por ningún sobreviviente. Esto “amplió” la concepción de testigo necesario a testigos más de contexto.

Ahora bien, en la actualidad hemos avanzado a un punto en que entendemos que sólo deberían ser citados a declarar sobrevivientes que sean efectivamente casos en cada juicio, o aquellos que pudieran relatar episodios que resultan complejos por cuanto las víctimas fueron vistas por pocas personas o porque estuvieron muy poco tiempo en un centro clandestino. En el caso “ESMA”, algunos detenidos estuvieron una o dos semanas y quizás los vieron dos personas. Entonces, es importante convocar a esas dos personas porque son las únicas que pueden aportar referencias al caso, y no a otros sobrevivientes de ese mismo centro al solo efecto de “ilustrar” la vida en dicho campo.

También pueden citarse testigos del secuestro, pero sin excederse en más de dos, para no sobrecargar el tema. Por ejemplo, los testigos podrían ser el encargado del edificio (muchas veces los represores tocaban la portería y obligaban al portero a llevarlo a los departamentos) o el vecino del departamento de enfrente que vio el operativo y sabe que “vinieron siete personas” y que “tiraron la puerta abajo”. Lamentablemente, muchos de ellos han fallecido. En cambio, no tendría mucho sentido que declarara la persona que concurrió al domicilio de la víctima cuarenta y ocho horas después de ocurrido el hecho y que encontró la casa revuelta, porque a los efectos de la privación ilegal de la libertad no podría aportar nada sobre los posibles responsables. Si aún vivieran la madre o el padre de la víctima, o las personas que realizaron las denuncias posteriores, serían testigos ideales. Pero muchas veces se trata de gente muy mayor; entonces se ofrecen los hermanos como testigos, porque pueden relatar lo que hicieron sus padres. Aunque quizás estos estaban fuera del país o eran aún muy chicos al momento del secuestro. En todos los casos, la selección de los testigos suficientes para probar el hecho dinamiza el transcurso del debate, pero en los casos en que no existe una adecuada selección suele extenderse en el tiempo innecesariamente.

Otra cuestión es la fragmentación de las causas. En muchos casos, estas se encuentran organizadas como megacausas que

⁴ Causa “Simón”, Tribunal Oral Federal 5 de la Capital Federal, causas 1056 y 1207, sentencia del 04/08/2006.

⁵ Tribunal Oral Federal 5 de la Capital Federal, causas 1261 y 1268, sentencia del 10/12/2009.

acumulan gran cantidad de víctimas e imputados, y justamente por su gran magnitud son subdivididas para llegar a juicio. Esto ha provocado que algunos sobrevivientes fueran citados como testigos y no como víctimas-objeto del juicio. Esto implica convocar a un sobreviviente para que relate su cautiverio pura y exclusivamente a fin de probar el cautiverio de otra persona. Habría que evaluar si esto es conveniente, sabiendo que habrá una segunda o tercera instancia de juicio por otros hechos contra los mismos imputados.

Todo esto ocasionó que, desde la reapertura de los procesos, cuando todavía no había una estrategia definida de persecución penal, los testigos tuvieran que desfilar por los tribunales hasta diez o quince veces para declarar, sin que se investigara aún su propio caso. Así, concurrían a declarar en relación con el cautiverio de otras personas, pero nunca para referirse al momento en que ellos mismos habían sido secuestrados y liberados, y cuáles habían sido sus padecimientos aunque, al momento de declarar, se les pregunte si estuvieron secuestrados y en qué fecha. En estos casos, debemos buscar la manera de no convocarlos o, en su defecto, desistirlos.

Uno de los desafíos como parte del trabajo de selección y producción de la prueba testimonial es buscar testigos para aquellos casos que no fueron vistos en algún centro clandestino. Esto se hizo sobre todo en el marco de causas por delitos cometidos en zonas del Gran Buenos Aires o fuera de la Capital, y consistió en ir literalmente “al barrio” y hablar con los vecinos. Así ocurrió con el juicio a Luis Abelardo Patti, en el marco de la causa “Campo de Mayo”: se realizaron visitas a Escobar para conversar con los vecinos acerca de cómo se vivía allí en la época de la represión. Este trabajo lo hacen los abogados o el grupo que rodea a la querrela, para conseguir datos en relación con casos que tienen relativamente poca prueba. En los lugares pequeños y donde los hechos fueron resonantes, un testigo de contexto cobra una gran relevancia.

Otra práctica que se incorporó tras la reapertura del proceso, y utilizando las reglas del Código Procesal, es la posibilidad de citar anticipadamente a declarar a gente de edad avanzada o de-

licada de salud. Esto surgió a raíz de la reiteración de testimonios en distintas causas y por los juicios que se sabe de antemano que comenzarán más adelante. El tribunal, entonces, convoca a las partes, se reúne, la persona declara y esa declaración sirve para que más adelante se evalúe y se tome como válida.

También se está evaluando incorporar las declaraciones anticipadas en las causas que tienen identidad de hechos pero debates separados. En esos casos, se convoca al testigo al primer juicio y se convoca a todas las partes (acusación y defensa) de ambos juicios, a fin de que declare una sola vez.

ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERSIALES VINCULADOS AL TESTIMONIO. LA CUESTIÓN DE LA MILITANCIA Y LA COLABORACIÓN DE LOS PERPETRADORES

TESTIGOS, VÍCTIMAS Y MILITANTES

Durante el Juicio a las Juntas, según el relato de los testigos citados a declarar, la fiscalía les advirtió que no hicieran mención a su militancia política. Esto probablemente haya tenido que ver, por un lado, con el momento histórico: recién comenzaba la democracia, no había aún pruebas de su sustentabilidad en el tiempo, y la amenaza militar se presentaba como una posibilidad. Por otro lado, y más en relación con la estrategia de la acusación en el juicio, probablemente tuvo que ver con la utilización de la defensa de la “teoría de los dos demonios”. En ese sentido, la referencia a la militancia política podría haber sido objeto de ataque por parte de la defensa y de alguna manera se trató de evitar, aunque con un claro ocultamiento de la identidad de las víctimas.

Actualmente, en el nuevo proceso de justicia, conviven dos posturas bien diferenciadas. Mientras que algunos siguen pensando que es mejor no decir nada sobre su militancia, otros desean reivindicarla. A los efectos del proceso penal, no hay diferencia. Jurisprudencialmente, existe el hecho de que los crímenes cometidos por la guerrilla o por los distintos grupos

armados no son crímenes de lesa humanidad. No obstante, vale mencionar que se han abierto algunas causas en el interior del país, así como que han existido dictámenes de algunos fiscales tendientes a sondear la posibilidad de enjuiciar crímenes de los grupos armados en la Argentina. En este sentido, mientras que hay grupos que buscan de alguna manera destacar su actuación política en los años setenta, existe aún un sector de los sobrevivientes e incluso de los familiares de víctimas que no puede dejar de considerarlo peligroso. En todo caso, si bien hay avances jurisprudenciales que ya casi no se discuten sobre prescripción, cosa juzgada, y sobre la definición misma de *crimen de lesa humanidad*, podría ser “peligroso” reflatar estas cuestiones en el sentido de que cualquier planteo de la defensa demoraría los juicios, al desviarse del objeto procesal y comenzar a discutir sobre si el asesinato cometido por un grupo armado puede ser también considerado un crimen de lesa humanidad.

En los juicios actuales, la defensa privada, sobre todo, intenta estas estrategias, preguntando sobre la portación de armas o la pertenencia a tal o cual grupo “guerrillero”. Frente a esa situación, los abogados siempre advertimos a los testigos que son preguntas que exceden el objeto procesal de la causa y que ellos no tienen obligación de contestar. Generalmente, la fiscalía o las querellas objetan ese tipo de preguntas porque exceden el marco de la causa.

En el primer juicio, en la causa “Simón”, se planteaba esta cuestión de contar si las víctimas habían sido militantes. Algunos familiares quisieron relatar la militancia de los desaparecidos, y otros sólo mencionaron que “hacían trabajo de base” o que “iban a las villas”. Sin embargo, quienes deseen reivindicar su militancia también tienen un rol importante dentro del desarrollo actual de los juicios. Así, algunos dicen a viva voz que eran militantes montoneros mientras que otros lo disfrazan, hablando de su activismo barrial o universitario.

LA COLABORACIÓN DE PERPETRADORES EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS CRÍMENES DEL TERRORISMO DE ESTADO⁶

En este apartado analizamos las modalidades que adoptó la colaboración de personas que tuvieron algún grado de participación en los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar, con la posterior investigación judicial de esos delitos. A partir de una cronología, desde la dictadura hasta la actualidad, se detallan las distintas instancias de colaboración. Al mismo tiempo, los diferentes debates ético-políticos planteados por el movimiento de derechos humanos respecto de la atribución de responsabilidad a los colaboradores permiten analizar la figura del arrepentido y su rol en la producción de evidencia para acceder a la verdad –en épocas de impunidad–, y para aportar pruebas concretas una vez habilitada la persecución penal de esos crímenes.

La colaboración de los responsables durante la transición.

Las denuncias ante la CONADEP y el Juicio a las Juntas

En la etapa de la transición democrática, la cuestión de la colaboración de aquellos que habían participado en los delitos se manifestó durante el funcionamiento de la CONADEP. Varias personas se acercaron a brindar información y otros lo hicieron a través de los medios periodísticos, pero ninguno recurrió al sistema de justicia.

Entre los que se presentaron en la CONADEP figuraban ex detenidos por haber cometido delitos comunes o sancionados por sus propias fuerzas por haber tenido una actitud reticente con la represión. Sin embargo, no fue una cuestión sistemática, y desde el Estado tampoco se implementó una política destinada a promover esas actitudes. La recepción de este tipo de denuncias en la CONADEP se realizó con mucha cautela; se tomaban los testi-

⁶ Este apartado está basado en una entrevista realizada por la autora al presidente del CELS, Horacio Verbitsky. La edición estuvo a cargo de Lorena Balardini y Alejandro San Cristóbal, también miembros de la institución.

monios y posteriormente se intentaba verificarlos con otros datos recogidos.

A principios de la década de 1980, el gendarme Antonio Cruz brindó testimonio en el Servicio Paz y Justicia (SERPAJ); su relato era consistente, creíble. Pero él no entraba en la categoría de arrepentido, porque sólo había presenciado los hechos. Su jerarquía era mínima y no tenía posibilidad de impedir los hechos ni de denunciarlos durante la dictadura, por lo que lo hizo en cuanto terminó el período de facto. Luego, también sería testigo en el juicio contra Antonio Bussi en Tucumán, donde le tocó presenciar algunas ejecuciones en las que había participado el ex interventor de la provincia.

En el Juicio a las Juntas existieron varias declaraciones con características similares. Entre ellas, las del gendarme Omar Torres, el sargento Armando Luchina y el capitán de fragata Jorge Búsico. El testimonio de este último, fallecido en 1998, fue clave porque declaró haber visto personas encapuchadas y haber recibido directivas de actuar ocultando su nombre, a lo que él se opuso.

Cabe destacar que nadie que hubiera cuestionado desde adentro el accionar de las Fuerzas Armadas fue castigado. Búsico, por ejemplo, no fue ascendido, pero por estar divorciado; perdió así la carrera y debió retirarse, sin sufrir represalias.

Otro ejemplo de que existía cierto margen de cuestionamiento dentro de las fuerzas es el caso de los “Treinta y Tres Orientales”.⁷ Varios de ellos afirmaron haber estado atemorizados, pero ninguno sufrió represalias. Fueron marginados, sus carreras se estancaron, fueron tratados de cobardes o infiltrados por sus compañeros, pero a ninguno lo secuestraron ni torturaron.

Lo relevante en estos casos es que nunca existió una estrategia desde el Estado para promover ese tipo de conductas. Incluso, cuando existieron acercamientos por parte de integrantes de las

⁷ Grupo de treinta y tres militares que se negó a cumplir órdenes ilegales impartidas por sus superiores. Entre 1979 y 1980, el Ejército les negó el ascenso o los pasó a retiro por considerar que no compartían “la filosofía y el sentir institucional del Ejército, lo que ha lesionado decididamente su prestigio y concepto ambiente”.

Fuerzas Armadas con la intención de colaborar en las investigaciones, fueron rechazados.

Los testimonios en épocas de impunidad.

El caso “Scilingo”

Luego de la sanción de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, el ex capitán de corbeta Adolfo Scilingo concurrió a denunciar lo que sabía a la fiscalía de la Cámara Federal:

“No digo que necesito confesarme ante la opinión pública o justificarme. De ninguna manera. Quiero sacarme de adentro algo que hice y que mis superiores me han hecho pensar que era algo malo”.

Lo atendió Luis Moreno Ocampo, quien había sido el acusador de Videla, Massera, Pernías y Astiz, y luego había dictaminado en favor de la constitucionalidad de los indultos. “Fui a hablar con él porque necesitaba entender por qué esto no salía a la luz de forma definitiva. Moreno Ocampo estaba tendido en un gran sillón de cuero con los pies sobre la mesita. Me atendió muy bien, pero no daba para más. Acá pasa algo que tal vez sea difícil entender para muchos. Pero la realidad es que este tema no sé si es tabú o se quiere olvidar”. Contó su historia y mostró la documentación. Dice que Moreno Ocampo lo escuchó y le sugirió que viera a un editor. “Me pareció que estaba en otra cosa”.

El ex fiscal recuerda la entrevista de otro modo. “Vino con la mujer. Primero dijo que sólo había llevado a algunos detenidos a marcar compañeros por la calle. Pero después contó que también intervino en un secuestro. Y cuando le tocó participar en un vuelo, descubrió que el hombre que él había secuestrado estaba a bordo del avión. Pese a la inyección ese prisionero se despertó, semiinconsciente se resistió a ser tirado y casi lo arrastró al vacío. Después de la Obediencia Debida y del indulto no había posibilidad de abrir una investigación judicial. Me

pidió que lo pusiera en contacto con la revista *Somos*, pero preferí no meterme. Tenía motivaciones muy cruzadas: el recuerdo le impedía dormir, la Armada lo estaba sumariando por algo que había hecho y además quería plata por contar su historia”.⁸

El caso de Scilingo aparece como una experiencia espontánea y anecdótica. En ese momento había surgido la polémica por los ascensos de los tenientes de la Armada Antonio Pernías y Juan Carlos Rolón, ex miembros de la unidad de tareas que condujo la represión clandestina en la Escuela de Mecánica de la Armada. Menem negó haber pedido sus ascensos, y se podía suponer que, a partir de ahí, el pacto de silencio se quebraría. Después de la firma de los últimos indultos en 1990, el tema aparentaba estar terminado desde el punto de vista penal y se suponía que los arrepentidos podían comenzar a hablar sobre los delitos cometidos durante el terrorismo de Estado sin temor a ser sancionados. Sin embargo, la práctica argentina demostró lo contrario. Los aportes han sido mayores en los procesos penales que en los períodos de impunidad.

Lo que ocurrió con Scilingo fue un emergente de la búsqueda de la verdad. Se trata de una persona que no soportó más la culpa y el silencio. Pero, sobre todo, este caso fue consecuencia del método cobarde y miserable de represión clandestina que, por un lado, garantizaba impunidad a las personas pero, por otro lado, comprometía al conjunto de las instituciones.

Luego de sus declaraciones, Scilingo comenzó a ser perseguido. Le ofrecieron dinero para silenciarlo, lo amenazaron y finalmente le inventaron una causa y lo encarcelaron durante dos años.⁹

⁸ Horacio Verbitsky, ob. cit., pp. 72-73.

⁹ Más tarde, el comisario que lo había detenido, Raúl Rolando Machuca, sería exonerado y el juez responsable, Miguel Osvaldo Solimine, sería destituido en juicio político. Este tipo de operativos falsos eran una práctica común que utilizaban para extorsionar comerciantes. Si no les pagaban, cualquier irregularidad era utilizada para procesarlos. Véanse *Página/12*, “Uno menos. El jurado de enjuiciamiento de

Cuando recuperó la libertad, comenzó a recibir nuevas amenazas; un día lo secuestraron en un auto cerca de Congreso, y con un cortaplumas le grabaron en la frente una “V”, en alusión a Verbitsky. Después de este hecho decidió viajar a España, a pesar de que se lo habían desaconsejado. Scilingo estaba convencido de que el juez Baltasar Garzón le otorgaría el estatus de testigo protegido, pero él no era un testigo, sino que había sido partícipe en los delitos de lesa humanidad. No obstante, en la Argentina su situación también era insostenible: no le pagaban el retiro y no trabajaba, era una persona pública y notoria pero no tenía medios de vida.

Uno podría preguntarse qué tipo de motivaciones morales o políticas impulsaron a Scilingo a declarar. El sentimiento de culpa podría ser la explicación más adecuada. El motor pudo haber sido su necesidad de ser castigado para recuperar su autoestima, su “humanidad”. Todo eso encubierto con un planteo inicial: ¿cómo podía ser que, si todos habían hecho lo mismo, a unos los castigaban y a otros no, a unos los ascendían y a otros no? Así, Adolfo Arduino, el superior que ordenó a Scilingo realizar el “vuelo de la muerte”, llegó a vicealmirante. En cambio, Rolón y Pernías perdieron la carrera. Un planteo casi gremial, con el sentimiento de haber sido abandonado por quienes lo habían impulsado a cometer crímenes aberrantes.

La reacción del movimiento de derechos humanos

Frente a la confesión de Scilingo, al movimiento de derechos humanos se le plantearon dilemas morales y políticos, y las posiciones se polarizaron. Hubo organismos, como el CELS, Abuelas de Plaza de Mayo y Madres de Plaza de Mayo-Línea Fundadora, que se acercaron a Scilingo para obtener más información. Además, él estaba obsesionado por saber quiénes habían sido las personas

magistrados suspendió al juez Miguel Osvaldo Solimine”, 19/11/97, y <<http://www.lanacion.com.ar/91401-el-juez-solimine-fue-destituido-por-un-jurado-de-enjuiciamiento>>.

que había matado. Entonces visitó las sedes de los distintos organismos, pidió fotos e intentó averiguar cuanto pudo con respecto a sus víctimas.

Por otro lado, hubo víctimas y organismos que rechazaron absolutamente el diálogo con quienes habían sido partícipes de los crímenes. En lugar de comprender que las declaraciones de Scilingo constituían la legitimación de todo lo que ellos habían denunciado durante años, se sintieron ofendidos por la actitud de quienes tomaban en cuenta el testimonio de un represor.

La disuasión

En España, Scilingo fue detenido por el juez Garzón cuando se presentó a declarar. Garzón organizó la entrevista de una manera muy inteligente: primero lo interrogó sobre el funcionamiento de todo el sistema represivo y luego le preguntó sobre el papel que él había jugado en ese entramado. Cuando narró los vuelos en los que había participado, ordenó su detención. Scilingo permaneció dos años encarcelado sin condena, por lo que el tribunal de apelaciones decidió que debía ser puesto en libertad.

Scilingo fue liberado pero se le retiró el pasaporte y se le impidió cruzar los límites de la ciudad de Madrid. Estaba totalmente solo, no tenía dinero, sus camaradas lo repudiaban por traidor y los organismos, por asesino. Durante un tiempo vivió de la caridad de un sacerdote, hasta que en 1998 el abogado del dictador chileno Augusto Pinochet, Fernando Pamos de la Hoz, se hizo cargo de su defensa.

El vuelo apareció en marzo de 1995 y en abril, el jefe del Ejército, Martín Balza, se apresuró a hacer una autocrítica televisiva para evitar que se presentaran otros arrepentidos. Balza pidió que quienes tuvieran elementos de prueba de delitos cometidos durante la dictadura, los aportaran; sin embargo, nadie se presentó.

El juicio en España otorgó gran legitimidad a los planteos realizados desde los organismos de derechos humanos. Así como la confesión de Scilingo legitimó el relato de los detenidos-desaparecidos, el hecho de que un país del “primer mundo” considerara esos crímenes como de lesa humanidad e imprescripti-

bles tuvo también una enorme gravitación. Pero no fue disuasivo para que otros hablaran. Lo que interrumpió la posible cadena de confesiones fue la respuesta del Estado, que, en lugar de proteger a Scilingo y ampararlo por haber brindado datos relevantes, lo trató como a un delincuente.

Frente a alguien que rompe semejante pacto de silencio, el Estado debería haberlo protegido, acompañado, valorado. Lo que hizo, en cambio, fue denunciarlo, acosarlo, insultarlo, inventarle una causa y detenerlo. El presidente Carlos Menem lo trató de estafador, a lo que el sociólogo polaco Zygmunt Bauman replicó: “¿Qué esperaba el señor presidente, que esta persona tirara treinta personas al mar y después fuera un ciudadano modelo que cultiva su jardín?”.

El nuevo proceso de justicia y las cuestiones ético-políticas de la colaboración.

El monto de la pena

La reapertura del proceso de justicia ha planteado nuevos interrogantes. Entre ellos, la posibilidad de reducir la pena impuesta ante la colaboración del imputado. Un caso resonante al respecto ocurrió en el primer juicio en Rosario, con el ex agente de inteligencia del Ejército Eduardo Constanzo. Algunas querellas evaluaron la posibilidad de pedir una pena menor a los veinticinco años por haber aportado una gran cantidad de datos a la investigación. Surgió entonces el interrogante de si era viable esa alternativa.

Esta podría ser una herramienta legítima, siempre que no implique impunidad. Debería legislarse muy claramente el grado de utilidad de la información que se obtenga, a efectos de considerar una reducción de la pena. En el caso de los arrepentidos del narcotráfico, por ejemplo, está legislado. Además, no sería cualquier información, sino datos que permitan identificar a superiores implicados.

Las formas de reconocimiento a la cooperación, tanto sea aplicando las escalas penales vigentes como mediante una reforma procesal que incluya las bonificaciones por cooperación, son

válidas siempre que se apliquen con cuidado, de modo que no entrañen desviaciones como las que se vieron en Sudáfrica, que implicaron una amnistía encubierta.

El modelo sudafricano, que consiste en el canje de verdad por impunidad, es inmoral. En ese caso, el mecanismo no consiste en reducirle la pena a alguien que colabora para el esclarecimiento de un crimen que otro cometió, sino por un crimen que él mismo cometió. En ese caso, desaparece una dimensión fundamental del juicio penal: el castigo. Las víctimas sudafricanas han tenido que soportar que un policía, parapolicía o militar describiera detalles sobre la destrucción física y moral de un familiar y que luego esa persona quedara en libertad. Este mecanismo es mucho peor que la mera impunidad, ya que se transforma en una nueva ofensa para la víctima.

En Chile rige el sistema de prescripción e individuación de la pena. Se condena a un imputado por crímenes de lesa humanidad a siete años de cárcel. Esto en la Argentina es inconcebible; la pena mínima es de veinticinco años.

Una lección que puede dejar el proceso argentino es que estas situaciones no son estáticas. Hay que permanecer siempre muy atentos a las posibilidades y herramientas que surgen en los distintos momentos históricos. Esa es una gran lección que dejó Emilio Mignone. Cada vez que se cerraba una vía de acción, Mignone buscaba abrir otra. Así, a fines de la década de 1990 comenzó, no sin ser objeto de fuertes críticas, con los llamados Juicios por la Verdad. Sin embargo, tiempo después, y en parte como resultado de ese proceso, el escenario se modificó. Cambiaron las relaciones de fuerza, mutaron las percepciones sociales y se modificó la relación entre el proceso judicial y el proceso social. Sin conciencia social y sin reclamos y activismo, la situación no se altera y las leyes permanecen dormidas.

La disposición a escuchar a los arrepentidos ha sido lo más valioso para el proceso de justicia: la búsqueda de la verdad. En muchas oportunidades uno tiene la sensación de que algunas organizaciones con planteos maximalistas sólo logran obstruir el camino a la verdad. Si el objetivo es la verdad, ¿cómo negarse a escuchar a alguien que ha estado allí y tiene cosas para contar?

Estar dispuestos a escuchar es lo más valioso. Y esto vale tanto para el tema de la colaboración como para la cuestión de las exhumaciones. Lo más cuestionable es no saber escuchar. No querer escuchar. Taparse los oídos.

CONCLUSIONES

El mayor desafío para los actores en el proceso de justicia es trabajar lo mejor posible, con la mayor cantidad de testigos y de pruebas que puedan incorporarse. Sobre la base de la doctrina penal, y ante el convencimiento de la responsabilidad de los acusados, se debe buscar la mejor condena, y que esta perdure en el tiempo. Que sea lo suficientemente sostenible en el tiempo porque la prueba es suficiente, porque los testigos son veraces, porque las imputaciones están bien hechas.

En esa búsqueda de una sentencia condenatoria, se debe trabajar con los testigos, buscar una prueba razonable, ser coherentes al momento de ofrecerla. El trabajo del abogado abarca desde la instrucción hasta el juicio. Durante el juicio debe ser racional, ponerse a disposición de los familiares, explicarles que más allá de que sean querellantes o no –algo que para algunos familiares es muy importante– los casos van a estar representados por el Ministerio Público o por las representaciones colectivas. Si hubiera información que quisieran agregar, deben saber que pueden recurrir a las partes acusadoras para acelerar el proceso.

Más allá de lo procesal, existe también un trabajo terapéutico. El relato del testigo, tan cargado desde lo emocional, debe probar los hechos, y este es un gran desafío.

El trabajo con los testimonios implica considerar tanto el paso del tiempo como el momento traumático de tener que declarar ante un tribunal. Es cierto que a esta altura del avance del proceso de justicia son pocos los casos que declaran por primera vez; sin embargo es un aspecto fundamental en lo que definimos como la instancia de preparación. Como hemos visto, la declaración ante un tribunal tiene algunas particularidades que la distinguen de la

deposición en instrucción. Se trata de “decir nada más que la verdad” frente al tribunal, al público, a los defensores, a veces frente a los imputados; generalmente esto no sucede en la instrucción, donde a lo sumo está presente el abogado defensor.

Hoy podemos reconocer de manera diferenciada al menos dos instancias en cuanto a la construcción de los testimonios. Porque hubo un “sin nombre”, un recordar a otro, a los que no están y a los represores, y hay un ahora en que el sobreviviente comienza a hablar de su propio caso. Temas que habían sido dejados de lado o radicados en la esfera privada, como la violación sexual, comienzan a salir a la luz, y hoy por hoy hasta se debate si tiene sentido que se denuncie, por ejemplo, la violación de una persona que se encuentra desaparecida.

Otra de las cuestiones que debe quedar clara es quiénes son testigos. En este sentido es importante considerar que toda persona que haya pasado por un centro clandestino es un testigo. La discusión sobre las posibles “colaboraciones” con el régimen no debe debilitar el proceso en curso. En el mismo sentido pueden pensarse las consideraciones que hemos vertido en relación con la confesión de los responsables de los crímenes. Entendemos que existe aún un debate pendiente en el proceso argentino respecto de la valoración de esos testimonios como prueba y la posibilidad de alentar a otros partícipes –aunque no necesariamente responsables– de los hechos a revelar la verdad de lo ocurrido durante la represión.

Consideramos que la idea central que debe guiar a los actores del proceso de justicia es ganar el juicio penal, y para ganarlo se deben probar los hechos. Si en ese camino el abogado considera que determinado testigo es funcional, aun cuando otros sobrevivientes no lo consideren del mismo modo, entonces constituye un testigo necesario.

Para resumir, si del valor de la prueba testimonial se trata, y cuando esta se encuentra rodeada de determinadas características a las que aludiéramos (espontaneidad, ausencia de intereses particulares, persistencia, estabilidad y verosimilitud), y si además tal prueba se alcanza a con-

jugar con otra prueba de diversa naturaleza –documental o indiciaria–, merece afirmarse que en tales casos *el testigo juzga*. (Tribunal Oral en lo Criminal Federal 1 de San Martín, sentencia en las causas 2023, 2034 y 2043, 18/05/2010)

Limitaciones al acceso a cargos públicos para implicados en crímenes de lesa humanidad

La experiencia argentina

Diego R. Morales

INTRODUCCIÓN

Una importante cantidad de países de América Latina discute en la actualidad la calidad de su democracia en vinculación con las graves violaciones a los derechos humanos que ocurrieron en el pasado. Los distintos tipos de conflictos sufridos, el tiempo transcurrido desde su finalización y las diferencias en los procesos para confrontar los crímenes determinan particularidades bien marcadas dentro de esa preocupación común.

En los países del Cono Sur, la mayor controversia gira en torno al juzgamiento penal de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, como torturas, asesinatos, desaparición forzada de personas, violencia sexual y contra las mujeres, apropiación de menores u otros delitos conexos, como el robo de bienes. Estos países coinciden en haber padecido modelos semejantes de golpes de Estado militares o cívico-militares que derrocaron a gobiernos electos¹ y que planificaron y llevaron a cabo de manera sistemática crímenes de lesa humanidad (con las diferencias lógicas en uno u otro caso, que sin duda han tenido repercusión en las posibilidades de los procesos políticos posteriores). En todos ellos, también, las dictaduras finalizaron con el sufragio y la apertura democrática, aunque con marcadas diferencias en temas

¹ Algunas experiencias son muy diferentes en cuanto al sistema político que llevó adelante los crímenes y el período que implicó, como por ejemplo lo que en México se denomina “crímenes del régimen”, o el tipo de conflicto, como los enfrentamientos armados en El Salvador.

como la inclusión de los partidos políticos en la transición, los actores sociales y las víctimas o la condicionalidad del nuevo sistema.

En la Argentina, el golpe de Estado derrocó al gobierno constitucional en marzo de 1976, y el retorno a la democracia en diciembre de 1983 abrió una serie de discusiones institucionales propias de los procesos de transición: ¿cómo abordar los crímenes previos? ¿Hasta dónde y cómo extender las responsabilidades penales, políticas y administrativas? ¿Cómo reconstruir las instituciones y qué continuidad dar a las existentes?²

Muchos de estos debates no han sido clausurados aún y continúan en la actualidad. Entre ellos, la permanencia en instituciones públicas de personas vinculadas a los crímenes del terrorismo de Estado.

Aunque la prioridad en la primera etapa de la democracia fueron las Fuerzas Armadas y de seguridad, debido a la necesidad de subordinarlas al poder civil, muchas instituciones fueron objeto de decisiones políticas. El gobierno electo, las distintas corporaciones, los partidos políticos, los organismos de derechos humanos, entre otros, disputaron las medidas a adoptar para poner en marcha instituciones de carácter democrático. Las impugnaciones u observaciones a personas acusadas de responsabilidad en los crímenes de la dictadura (procedimientos de *lustration*,³ en un vocabulario internacional) han sido constantes desde entonces y se vinculan con este debate por la democratización.

2 Véanse José Zalaquett Daher y Cynthia Arnson, *Comparative peace processes in Latin America*, Woodrow Wilson Center Press-Stanford University Press, Washington, D.C., 1999; L. Filippini y L. Magarell, “Institución y contexto político”, en *Entre el perdón y el pardo. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2005, entre otros.

3 “Esta clase de inhabilitación política, que tiene origen en el vocablo latino *lustratio*, en inglés se denomina *lustration* y significa ‘purificar por medio de un sacrificio ritual’. Este concepto, aplicado al ámbito público, puede traducirse en el de ‘limpieza política’, es decir que alude a la exclusión y a la purga del gobierno de los agentes del sistema represivo y autoritario del que se está saliendo” (M. Maxit, “El caso ‘Patti’ y el desafío de asumirnos como una sociedad democrática transicional”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 7, n° 2, noviembre de 2006, p. 169).

Este artículo aborda la forma que esas medidas asumieron en el caso argentino, destacando la interrelación de múltiples factores, actores y alianzas para su concreción.

ALGUNOS CONCEPTOS GENERALES SOBRE IMPUGNACIÓN DE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS

La reforma de instituciones públicas es una tarea central en los países que se encuentran en transición de un régimen autoritario hacia un gobierno democrático. Es en esos momentos de cambio cuando surge la necesidad de transformar el entramado público que fue parte del régimen autoritario y de convertir las instituciones en facilitadoras de la transición y garantes del Estado de Derecho. En este sentido, las necesarias reformas institucionales contribuyen a los procesos de justicia transicional en dos formas principales. En un caso, porque crean nuevos mecanismos y funcionamientos que previenen futuros abusos, un objetivo central de la estrategia de transición. Luego, porque posibilitan que las instituciones públicas, en particular las relacionadas con la justicia y la seguridad, puedan asumir la rendición de cuentas de los abusos pasados. Una institución policial reformada, por ejemplo, puede investigar con profesionalidad los abusos cometidos por dicha fuerza durante el régimen autoritario, así como un poder judicial depurado puede juzgar los abusos cometidos en el pasado con imparcialidad.⁴

En los casos como el de la Argentina, se trata de un cambio drástico, al menos por dos características del sistema impuesto por el gobierno militar. Por un lado, porque tuvo un inicio y un fin temporal determinados. Por otro, porque la dictadura operó en un paralelismo entre el aparato ilegal de represión y la es-

4 Cfr. Office of United Nations High Commissioner for Human Rights, “Rule-of-law Tools for Post-conflict States. Vetting: an Operational Framework”, 2006.

estructura “legal” institucional. Junto con la legislación (ordinaria y de excepción), existió un plano de normatividad compuesto por un conjunto de reglas de organización y acción clandestinas, de modo tal que la estructura de organización oficial de las Fuerzas Armadas fue coordinada con una estructura operativa para la represión *ad hoc*, etcétera.⁵ Así, todo el aparato del Estado que había sido organizado para imponer el terror, a partir de una fecha determinada debía transformarse drásticamente y crear instituciones y prácticas destinadas a proteger los derechos humanos.

El elenco de medidas que pueden adoptarse es variado.⁶ Así, pueden ser las previstas por la Constitución (Guatemala y la Argentina, como veremos) o por las leyes (en general, los países de Europa del Este), pueden ser producto de una decisión judicial (la mayoría de los códigos penales prevén una pena de inhabilitación para ocupar cargos públicos) o de las conclusiones a que arribe una comisión de la verdad creada para determinar los hechos del pasado.⁷ Estas medidas también podrían resultar de la combinación de las obligaciones que surgen de la Constitución⁸

5 Existe una gran cantidad de fuentes y bibliografía para profundizar sobre este tema. Entre otros, pueden consultarse A. Conte y E. Mignone, “El caso argentino: desapariciones forzadas como instrumento básico y generalizado de una política”, presentación al coloquio “La política de desapariciones forzadas de personas”, París, 1981; CELS, *Colección Memoria y Juicio*, Buenos Aires, 1982; *Nunca más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición Forzada de Personas*, Eudeba, Buenos Aires, 1984; CELS, *Terrorismo de Estado. 692 responsables*, CELS, Buenos Aires, 1986; J. L. D’Andrea Mohr, *Memoria debida*, Colihue, Buenos Aires, 1999; F. Mittelbach y J. Mittelbach, *Sobre áreas y tumbas. Informe sobre desaparecidos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2000.

6 Para un mayor conocimiento de estas medidas remito al minucioso trabajo de M. Maxit, ob. cit.

7 Las recomendaciones del *Informe de la verdad* para El Salvador incluyen medidas de separación de las Fuerzas Armadas y de la administración pública e inhabilitaciones públicas de aquellas personas que habían sido investigadas por la Comisión para la determinación de las graves violaciones ocurridas en ese país. Véanse las recomendaciones que se coligen directamente del resultado de la Investigación-Informe final de la Comisión de la Verdad para El Salvador.

8 Nos referimos al art. 36 de la Constitución nacional. Para profundizar sobre la correlatividad entre el sistema constitucional y las obligaciones en materia de derechos humanos, véase V. Abramovich, “Una

y las recomendaciones efectuadas por órganos de aplicación e interpretación de tratados de derechos humanos, como ocurrió en el caso argentino.

Conviene destacar, asimismo, que existió cierta preocupación por garantizar que las medidas adoptadas por los Estados fueran compatibles con sus otras obligaciones en materia de derechos humanos y que constituyeran procedimientos estables y no medidas excepcionales y coyunturales. En este sentido, el trabajo de los organismos de derechos humanos estuvo siempre destinado al fortalecimiento del sistema democrático en forma permanente, antes que a propiciar medidas autónomas en momentos particulares.

Así, las exigencias del debido proceso y de recurso a la justicia son obligaciones que los Estados deben garantizar al momento de desarrollar medidas de impugnación o separación de cargos públicos. La experiencia desarrollada en algunos países de Europa del Este en relación con las medidas de purificación de la administración pública ha sido objeto de diversas críticas por la inexistencia de procedimientos hábiles para determinar la responsabilidad concreta de cada persona excluida de un cargo estatal, así como por la falta de recursos judiciales para su control. Por ello, el escrutinio del procedimiento utilizado en el mecanismo de impugnación y separación de los cargos públicos, el respeto de las reglas del debido proceso durante la sustanciación de este mecanismo, la posibilidad de una revisión judicial ulterior y la caracterización –o no– de tal resolución como una cuestión política no justiciable serán tópicos relevantes a la hora de establecer la adecuación de la medida de impugnación o separación con las demás obligaciones del Estado.

nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, CELS y Del Puerto, Buenos Aires, 2007.

LOS MECANISMOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN LA ARGENTINA Y EL LUGAR DE LAS ESTRATEGIAS DE DEPURACIÓN

No existe en la Argentina un mecanismo formal de impugnación en el sentido tradicional del término. Dada la masiva participación de miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad en el terrorismo de Estado durante la última dictadura militar, esto representó una falencia importante en el “paquete” de medidas transicionales aplicadas por el Estado argentino.⁹

Con el advenimiento de la democracia en 1983, estaba claro que el cuestionamiento central al gobierno autoritario serían las graves violaciones a los derechos humanos.¹⁰ La búsqueda de la verdad, la investigación de esos hechos y la sanción a los responsables de las violaciones cometidas durante la dictadura a través de procesos penales fueron los objetivos que tanto el Estado como la sociedad se propusieron para la reformulación de ese nuevo consenso. Desde esta óptica, fue posible el establecimiento de una comisión encargada de informar las prácticas de la dictadura y la situación de las personas que, aún hoy, se encuentran en situación de desaparición forzada.¹¹ En 1985, la Cámara Federal condenó a los jefes de las tres primeras juntas militares por los hechos del pasado.¹² Por otra parte, múltiples investigaciones judiciales

9 V. Barbuto, “Strengthening Democracy: Impugnatio Procedures in Argentina”, *Justice as Prevention. Vetting Public Employees in Transitional Democracies*, ICTJ, 2007.

10 Durante el período 1976-1983, una junta militar ocupó el poder del Estado. Este gobierno tuvo como principal método de control de la sociedad la violación masiva de los derechos humanos. El informe de la Comisión Nacional contra la Desaparición de Personas (CONADEP) reveló las prácticas sistemáticas aplicadas por la junta militar: la desaparición de personas (el informe de la Comisión identifica concretamente la desaparición de nueve mil personas), la tortura, la prohibición de manifestaciones, entre otras acciones ilegítimas.

11 A través del Decreto 187, en 1983 se creó la CONADEP, que tenía por objeto esclarecer los hechos relacionados con el terrorismo de Estado y cuya duración se fijó en ciento ochenta días.

12 La Cámara Federal de la Nación dictó sentencia el 9 de diciembre y condenó a los miembros de las tres Fuerzas Armadas.

avanzaban sobre todos aquellos que habían tenido algún grado de participación en aquellas graves violaciones.

Podemos suponer entonces que, si el avance de las investigaciones y sus consecuentes sanciones penales a los responsables se hubiesen consolidado en esa temprana etapa, el conocimiento de los hechos y su eventual punición implicarían una limitación o restricción a la permanencia en o al acceso a cargos públicos de aquellas personas involucradas en los procesos mencionados.

No obstante, a partir de 1986 surgieron varios obstáculos para la concreción de ese objetivo de verdad y justicia a través de procesos penales. Entre ellos, podemos mencionar el fracaso del diseño de una investigación y sanción basado en la idea de autodepuración de las Fuerzas Armadas,¹³ la promulgación de las leyes de Punto Final¹⁴ y Obediencia Debida,¹⁵ la falta de diligencia del Poder Judicial para determinar el destino de los desaparecidos, las concesión de amnistías o indultos¹⁶ a las personas condenadas por los hechos del pasado.

Esta permuta de justicia por impunidad impactó en las medidas –tributarias de los procesos penales– de separación de aquellas personas involucradas que se encontraban dentro de las estructuras del Estado o querían acceder a ellas.

Ahora bien, luego de la reforma constitucional de 1994, que estableció la inhabilitación para ocupar cargos públicos por parte de aquellos que hubieran interrumpido por la fuerza el orden

13 El procedimiento establecido preveía una investigación a cargo de la justicia militar. La Ley 23 049, en su art. 10, estableció el contralor por parte de la Cámara Federal sobre la actividad del Consejo de las Fuerzas Armadas y la posibilidad de avocar en caso de incumplimiento por parte del Consejo. Finalmente, el 4 de octubre de 1984, la Cámara se ocupó definitivamente de la investigación.

14 La Ley 23 492 clausuró la etapa de investigación judicial, denominada Ley de Punto Final, de diciembre de 1996.

15 La Ley 23 521, denominada de Obediencia Debida, impidió el juzgamiento del personal subalterno.

16 En 1989, el presidente Carlos Menem decidió indultar a los jefes de las juntas militares de la última dictadura condenados en el Juicio a las Juntas.

constitucional¹⁷ –que puede ser entendida en el marco de un proceso de constitucionalismo transicional–,¹⁸ las víctimas, sus familiares y las organizaciones de derechos humanos utilizaron, en forma estratégica, diversos mecanismos ya establecidos para transformarlos en procedimientos de impugnación de funcionarios actuales o futuros, sobre la base de diferentes justificaciones y de acuerdo con el avance, o no, del proceso de verdad y justicia en la Argentina. Entre otros, los procesos de impugnación de ascensos de militares y remoción de integrantes de las Fuerzas Armadas; la impugnación o remoción de funcionarios integrantes de las fuerzas de seguridad; las impugnaciones de integrantes del Poder

17 Se trata del art. 36 de la Constitución nacional, que establece: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas”. Al respecto, Margarita Maxit comenta que “el artículo 36 de la Constitución nacional introduce el concepto de la inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos como consecuencia normativa y política, relevante y necesaria, respecto de quienes cometan actos de la naturaleza comentada [...]. Con esta cláusula constitucional, al deber de sancionar los atentados contra la democracia y de juzgar y castigar a los autores de las violaciones masivas a los derechos humanos se le suma este deber de considerar inidóneos para ocupar cargos públicos a quienes atentaron contra el orden democrático” (M. Maxit, ob. cit., p. 168).

18 “El constitucionalismo transicional responde a un anterior gobierno represivo, por medio de principios que delimitan y redefinen el sistema político imperante. Este tipo de constituciones son retrospectivas y simultáneamente están dirigidas al futuro, pero informadas por una concepción de justicia constitucional que es propia y distintiva de las transiciones [...]. Tiene implicaciones en la interpretación constitucional. La perspectiva transicional comparte con la escuela ‘originalista de interpretación’ el entendimiento de que las constituciones son mejor examinadas a la luz de sus contextos históricos y políticos, pero entiende además a las constituciones como propósitos codificados, que son transformadores y dinámicos [...]. Con el paso del tiempo, las cláusulas constitucionales de transición operarán de un modo dinámico, con un número de consecuencias interpretativas” (Rutí Teitel, “Transitional Jurisprudence: the Role of Law in Political Transformation”, *The Yale Law Journal*, New Haven, 1997).

Judicial,¹⁹ así como impugnaciones a funcionarios que ocupaban cargos electivos.²⁰

De alguna manera, estas acciones de *vetting*²¹ acompañaron el proceso de verdad y justicia, y se constituyeron en una estrategia innovadora en la lucha del movimiento de derechos humanos, tanto como “alternativa” ante la falta de procesos penales o como su “complemento”. Estos procesos, por lo demás, habilitaron un espacio para la recuperación y recopilación de información sobre los antecedentes de un funcionario público actual o futuro.

19 Nos remitimos en este supuesto al trabajo realizado por M. J. Sarra-bayrouse Oliveira, “Poder Judicial y dictadura. El caso de la Morgue Judicial”, *Cuadernos de Trabajo del Instituto de Estudios e Investigaciones*, n° 4, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires, 2003. Allí se destaca que la investigación administrativa para determinar la responsabilidad de los funcionarios del Poder Judicial con relación a los hechos que ocurrieron durante la última dictadura militar en la Morgue Judicial ha sido utilizada por el Senado para retacear el acuerdo necesario que debían tener los jueces que actuaron en el período 1976-1983, de modo de poder continuar en el Poder Judicial en época de democracia.

20 V. Barbuto, “Impugnation Procedures in Argentina: Actions Aimed at Strengthening Democracy”, investigación realizada en el marco del Vetting Research Project del International Center for Transitional Justice, Nueva York, 2007.

21 En este artículo utilizaremos los términos *impugnación* y *vetting* de manera indistinta. El primero es la forma local utilizada para denominar este tipo de cuestionamientos, mientras que el segundo es el término internacional con el que se conocen esos procesos. De todas maneras, cabe destacar que no son similares, por lo que es pertinente realizar algunas aclaraciones, dado que los términos desencadenan ciertas controversias. El problema central es que las acciones desarrolladas por los organismos de derechos humanos para separar de cargos públicos a violadores de los derechos humanos se vinculan no sólo a la idea de justicia sino también a la de fortalecimiento de los procedimientos institucionales democráticos para poder concretarlo. En este sentido, se alejan de la idea de “depuración” en el sentido de la experiencia de los países de Europa del Este, por ejemplo, y de un concepto de *vetting* que suele remitir a la construcción de un actor que ejerce un “veto” desde una posición incuestionable y/o de superioridad. En general, se han promovido la apertura de discusiones, los cambios de reglamentación, las normas sobre ética pública y otras formas de construcción de procesos sólidos que no dependen de unos pocos actores, a la vez que se transformen en mecanismos permanentes de las instituciones ordinarias.

Asimismo, estas acciones encontraron distintas fuentes de justificación. Una de ellas es el informe sobre la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos de Louis Joinet,²² quien considera que tales respuestas se encuadran dentro de las obligaciones de reparación y no repetición de los Estados. El autor entiende que, para que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones que vulneren su dignidad, se impone, entre otras medidas, “la separación del cargo de los altos funcionarios implicados en las violaciones graves que se hayan cometido. Debe tratarse de medidas administrativas y no represivas, pues son de naturaleza preventiva y el funcionario ha de poder beneficiarse de garantías”.²³

También se utilizó el argumento de Juan Méndez,²⁴ quien entiende que la obligación de depuración o separación de los cargos de personas vinculadas con hechos del pasado es una obligación autónoma del Estado, además de las obligaciones de investigar los hechos, darlos a conocer, procesar y castigar a los culpables, así como otorgar reparación. Hay una obligación de “extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepa han cometido, ordenado o tolerado”²⁵ violaciones graves a los derechos humanos. La obligación de extirpar de las instituciones estatales a estas personas es “uno de los requisitos básicos para la vigencia y el respeto de los derechos humanos en los regímenes de posttransición, que es el

22 Informe final revisado sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) preparado por L. Joinet, de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 02/10/1997.

23 En consecuencia, Joinet recomienda, como principio, la adopción de “medidas administrativas o de otra índole relativas a los agentes del Estado implicados en violaciones graves a los derechos humanos”.

24 J. Méndez, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en M. Abregu y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ante los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 518.

25 J. Méndez, art. cit., p. 526.

derecho de la sociedad a contar con instituciones democráticas y libres de violadores a los derechos humanos”.²⁶

Otra fuente utilizada en los procesos de impugnación fue la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Ríos Montt”,²⁷ que consideró que las medidas de separación de los órganos del Estado de personas que hayan atentado contra el orden constitucional tienen por objeto la protección y defensa del sistema democrático. La CIDH se pronunció sobre la prohibición de iure establecida en la Constitución de Guatemala de acceder al cargo de presidente de la república para aquellas personas que hubieran violentado el orden constitucional del sistema democrático en aquel país. Concluyó que dicha cláusula de inelegibilidad no violaba el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (referida a derechos políticos), ya que se trata de una cláusula constitucional consuetudinaria de profunda tradición en Centroamérica, que tiene por objeto la protección y defensa del sistema democrático.

El Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de la aplicación del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, consideró, en relación con el caso argentino, que el Estado debía adoptar las medidas necesarias para la exclusión de personas sospechadas de participación en graves violaciones de los derechos humanos durante la última dictadura militar a fin de modificar “una sensación de impunidad”.²⁸ En las observaciones finales de dicho Comité, de noviembre de 2000, se señaló que:

26 J. Méndez y G. Chillier, “La acción del Congreso y las obligaciones internacionales de la Argentina en materia de derechos humanos”, en AA.VV., “El caso Bussi. El voto popular y las violaciones a los derechos humanos”, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 2002, pp. 45 y ss.

27 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10 804, “Ríos Montt contra Guatemala”, en *Informe anual 1993*.

28 Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000. CCPR/CO/70/ARG, disponible en <<http://www.unhcr.ch/html/menu2/6/hrc/hrcs68.htm#70th>>.

9. Pese a las medidas positivas tomadas recientemente para reparar injusticias pasadas, incluida la abolición en 1998 de la Ley de Obediencia Debida y la Ley de Punto Final, preocupa al Comité que muchas personas que actuaban con arreglo a esas leyes sigan ocupando empleos militares o en la administración pública y que algunos de ellos hayan incluso obtenido ascensos en los años siguientes. El Comité reitera, pues, su inquietud ante la sensación de impunidad de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos bajo el gobierno militar.²⁹

En 1995, el Comité recomendó al Estado argentino que:

[...] se establezcan procedimientos adecuados para asegurar que se relevará de sus puestos a los miembros de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas de seguridad contra los que existan pruebas suficientes de participación en anteriores violaciones graves de los derechos humanos.³⁰

Por ello, en la citada resolución recomienda que:

Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores. El Comité recomienda que se siga desplegando un esfuerzo riguroso a este respecto y que se tomen medidas para cerciorarse de que las personas que participa-

29 Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000. CCPR/CO/70/ARG, disponible en <<http://www.unhcr.ch/html/menu2/6/hrc/hrcs68.htm#70th>>.

30 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.46, Reunión 1411, 53ª sesión, realizada el 5 de abril de 1995.

ron en violaciones graves de los derechos humanos no sigan ocupando un empleo en las Fuerzas Armadas o en la administración pública.³¹

Por último, podemos señalar los argumentos brindados por la Cámara Nacional Electoral, en “Muñiz Barreto Juana y otros s/ impugnación de candidatura de Luis A. Patti” –parte del proceso de impugnación electoral que analizaremos en los apartados siguientes–, en que el tribunal judicial toma especialmente en cuenta la existencia de una investigación penal vinculada a graves violaciones a los derechos humanos y, por lo tanto, considera que la acción de la justicia electoral, a la hora de evaluar los antecedentes de un candidato, también debe valorar las posibilidades de obstruir la justicia que podría generar la habilitación de una candidatura.

En definitiva, sea que entendamos la obligación de impugnación y separación como forma de reparación o no repetición (Joinet), como requisito básico para la vigencia y el respeto de los derechos humanos (Méndez), como obligación para la protección y defensa del sistema democrático (CIDH), como obligación para vencer la atmósfera de impunidad (Comité de Derechos Humanos), o como complemento de las acciones penales que se encuentran vigentes (Cámara Nacional Electoral), lo cierto es que los Estados, y en particular el argentino, se encuentran obligados a tomar medidas para cumplir aquellas obligaciones que exigen mecanismos para la impugnación o separación de los órganos públicos de funcionarios actuales o futuros implicados en graves violaciones a los derechos humanos, como respuesta ante tales hechos.

31 Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000. CCPR/CO/70/ARG, disponible en <<http://www.unhcr.ch/html/menu2/6/hrc/hrcs68.htm#70th>>.

MECANISMOS PARA LA REMOCIÓN O IMPUGNACIÓN AL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS IMPLEMENTADOS EN LA ARGENTINA

Nos interesa señalar los argumentos que sostuvieron el desarrollo y la conclusión de mecanismos o procedimientos para impugnar a funcionarios públicos actuales o futuros vinculados con graves violaciones a los derechos humanos en la Argentina. Describiremos, en primer lugar, las formas en que los organismos de derechos humanos han intervenido en las discusiones por los ascensos en las Fuerzas Armadas. En segundo lugar, analizaremos de manera particular el caso de la impugnación de la candidatura de Luis Patti al cargo de diputado, en tanto alrededor de él se han planteado las mayores controversias sobre la validez o no de este tipo de medidas en sociedades democráticas. A partir de la experiencia argentina, podemos decir que estos mecanismos promueven una herramienta más para recordar el pasado y actuar en el presente.

IMPUGNACIÓN DE ASCENSOS DE PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD

Entre los mecanismos que el movimiento de derechos humanos impulsó como parte de la estrategia de democratización de las instituciones posdictadura se encontraba la incidencia en los procesos de promoción en la escala militar, que requieren el acuerdo del Senado de la Nación.

Este mecanismo es un complejo sistema que articula a las Fuerzas Armadas, el Poder Ejecutivo y el Legislativo. La aprobación o desaprobación de los ascensos militares es fundamentalmente una decisión política de designación de funcionarios públicos.³² En virtud de esta norma, el Ejecutivo envía al Congreso una serie

³² El art. 99, inc. 13, de la Constitución nacional atribuye al presidente de la nación la facultad de proveer “los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las Fuerzas Armadas; y por sí solo en el campo de batalla”.

de pliegos de ascenso a los grados superiores en la escala militar. El listado se elabora tal como lo establece la Ley 19 101 (Ley de Personal Militar). Una junta de calificaciones es la encargada de evaluar si los miembros propuestos cumplen los requisitos. Entonces, la Cámara de Senadores remite la nómina enviada por el Poder Ejecutivo a su Comisión de Acuerdos. Esta tiene la facultad de dictaminar sobre todos los acuerdos solicitados por el Poder Ejecutivo en relación con los cargos de funcionarios públicos.³³ Para ello, emite un dictamen que debe ser sometido a consideración y votación del pleno de la Cámara.

Todos los gobiernos, desde el regreso de la democracia hasta 2003, han promovido el ascenso de personas implicadas en graves violaciones a los derechos humanos y lo han defendido en el debate público. En 1987, el gobierno de Raúl Alfonsín (1983-1989) promovió los pliegos de ascenso de Alfredo Astiz, reconocido represor del centro clandestino de detención de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA).³⁴ Ese año, la Junta de Calificaciones del Ministerio de Defensa lo propuso para ascender al grado de capitán de corbeta. El ministro de Defensa respaldó al marino con el argumento de que quienes habían sido beneficiados por la Obediencia Debida podían seguir sus carreras militares con normalidad. Un caso con aún mayores repercusiones institucionales tuvo lugar en 1993, durante el gobierno de Carlos Menem (1989-1999). Se trató de la promoción de otros dos conocidos miembros de la unidad de tareas de la ESMA, los marinos Juan Carlos Rolón y Antonio Pernías.

En el caso de Astiz, la Cámara de Diputados discutió, a partir de presentaciones de organizaciones de derechos humanos, su repudio a dicha propuesta de ascenso. El presidente Alfonsín sostuvo el ascenso, aunque simultáneamente ordenó que se efectivizara

³³ Art. 70 del Reglamento de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación.

³⁴ La ESMA fue un centro clandestino de detención durante la última dictadura militar. A partir de la democracia, se convirtió en un símbolo de la represión.

su retiro. Pero esta orden nunca se cumplió.³⁵ En el segundo caso, la información brindada por las víctimas y sus familiares sobre la participación de Rolón y Pernías en gravísimos hechos³⁶ generó un escándalo público de gran envergadura, que concluyó con la renuncia del viceministro de Defensa y tres subsecretarios del área. La discusión en el Senado de la Nación sobre estos ascensos se prolongó hasta 1995, y en agosto de ese año los dos marinos pidieron su pase a retiro.³⁷

A partir de este episodio, el Congreso comenzó a remitir pedidos oficiales de información sobre dichos militares a la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH)³⁸ y al CELS. Un pedido similar se realizaba a la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Nación (hoy con rango de Secretaría de Estado), depositaria de los archivos de la CONADEP y otros legajos posteriores de denuncia. Esto implicaba no sólo que los cuestionamientos y la

35 En 1990, Astiz fue condenado en ausencia por la justicia francesa, acusado del secuestro y desaparición de las religiosas francesas Alice Domon y Léonie Duquet. También está acusado del secuestro y desaparición de un grupo de Madres de Plaza de Mayo en 1977. Sin embargo, sólo fue destituido en 1998, luego de que declarara a la revista *Tres Puntos* ser el hombre “técnicamente mejor preparado para matar a un político o a un periodista”. El Poder Ejecutivo lo destituyó mediante el Decreto 83/98, por el cual Astiz perdió su condición de militar y, con ello, todos los derechos adquiridos en el ejercicio de esa función, pero también recuperó su libertad. En mayo de aquel año la justicia civil lo procesó y embargó sus bienes.

36 *Página/12*, “Premios y castigos”, 28/12/1993.

37 Durante 2001, Pernías fue detenido por el juez Bonadío en una causa por la desaparición y el robo de bienes. En esa ocasión, volvió a reivindicar su accionar y se quejó ante el magistrado porque no se lo juzgaba “como a un ex combatiente, sino como a un delincuente común” (*La Nación*, “Pernías y Rolón están detenidos por su vinculación con los crímenes ejecutados por la dictadura que se investigan en cuatro causas diferentes”, 22/08/2001).

38 La APDH se fundó en diciembre de 1975 y se define como resultante de una autoconvocatoria “de personas provenientes de los más diversos sectores sociales, políticos, intelectuales, sindicales y religiosos argentinos, en respuesta a la creciente situación de violencia y de quiebra de la vigencia de los más elementales derechos humanos” en el país. Durante la dictadura, realizó una intensa tarea de recopilación de testimonios e información sobre la represión.

documentación aportada pasaban a ser parte del procedimiento. Estos pedidos oficiales abrieron la posibilidad de realizar reuniones y participar de audiencias con la Comisión de Acuerdos del Senado.

Conviene consignar, también, que la reforma del procedimiento de publicidad y apertura pública del Reglamento de la Cámara de Senadores, en 2002, impulsada entre otros por organizaciones de derechos humanos, ampliaron las condiciones de difusión de los pliegos de acuerdos y las posibilidades de presentar observaciones. Los pliegos de ascensos enviados por el Poder Ejecutivo, por ejemplo, tendrían entrada en sesión pública y se darían a conocer por medio de la sala de periodistas de la Cámara para posibilitar su observancia:

Los ciudadanos podrán ejercer ese derecho dentro de los siete días hábiles siguientes, a partir del momento en que el pedido de acuerdo tenga estado parlamentario a través de su lectura en el recinto. La Comisión también recibirá observaciones con relación a los propuestos, mientras los pliegos se encuentren a su consideración.³⁹

El Congreso de la Nación reconoció, además, distintas formas de publicidad y participación de la ciudadanía. Por un lado, pueden realizarse sesiones públicas en las que los ciudadanos pueden presenciar los debates y tener acceso a las versiones taquigráficas. Por otro lado, a partir de 2002 pueden realizarse audiencias públicas.⁴⁰ El reglamento reconoce como *audiencia pública*:

[...] aquella instancia de participación de la ciudadanía en el proceso de toma de decisión legislativa, en la cual se habilita un espacio para que todas las personas u organismos no gubernamentales que puedan verse

39 Art. 22 del Reglamento de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación.

40 Una excepción a esta regla fueron las audiencias públicas para la designación de jueces, que se adoptaron a partir de 2003.

afectados, o tengan un interés particular, expresen su opinión. Esta instancia servirá para que la comisión encargada del estudio de un asunto o proyecto acceda a las distintas opiniones sobre el tema, en forma simultánea y en pie de igualdad, a través del contacto directo con los interesados.⁴¹

Estos mecanismos de impugnación de ascensos provocaron otros cambios importantes. En primer lugar, la posibilidad de que los militares realicen su descargo frente a los cuestionamientos. En el mismo sentido, el Ministerio de Defensa incorporó la práctica de adjuntar el legajo militar de los miembros propuestos. Esta información ha resultado de cabal importancia frente a la inexistencia de documentación oficial.

Otro ejemplo son los procedimientos de impugnación de integrantes de las fuerzas de seguridad. Al igual que en el caso de las Fuerzas Armadas, en estos supuestos no ha existido un mecanismo formal de impugnación en relación con las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado. Así, desde 1983 los organismos de derechos humanos han reiterado los pedidos de separación de las fuerzas de aquellos miembros vinculados al accionar clandestino durante la dictadura. Estos pedidos fueron elevados al ministerio del cual dependían las fuerzas (Ministerio del Interior en unos casos y Ministerio de Justicia en otros, según las sucesivas reformas de la estructura del Estado).

Nuevamente, una situación concreta provocó un debate abierto sobre la posibilidad de que personas sospechadas de haber participado en graves violaciones a los derechos humanos integren órganos públicos. En 1996, el gobierno de Carlos Menem designó como jefe del Centro de Orientación a la Víctima de la Policía Federal al comisario inspector Ricardo Scifo Módica. El 27 de mayo de 1996, el diario *La Nación* publicó una nota expli-

41 Art. 99 del Reglamento de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación.

cando la misión de esta nueva sección. Algunos sobrevivientes de los centros clandestinos de detención Club Atlético, El Banco y El Olimpo reconocieron al comisario como un miembro de los grupos de tareas que operaba con el seudónimo de "Alacrán".⁴² Tanto los organismos de derechos humanos como algunos legisladores hicieron públicas sus impugnaciones al nombramiento⁴³ y, por su parte, el CELS envió una carta al ministro del Interior Carlos Corach, en la que planteaba su preocupación por la designación de este funcionario. Tal como lo harían las organizaciones humanitarias a lo largo de la democracia, el pedido se basaba en la necesidad de separación del cargo por las vías institucionales de la democracia:

Por las graves razones expuestas, esta institución considera que debe rectificarse la designación comentada, dado que ella agravia la conciencia ética, no sólo nacional sino de la humanidad, y dará lugar sin duda a reacciones perjudiciales para el gobierno constitucional y para la misma Policía Federal. Los argentinos aspiramos a una convivencia pacífica, fundada en la verdad y la justicia. En tal virtud, se hace necesario evitar este tipo de injustificadas reivindicaciones, que conspiran contra ese propósito. El Estado argentino, por otra parte, ha suscripto, ratificado e incorporado a la Constitución Nacional tratados internacionales que resultarían violados con la medida dispuesta.⁴⁴

Ahora bien, en relación con las fuerzas de seguridad no se avanzó sustancialmente en el establecimiento de procedimientos para

42 También constaban antecedentes en la justicia, al haber sido reconocido por un ex represor en una declaración indagatoria realizada en 1985.

43 Por la UCR lo hicieron Jesús Rodríguez y Federico Storani, y por el Frepaso, la diputada Mary Sánchez, acompañada por Alfredo Bravo y Alfredo Villalba.

44 Carta del CELS al ministro Carlos Vladimiro Corach, 17/07/1996.

analizar los antecedentes de sus integrantes respecto de las graves violaciones del pasado.⁴⁵ Sin embargo, los debates que generó este déficit, junto con el cuestionamiento por el ejercicio de violencia y la corrupción en las fuerzas de seguridad, lograron determinar algunos saludables mecanismos al momento de creación de la Policía de Seguridad Aeroportuaria. En efecto, en 2006, la Ley 26 102, en su artículo 36, estableció que:

Sin perjuicio de lo prescripto por el artículo precedente, *no podrán ingresar a la Policía de Seguridad Aeroportuaria:*

1. Quienes hayan incurrido en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, conforme a lo previsto en el artículo 36 de la Constitución Nacional y en el Libro Segundo, Título X, del Código Penal, aun cuando se hubieren beneficiado por un indulto o condonación de la pena.

2. *Quiénes registren antecedentes por violación a los derechos humanos, según se establezca en los archivos de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o de cualquier otro organismo o dependencia pública que pudieren sustituirla en el futuro.* (El destacado nos pertenece.)

Es decir que, para la Ley de Seguridad Aeroportuaria, los integrantes de esta fuerza no tendrán que poseer antecedentes que los vinculen a violaciones a los derechos humanos. Se entiende que ello incluye las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado.

Hasta aquí podemos observar que la falta de actuación de la justicia, hasta 2005, a raíz de las leyes y decretos de amnistía, si bien dificultó la determinación de las culpabilidades, no obstó a que en algunas situaciones se planteara la “alternativa” de decidir en el ámbito político la impugnación de ascensos o la separación de funcionarios de sus cargos por su responsabilidad en los críme-

45 V. Barbuto, “Strengthening Democracy...”, ob. cit.

nes de la dictadura, sin vulnerar ciertos derechos adquiridos en la función. La experiencia argentina ha demostrado la posibilidad de establecer mecanismos de alguna manera ad hoc, que han permitido salvar esta situación.

Luego de 2005, se presentó con mayor solidez la necesidad de definir mecanismos de impugnación y separación como complemento de las estrategias de persecución penal, en particular, a partir de los casos de cuestionamiento de jueces de tribunales inferiores denunciados y/o investigados en juicios penales vigentes por su responsabilidad en graves violaciones a los derechos humanos.

A continuación, nos detendremos de manera especial en el proceso de impugnación de una candidatura a cargos electorales.

LA IMPUGNACIÓN DE CANDIDATURAS A CARGOS

ELECTORALES. EL CASO DEL CANDIDATO LUIS A. PATTI

En junio de 2009, la Cámara Electoral⁴⁶ resolvió que Luis Patti no podía ser candidato a diputado nacional en las elecciones que se celebrarían el 28 de ese mes, por las listas de la Alianza Con Vos Buenos Aires, el Movimiento por la Dignidad y la Independencia y el Partido Unidad Federalista (PAUFE). La decisión aseguró la continuidad del proceso judicial para la determinación de las responsabilidades penales de Luis A. Patti con relación a su participación por los secuestros, torturas y asesinatos de Gastón Gonçalves y Diego Muñoz Barreto, y otros delitos de lesa humanidad cometidos contra Juan Fernández, Carlos Souto, Luis y Guillermo D’Amico y Osvaldo Ariosti durante la última dictadura militar. El 14 de abril de 2011, el Tribunal Oral Federal de San Martín lo condenó por esos hechos a prisión perpetua.

46 La Cámara Nacional Electoral es el único tribunal de apelación del fuero electoral, y sus resoluciones tienen carácter obligatorio para los tribunales de primera instancia. Véanse su competencia y jurisdicción en <www.pjn.gov.ar>. Está integrada por los jueces Santiago H. Corcuera, Alberto Dalla Via y Rodolfo E. Munne. El secretario de Cámara es Felipe González Roura.

La decisión, además, puso fin a un proceso que llevó diez años, en el que víctimas, familiares y organizaciones de derechos humanos habían planteado la incompatibilidad de la candidatura de una persona sobre la que existían sospechas suficientes de participación en graves violaciones a los derechos humanos en el pasado.

En efecto, ya en 1999 el CELS había impugnado la candidatura de Patti a gobernador de la provincia de Buenos Aires. En aquella oportunidad, dentro del plazo legal establecido por el Código Electoral de la provincia, se le pidió a la Junta Electoral⁴⁷ provincial que realizara un examen de idoneidad constitucional sobre los requisitos para ser gobernador. Sin embargo, en una resolución de media carilla, la Junta respondió que sólo podían realizar un control formal (de edad y domicilio), ya que el Código Electoral no contemplaba otro supuesto de invalidación.

En 2005, Patti obtuvo los votos necesarios para ser diputado nacional. Sin embargo, el 23 de mayo de 2006 la Cámara de Diputados de la Nación, por mayoría especial,⁴⁸ resolvió no admitir su diploma como diputado nacional del PAUFE por la provincia de Buenos Aires.⁴⁹ Para ello, tomó en cuenta los argumentos y la información brindada por víctimas y organizaciones de derechos humanos. La Cámara, con fundamento en el artículo 64 de la Constitución nacional,⁵⁰ evaluó la posible participación del diputado electo en graves violaciones a los derechos humanos cometi-

47 Integrada por los presidentes del Superior Tribunal de Justicia, del Tribunal de Cuentas y de tres cámaras de apelaciones del distrito capital. Véase el art. 62 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

48 La mayoría especial de las dos terceras partes de la Cámara de Diputados se conformó de la siguiente manera: 162 votos afirmativos y 62 votos negativos.

49 Según los datos de la Cámara Electoral, el PAUFE obtuvo 394 398 votos, lo que representa el 5,25% de los votos emitidos. Véase <http://www.pjn.gov.ar/electoral/documentos/Buenos_Aires-1235-d.pdf>.

50 El art. 64 de la Constitución nacional establece que “cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez”.

das durante la última dictadura militar y concluyó que carecía de idoneidad ética y moral para incorporarse al cuerpo legislativo.

Patti recurrió entonces a la justicia nacional electoral, por considerar que la Cámara de Diputados carecía de atribuciones legítimas para realizar una evaluación de la idoneidad ética y moral de los diputados electos. Si bien en primera instancia la jueza Servini de Cubría confirmó la decisión de la Cámara de Diputados, en octubre de 2006 la Cámara Nacional Electoral⁵¹ consideró ilegítima la decisión. En su resolución, realizó una de las críticas más contundentes al procedimiento llevado a cabo por los parlamentarios, considerando que la reglamentación del artículo 64 de la Constitución nacional está prevista en los artículos 60 y 61 de la Ley Electoral. Estos establecen un procedimiento para la impugnación de candidaturas por parte de la ciudadanía en general, sobre la base del incumplimiento de algunos de los requisitos constitucionales para el acceso a cargos electorales. Para la Cámara electoral, los únicos habilitados para resolver cuestiones vinculadas a impugnaciones de candidaturas son los propios jueces electorales. Una vez superada esa instancia, no existe posibilidad de evaluar y controlar los títulos de un candidato electo.⁵²

La eficacia del procedimiento de evaluación de los antecedentes de participación en graves violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar que sostuvo la Cámara Electoral era incierta o casi nula. El Poder Judicial, en diferentes oportunidades, pudo intervenir en casos de impugnaciones a diplomas por delitos cometidos durante la dictadura, y en diferentes casos encontró modos formales para no resolver los pedidos. Finalmente, la Cámara de Diputados presentó en septiembre de 2006 un recurso extraordinario federal para que la Corte Suprema evalua-

51 Cámara Nacional Electoral, causa “Patti Luis Abelardo s/promueve acción de amparo c/Cámara de Diputados de la Nación”, sentencia del 14/09/2006.

52 Véase Cámara Nacional Electoral, fallo del 18/06/2009, en “Muñiz Barreto, Juana María y otros s/impugnan candidatura a diputado nacional”, consids. 15, 16 y 17.

ra la legitimidad o no de la decisión de rechazar el diploma de diputado electo.

Mientras este proceso aguardaba resolución, Patti fue detenido y procesado con prisión preventiva firme por numerosos delitos de lesa humanidad. Así, el 8 de abril de 2008, mientras Patti se encontraba detenido en un penal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) confirmó la invalidez de la exclusión del represor como diputado por parte de sus pares y lo habilitó para jurar como miembro del cuerpo,⁵³ por lo que este ahora podía alegar la inmunidad de arresto (fueros) para evitar continuar detenido. Para resolver así, la Corte, previo dictamen de la Procuración General,⁵⁴ elaboró un fallo de una carilla y por todo argumento se remitió a las consideraciones vertidas en el caso “Bussi”⁵⁵ el año anterior. El voto mayoritario opinaba que la Cámara de Diputados se había excedido en sus facultades de contralor (conferidas por el artículo 64 de la Constitución nacional y que, a criterio de la Corte, serían apenas de carácter formal), pues realizaba valoraciones que no le correspondían sobre la idoneidad ética de los candidatos, y, en consecuencia, no tenía atribuciones para impedir la incorporación de un legislador electo.

Dado el procesamiento firme que pesaba sobre Patti, al notificarse de la sentencia de la Corte, sus abogados defensores solicita-

53 La decisión, en el marco del caso “Patti”, se saldó por cuatro votos positivos (Ricardo Lorenzetti, Carlos Fayt, Carmen Argibay y Raúl Zaffaroni) y tres en disidencia, de los jueces Elena Highton de Nolasco, Enrique Petracchi y Carlos Maqueda, quienes consideraron válida la decisión del Congreso nacional de rechazar la incorporación de Patti al cuerpo legislativo, en virtud de las normas constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos en vigencia.

54 El dictamen de la Procuración General de la Nación, suscripto el 19 de julio de 2007 por Luis Santiago González Warcalde, tuvo el mismo sentido que el fallo de la CSJN, pero resultó sorpresivo y contradictorio con el criterio previamente adoptado por la misma Procuración en el caso “Bussi”, que había avalado la decisión de la Cámara de Diputados de excluir del cuerpo legislativo al ex represor por su inhabilidad ética, moral y constitucional.

55 CSJN, “Bussi, Antonio D. c/Estado nacional”, sentencia del 13/07/2007.

ron –como adelantamos– su excarcelación inmediata, invocando la inmunidad de arresto. El tribunal interviniente, la Cámara Federal de San Martín, resolvió suspender “los efectos de la prisión preventiva hasta que se cumpla con el recaudo” del desafuero, y el 16 de abril de 2008 el represor fue liberado.⁵⁶

El 23 de abril, el pleno de Diputados trató un dictamen a favor del desafuero, que fue aprobado en horas de la madrugada del día siguiente, por 196 votos a favor,⁵⁷ 9 en contra⁵⁸ y 11 abstenciones.⁵⁹ De tal modo, el Congreso lo privó de las inmunidades y la justicia federal volvió a ordenar su detención.

Las principales críticas al fallo de la CSJN que permitió liberar a Patti durante ocho días tienen que ver con que el más alto tribunal no valoró correctamente la impugnación de los legisladores ni dio razones suficientes para justificar una decisión de semejante relevancia institucional. La sentencia hizo caso omiso respecto de las obligaciones internacionales que pesan sobre la Argentina de tomar medidas para impedir el acceso a cargos públicos de personas sospechadas de haber participado en la comisión de crímenes de lesa humanidad. La Corte no valoró la excepcionalidad de este

56 El mismo día, el CELS urgió a los diputados nacionales a reunirse para tratar el tema; recordó que “existen antecedentes vinculados a otros imputados por delitos de lesa humanidad que habilitan a proceder a su desafuero sin necesidad de que la Cámara reciba su juramento”, y reclamó que, “hasta que vuelva a ser detenido, las autoridades arbitren los medios para evitar su posible profugación y para proteger a los testigos, familiares, abogados y funcionarios judiciales que lo investigan”.

57 Votaron a favor del desafuero el oficialismo (Frente para la Victoria) y sus aliados de la UCR y de Encuentro Popular, así como las bancadas opositoras de la Coalición Cívica, el Partido Socialista, el ARI Autónomo, parte de la UCR y otros bloques unipersonales. Luego de argumentar en contrario, también votaron a favor los legisladores del Movimiento Popular Neuquino.

58 Votaron en contra del desafuero los diputados del PRO, sus aliados de Recrear, los demócratas mendocinos, los radicales Héctor del Campillo y José Ignacio García Hamilton y la representante del PAUFE, Adriana Tomaz.

59 Votaron por la abstención ocho diputados de la UCR y tres del Frejuli que responden a los hermanos Rodríguez Saá.

caso como un legado propio del terrorismo de Estado, y la consecuente impunidad de casi treinta años que impidió el juzgamiento y la condena penal en tiempo y forma de los responsables de las atroces violaciones de derechos humanos cometidas en el período dictatorial. Tampoco tomó en cuenta la situación actualizada de los procesos judiciales contra Patti, en algunos de los cuales ya se encontraba procesado con prisión preventiva por su presunta comisión de crímenes de lesa humanidad.

Por estas razones, la decisión de la Cámara Nacional Electoral de no habilitar la candidatura de Luis Patti, cuando se encontraba procesado por graves violaciones a los derechos humanos, adquiere otra trascendencia.

En efecto, la Cámara consideró, en su medulosa resolución, dos aspectos fundamentales. En primer lugar, dado que Patti había sido desaforado en 2008 por la Cámara de Diputados, no podía competir para acceder a ese mismo cargo hasta tanto se resolviera la situación penal que había motivado su desafuero. En segundo lugar, el tribunal electoral consideró que permitir su candidatura podía obstruir a la justicia que lo investigaba, pues si resultaba electo podría invocar fueros parlamentarios para obtener su liberación. La Cámara Electoral entendió que, al tratarse de crímenes de lesa humanidad, todos los poderes del Estado tenían la obligación de actuar de manera coordinada en su investigación y juzgamiento. Como adelantamos, finalmente el 14 de abril de 2011 Patti fue condenado por el Tribunal Oral I de San Martín, por los hechos por los que había sido desaforado en 2008.

El caso “Patti” es ejemplar porque durante los últimos diez años se ensayaron diversas vías para impugnar sus diferentes candidaturas. Estas implicaron formas de construcción de estrategias y políticas tendientes a evitar que las impugnaciones resultaran hechos precisos respecto de un candidato en particular, para constituirse en un procedimiento en el que tanto quienes vetan como quien es vetado cuenten con igualdad de herramientas de defensa, de modo que quienes decidan la pertinencia o no de la impugnación puedan hacerlo a través de procedimientos reglados y públicos. Así, el proceso de veto o

impugnación se aleja del concepto de venganza o revancha de un grupo político sobre otro, para adquirir sentido en la esfera de los valores y principios éticos de un concepto cosmopolita de los derechos humanos.⁶⁰

Hay, además, otra característica de este caso que lo hace ejemplar. Las candidaturas de Luis Patti tanto a gobernador de la provincia como a diputado nacional se apoyaban en un discurso de orden y “mano dura” a la delincuencia común, así como en el desprecio explícito a los procedimientos establecidos en las leyes para la investigación de delitos. En declaraciones públicas Patti había afirmado que la policía, para esclarecer un crimen, debía cometer al menos cuatro o cinco delitos.⁶¹

También es importante destacar que en su prédica electoral nunca negó los crímenes y las torturas de los que se lo acusaba, cometidos durante la dictadura y durante el período democrático. Así, Patti encarnaba –como pocos personajes– una opción electoral que para el mantenimiento del orden vecinal proponía la supremacía de los procedimientos policiales ilícitos por sobre los establecidos por el derecho y otras formas de resolución de los conflictos sociales. Esta prédica y postura política lamentablemente cuentan con el apoyo de un número importante de personas que lo han votado reiteradas veces.

60 Tomo el concepto de Boaventura de Sousa Santos, entendiendo el cosmopolitismo de los principios de derechos humanos como una clase particular de valores éticos y morales que son resultado de la lucha contra la opresión y no de la imposición de valores locales convertidos en universales a través del dominio político (“Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *Lua Nova*, n° 39, Cedec, San Pablo, 1997).

61 “Voy a ser claro para que se entienda. La Policía, para esclarecer un hecho, tiene que cometer no menos de cuatro o cinco hechos delictivos. De lo contrario, no puede esclarecer absolutamente nada. Esto ocurre en la Argentina y en cualquier parte del mundo. ¿Cuáles son esos delitos? Privación ilegal de la libertad, apremios y violación de domicilio, entre otros. Cuando los comisarios no esclarecen hechos es porque, como se dice en nuestra jerga, no se la juegan” (*Clarín*, 04/10/1990). En “Patti: Manual del buen torturador”, *dossier* del Centro de Documentación del CELS, Buenos Aires, 1999.

La decisión de la Cámara Nacional Electoral acompañó, asimismo, las discusiones que desde el Congreso de la Nación se realizaban en relación con establecer un criterio legislativo sobre las condiciones para la postulación a cargos electorales. En efecto, la Cámara Nacional Electoral señaló:

Que no es desacertado sostener que *la solución global de problemas como el que suscita esta controversia incumbe a la decisión del legislador, por cuanto es de su resorte la reglamentación general de los derechos políticos*. Pero no es menos atinado expresar que la solución individual de esos problemas, cuando son formulados ante los tribunales en causas de su competencia, es propia del Poder Judicial, no para legislar al respecto, sino para resolverlos en el caso y para el caso, con el propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo (cf. arg. Fallos 312:496. El destacado nos pertenece).⁶²

La Ley 26 571, denominada de Reforma de Partidos Políticos, que modificó la Ley 23 298 y fue promulgada el 11 de diciembre de 2009, señala:

Artículo 15. Modifícase el artículo 33 de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos, 23 298, el que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 33. No podrán ser precandidatos en elecciones primarias ni candidatos en elecciones generales a cargos públicos electivos nacionales, ni ser designados para ejercer cargos partidarios:

a) Los excluidos del padrón electoral como consecuencia de disposiciones legales vigentes;

b) El personal superior y subalterno de las Fuerzas Armadas de la Nación en actividad o en situación de retiro cuando hayan sido llamados a prestar servicios;

c) El personal superior y subalterno de las fuerzas de seguridad de la Nación y de las provincias, en actividad o retirados, llamados a prestar servicios;

d) Los magistrados y funcionarios permanentes del Poder Judicial nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y tribunales de faltas municipales;

e) Los que desempeñaren cargos directivos o fueren apoderados de empresas concesionarias de servicios y obras públicas de la Nación, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipalidades o entidades autárquicas o descentralizadas o de empresas que exploten juegos de azar;

f) *Las personas con auto de procesamiento por genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, hechos de represión ilegal constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, torturas, desaparición forzada de personas, apropiación de niños y otras violaciones graves de derechos humanos o cuyas conductas criminales se encuentren prescriptas en el Estatuto de Roma como crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, por hechos acaecidos entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983;*

g) Las personas condenadas por los crímenes descriptos en el inciso anterior aun cuando la resolución judicial no fuere susceptible de ejecución. (El destacado nos pertenece.)

Los partidos políticos no podrán registrar candidatos a cargos públicos electivos para las elecciones nacionales en violación a lo establecido en el presente artículo. Es decir que los partidos políticos, a la hora de presentar sus candidatos, deben seguir esta regla y no pueden postular dentro de la oferta electoral candidatos sobre los que exista una investigación criminal en relación con graves violaciones a los derechos humanos duran-

⁶² Cámara Nacional Electoral, “Muñiz Barreto, Juana María y otros s/impugnan candidatura a diputado nacional”, sentencia del 18/06/2009.

te la última dictadura militar y se les haya dictado un auto de procesamiento.⁶³

Mirado retrospectivamente, es posible reconocer una estrategia de acción durante los procesos de impugnación del candidato Luis A. Patti, que se esforzó por dar forma, armar un sistema de reglas, identificar argumentos del derecho internacional y ponerlos a prueba en el caso, para luego debatir, convencer y solidificar alianzas con aquellos que tenían poder y responsabilidad de decisión en el tema.

REFLEXIONES FINALES

Hemos reseñado hasta aquí el recorrido de la experiencia argentina para inaugurar el debate acerca de la democratización del Estado y los mecanismos institucionales alternativos o complementarios que garanticen el fin de la impunidad. En algunos casos, la búsqueda de espacios institucionales para impugnar y separar de sus cargos a funcionarios actuales o futuros fue una alternativa ante la inexistencia de juicios penales para la determinación de responsabilidades por los hechos del pasado. En otros casos, la búsqueda de esos mecanismos ha sido complementaria de las investigaciones criminales abiertas en la Argentina desde 2001 y desarrolladas con firmeza a partir de 2005.

El debate de las impugnaciones de funcionarios públicos implica el debate de los requisitos morales y éticos necesarios para formar parte de las instituciones de una república. Las restricciones al acceso a cargos públicos, de manera reglada y precisa, siempre que se establezcan procedimientos abiertos, participativos y difundidos, serán fortalecedoras del sistema. Deben ser limitacio-

nes claras y explícitas, basadas en los principios básicos que deben regir el sistema político, tales como los derechos humanos.

Las transiciones han llevado adelante diferentes formas de depuración, lustración o separación de cargos. En la Argentina, luego de veinticinco años, se han ensayado diferentes estrategias alternativas. Si por un lado esto demuestra las enormes dificultades de un proceso signado por las políticas de impunidad, por otro lado también ha servido para zanjar profundas discusiones sobre los principios de legitimidad del sistema político y sobre las normas y los procedimientos que deben regir las distintas instituciones, solución a la que habría sido imposible arribar con medidas más radicales.

La Argentina incorporó el derecho internacional de los derechos humanos a su ordenamiento jurídico y lo hizo a través de profundos debates en las instancias de representación (Congreso nacional, asambleas constituyentes). Los consensos políticos a los que se arribó muchas veces son negados en su calidad de fundamento o decisión de mayorías por contraposición al voto directo. Sin embargo, las discusiones públicas sobre los derechos humanos han caracterizado la democracia argentina desde 1983, y profundos debates políticos iniciados por lo sucedido durante el terrorismo de Estado continúan a raíz de las violaciones a los derechos humanos estructurales, que tienen lugar en democracia.

Estos principios, sus normas y las recomendaciones emanadas de los organismos internacionales obligan a la Argentina a edificar instituciones democráticas separando a los funcionarios implicados en crímenes de lesa humanidad. La inclusión de criterios específicos para inhabilitar la función pública por estas razones es una vía posible, constitucional y efectiva, teniendo en cuenta los contextos sociohistóricos latinoamericanos y las legislaciones internas. Por otra parte, fallos como el de la Cámara Electoral Nacional en el caso "Patti" marcan que sería una solución global para el tema.

63 El Código Procesal Penal establece en su art. 306 que "en el término de diez (10) días, a contar de la indagatoria, el juez ordenará el procesamiento del imputado siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquel es culpable como partícipe de este".

Formas y sentidos de lo represivo entre dictadura y democracia

Pilar Calveiro

Suele existir la tentación de establecer contraposiciones directas –y con frecuencia engañosas– entre dictaduras y democracias, sobre todo cuando se hace referencia a los modelos represivos de una y otra. Sin embargo, este contrapunto no necesariamente ocurre cuando se habla de estos sistemas tal como existen en la realidad y más allá de sus supuestos teóricos.

Lo represivo, más que fluctuar de acuerdo con las características civiles o militares de un gobierno, con su “formato” democrático, se transforma según los giros, vacilaciones y tumbos del poder hegemónico,¹ ya sea que este se asiente en procesos electorales relativamente validados o en modelos autoritarios respaldados por otra vía. Pero el panorama cambia cuando hablamos de democracias apoyadas efectiva y activamente por mayorías que logran delinear un nuevo mapa de las relaciones de poder. Entonces lo represivo no desaparece sino que adquiere formas, intensidades, orientaciones y sentidos diferentes.

En este trabajo se abordan las formas específicas de lo represivo en dos momentos muy diferentes de la Argentina: el terrorismo de Estado y la democracia del siglo XXI, con el objeto de reparar en las obvias distinciones, pero también en las posibles continui-

¹ Se entiende por *hegemonía* el ejercicio del poder político por parte de un conjunto de actores capaces de utilizar no sólo la fuerza sino también importantes niveles de consenso, por medio de la conformación de ideologías y “cuerpos de verdad” acordes con esa organización específica del poder, para mantener las relaciones de dominación existentes.

dades, que nos permitan identificar dónde estamos parados y cuáles son los peligros del presente que es preciso conjurar.

EL TERRORISMO DE ESTADO

El modelo represivo instalado en el país a partir de 1976 –acertadamente caracterizado como terrorismo de Estado–, si bien reconocía continuidades importantes con las prácticas previas del Estado argentino, implicó una nueva forma de articulación de estas prácticas y, sobre todo, de su vinculación con las relaciones sociales de poder, que habían cambiado drásticamente a partir de la derrota de toda propuesta política alternativa al modelo neoliberal, instaurado en la Argentina a partir de entonces.

El nuevo modelo hegemónico –y por lo tanto también represivo– pivotaba sobre la desaparición forzada de personas como su figura principal, articulando en su torno la prisión política como un fenómeno secundario –aunque de ninguna manera irrelevante–, así como el encarcelamiento de los delincuentes de acuerdo con la legislación vigente, que había pasado por un notorio proceso de endurecimiento de las penas.

Cierto es que todas estas formas se habían practicado previamente, en gobiernos civiles y militares, como se detalla a continuación.

1. El sistema penitenciario tenía una larga historia en el país y había transitado por distintas modalidades. Desde fines del siglo XIX, en consonancia con las corrientes del reformismo punitivo, se había instaurado un modelo moderno de prisión, que concebía la cárcel como una institución de seguridad de la sociedad y de “resguardo” del delincuente, antes que como instrumento de castigo físico de este. Sin embargo, esta modernización no impidió que la población encarcelada siguiera siendo objeto de toda clase de abusos, incluida la tortura física.

La Penitenciaría Nacional fue la institución emblemática de esta nueva tendencia, basada en los principios de orden, limpieza,

uniformidad y aislamiento, que, sin embargo, no tardó en convertirse en un espacio de promiscuidad, corrupción e ilegalidad. Allí, como en las demás cárceles del país, que fueron multiplicándose a lo largo del siglo XX, se encerró principalmente a los responsables de delitos contra la propiedad, provenientes de los sectores más desprotegidos de la sociedad. Ya para mediados del siglo XX, el peronismo cambió la perspectiva con respecto al sistema penitenciario, como lo hizo en tantos otros ámbitos de la vida nacional. “Invirtiendo los roles tradicionales del discurso pedagógico correccional, hablaba de los presos como víctimas, y de la sociedad, como culpable”.² Señalaba la discriminación social en general, así como la existente en la administración de justicia, que se hacía ostensible en la conformación de la población carcelaria, compuesta principalmente por pobres. Esto llevó a una serie de reformas del sistema como tal, así como de los programas de reintegración social de los reclusos, una vez cumplida la pena.

Después del derrocamiento del gobierno peronista sobrevino una etapa de alta conflictividad política y creciente violencia social, con la alternancia de gobiernos civiles y militares, que no lograban concluir sus respectivos mandatos. Entre 1970 y 1975 se disparó la tasa de homicidios –incluidos los asesinatos políticos– muy por encima de los promedios previos, y se dio una tasa relativamente baja de delitos contra la propiedad, aunque el perfil de la población penitenciaria siguió correspondiendo mayoritariamente a este tipo de ilícitos perpetrados por los sectores de menores recursos económicos. Se podría decir que a lo largo del siglo XX el sistema penitenciario fue la modalidad central de represión de los ilícitos, centrada principalmente en las transgresiones cometidas por los grupos sociales más vulnerables. Al mismo tiempo, en términos comparativos, la prisión política, que se practicó también de manera permanente, fue cobrando mayor relevancia desde los años sesenta.

² Lila Caimari, *Apenas un delincuente: crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, p. 263.

2. El encarcelamiento de los disidentes políticos fue, asimismo, una práctica bastante reiterada por distintos gobiernos, que alcanzó gran importancia en los años treinta, en contra de socialistas, anarquistas, comunistas y militantes sindicales. En los años cuarenta, aunque el peronismo contó con un apoyo popular sin precedente, existió también una disidencia significativa, que sufrió la represión del Estado, por este mismo medio. La Sección Especial de la Policía investigaba y detenía a los opositores, especialmente comunistas, y los sometía a distintas formas de tortura que incluían el uso de la picana eléctrica, con todas las prácticas asociadas desde entonces a su aplicación: obstrucción de la visión, amordazamiento y música a gran volumen para silenciar los gritos. Ya entonces se hablaba de la “parrilla” y la “máquina” para designar la omnipresente picana.³ Estas prácticas fueron adquiriendo un peso creciente, sobre todo después del golpe de Estado de 1955, durante la Resistencia Peronista, y en los sesenta y setenta, para reprimir a los sindicalistas independientes y a los grupos armados que surgieron y se multiplicaron a partir de la dictadura instaurada en 1966.

3. La desaparición forzada ha sido una de las formas más radicales de ejercicio de la represión en la Argentina –como en otros lugares del mundo–. Esta modalidad es propia de un tipo de poder político que podríamos denominar “desaparecedor”, en el sentido de que asume toda diferencia como una amenaza y, en consecuencia, intenta –y se cree capaz de– hacerla “desaparecer” de cuajo. Esta práctica tuvo manifestaciones muy tempranas en el país, como lo fue la “desaparición forzada” del componente indígena nacional a partir de la “conquista del desierto”, intentando la aniquilación física, primero, y su extinción simbólica, después, por dar un ejemplo. También se puede considerar como parte del mismo registro el intento de “desaparición” del peronismo mediante la ilusoria prohibición de nombrarlo públicamente, que

la Revolución Libertadora estableció en octubre de 1955, en una vana ilusión de hacer “desaparecer” del lenguaje y de la realidad aquello que no podía controlar. Pero su práctica radical mediante el secuestro y la posterior desaparición de la persona física, como algo distinto del asesinato político –ya que implica la desaparición del sujeto jurídico, de su cuerpo, de la prueba, y, en ese sentido, la pretensión de desaparecer el crimen mismo–, se practicó ya en 1962, en el sonado caso de dos dirigentes sindicales: Felipe Vallese y Héctor Mendoza.

Posteriormente, en los primeros setenta, y aun durante la dictadura militar instaurada en 1966, la desaparición de personas fue más allá de los casos aislados. Sin llegar a constituir aún la modalidad represiva predominante, alcanzó a una docena de personas señaladas por su actividad política principalmente en organizaciones armadas –Juan Pablo Maestre, Mirtha Missetich, Marcelo Verd y otros–, de las cuales sólo un cuerpo fue hallado más tarde.⁴ Pero fue en febrero de 1975, en el contexto de la represión del foco guerrillero rural que el Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) había montado en la provincia de Tucumán, cuando el fenómeno desaparecedor alcanzó otras dimensiones. En ese momento, el Poder Ejecutivo, ejercido por María Estela Martínez de Perón, dio la orden de “neutralizar y/o aniquilar el accionar de elementos subversivos que actúan en la provincia de Tucumán”,⁵ respaldado –hay que señalarlo– por los partidos políticos. Aniquilación no es lo mismo que desaparición; de hecho, el general Juan D. Perón ya había declarado el 21 de enero de 1974, después del intento de copamiento de la guarnición militar de Azul por parte del ERP, que había que “aniquilar cuanto antes a ese terrorismo criminal”,⁶ sin iniciar por ello una política de desaparición forzada.

Sin embargo, la modalidad que se adoptó para cumplir el decreto de “Isabel” Perón fue dar intervención al Ejército en la represión de la subversión, y este instauró la desaparición forzada

³ Véase Ricardo Rodríguez Molas, *Historia de la tortura y el orden represivo en la Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1984.

⁴ Véase Eduardo Luis Duhalde, *El Estado terrorista argentino*, El Caballito, Buenos Aires, 1983.

⁵ *La Nación*, 06/02/1975.

⁶ *La Nación*, 21/01/1974.

como método de aniquilamiento. Esto le permitió capturar de manera indistinta a “subversivos” o sospechosos sin traba legal alguna, extraerles toda información útil a los efectos de la represión, para luego deshacerse de ellos sin tener que dar cuenta de lo actuado. Con el Operativo Independencia se inició esta práctica como algo más sistemático y se inauguró una nueva institución represiva: el centro clandestino de detención, que no fue más que un tipo peculiar de campo de concentración y exterminio. La nueva modalidad represiva, ejecutada por una institución militar, que articuló el campo de concentración y la desaparición de personas como metodología estatal de represión, se puso en práctica entonces a nivel regional.

Esta “doctrina” novedosa se ensayó primero en Tucumán y en Córdoba, provincias que fueron una especie de campo de prueba de lo que luego se aplicaría a nivel nacional. Desde entonces se registra el secuestro de militantes políticos y sindicales en centros clandestinos de concentración de prisioneros, que utilizan la detención ilegal y la tortura ilimitada, y cuyo “modo principal de accionar es la reiteración impune de la metodología secuestro-desaparición-tortura, y la reiteración de ese trágico ciclo”.⁷ También entonces surgió la idea de crear un organismo que coordinara a nivel nacional la “lucha contra la subversión”, bajo esa misma hipótesis: la desaparición forzada como mecanismo central y privilegiado de organización de lo represivo.

Si bien todas estas modalidades –el castigo y encierro de los pobres en sistemas penitenciarios fuertemente represivos, el encarcelamiento de la disidencia política y la desaparición forzada– existieron como prácticas estatales previas, el golpe de Estado de 1976 y el inicio de la última dictadura implicó también una reorganización de lo represivo y de la relación de estas prácticas entre sí, en un escenario regional que se inscribía ya entonces en una estrategia global que excedía las fronteras nacionales.

Las hipótesis de guerra que, en su versión clásica, estructuran el accionar de las Fuerzas Armadas para proteger la soberanía nacional se adecuaron a la idea de una guerra global –de Occidente en contra del comunismo internacional– que se libraba dentro del territorio y contra un enemigo que, siendo exterior, actuaba desde dentro –la subversión “infiltrada”–. La desaparición forzada se convirtió, así, en la modalidad represiva central del Estado; no es extraño, se trataba de un Estado desaparecedor que operaría una serie de sucesivas “desapariciones” físicas, psíquicas, legales, económicas, políticas, simbólicas, en torno a las cuales se articulaban todas las otras formas de la violencia estatal.

RASGOS DISTINTIVOS DE LA DESAPARICIÓN FORZADA

- La práctica se instaura en el marco de un *Estado de excepción*, justificado por condiciones también excepcionales que “obligan” a transgredir el derecho y recurrir a *formas extralegales de lo represivo*, a través de las cuales el poder se afirma como absoluto e inapelable, con pretensiones de totalidad.
- La represión ilegal se realiza dentro del circuito de las instituciones legales, dando lugar a una *superposición de circuitos y prácticas legales/ilegales*.
- El aparato represivo y de seguridad interior, encargado de estos procedimientos, pasa de estar controlado por las policías a manos de las *Fuerzas Armadas* y, en especial, de sus *servicios de inteligencia*, centralizados en un mando único y en una comunidad informativa. Se habla de la militarización de la sociedad, pero también se podría hablar de la *policialización* de las Fuerzas Armadas con su consecuente deterioro.
- Se persigue a la disidencia radicalizada, en especial a los grupos armados, pero el foco se va ampliando a toda la periferia, para concluir que todo disidente es potencialmente culpable. No se requieren pruebas legales sino que *la sola sospecha hace al culpable*.

⁷ Juan Martín, en Eduardo L. Duhalde, ob. cit., pp. 49-50.

- Mediante la *tortura irrestricta e ilimitada* –en el tiempo y en las formas– del prisionero, se le extrae información, se lo somete a todas las formas de *deprivación sensorial*, se lo “vacía” de su humanidad y se lo desecha, como *cosa prescindible, haciendo desaparecer todo rastro de la persona y, por último, sus restos*.
- El *campo de concentración* –que se podría entender también como un *campo de aislamiento*–⁸ es la institución central para el desarrollo de estas prácticas, que funciona según los principios de una *maquinaria burocrático-desaparecedora*.
- Su funcionamiento es posible porque arraiga fuertemente en prácticas públicas y privadas previas, “naturalizadas” por *sectores importantes de la sociedad*, que son parte de la lógica y la trama desaparecedoras.
- Aunque la existencia de los campos de concentración se niega y se silencia, no constituyen un secreto para nadie; es algo que *todos saben pero de lo que no se habla*; es un universo de desaparición que reclama su propia “desaparición”, bajo el influjo del *terror al que está sometida toda la sociedad*.
- El modelo se orienta a aterrorizar a los prisioneros y a la sociedad en su conjunto, para *lograr una parálisis general* y producir sobre todos ellos las transformaciones “necesarias” para constituir una sociedad obediente y sumisa.

En torno a esta maquinaria desaparecedora se moldearon los demás dispositivos represivos, que adoptaron también algunas de sus modalidades.

Desde antes del golpe de Estado de 1976 ya se registra la llegada a las cárceles de detenidos que habían estado secuestrados previamente, así como la amenaza de tirar vivos a los prisioneros al mar

o a diques, en situaciones de traslado de las personas entre distintos centros de reclusión.⁹ La idea de esta forma de eliminación parece haberse gestado como posible desde antes de su aplicación en contra de los “desaparecidos”.

Una vez consumado el golpe, los presos políticos vivieron en las cárceles –como ocurrió en toda la sociedad– *bajo condiciones de excepción*, expuestos a todo tipo de *prácticas extralegales*, acordes con *el plan de exterminio* de la disidencia. Las instituciones penitenciarias pasaron a estar bajo el control de las Fuerzas Armadas. En ellas se asesinó a los prisioneros con la más absoluta impunidad, ya sea como mecanismo de represalia o bien por considerarlos “peligrosos”, es decir, “irrecuperables”. También se utilizó la figura del “traslado” como eufemismo para encubrir la *eliminación lisa y llana de las personas*.

Aun estando dentro del dispositivo legal, que reconocía la existencia de la persona dentro de las instituciones penitenciarias, estas *podían “desaparecer”* dentro de la red de penales o debido a su traslado a centros clandestinos de detención. De la misma manera, en las cárceles “aparecían” personas previamente “desaparecidas”, lo que evidencia la *fuerte conexión entre la red represiva “legal” y la “ilegal”* o, en otros términos, la extensión de la excepcionalidad.

También se verificó el uso de la *tortura de manera irrestricta*, llegando a causar la muerte de algunos presos, junto a todas las formas de *humillación y aislamiento*, tendientes al vaciamiento y anulación de la persona. La forma principal de castigo utilizada fue el aislamiento, como en los campos de concentración. Con frecuencia se los mantenía durante largos períodos en celdas de castigo, donde pasaban meses en la oscuridad, el frío y la soledad más absoluta. En la cárcel nueva de Caseros, si bien los detenidos estaban en celdas contiguas, no podían hablar entre sí, ni compartir alimentos, ni cantar, ni reírse, obligándolos a un aislamiento radical y enloquecedor. Durante años, los presos políticos se vieron privados del contacto con sus familiares y de defensa legal, en una

8 Aísla a los sujetos entre sí, al campo de la sociedad y se orienta a la ruptura de los lazos sociales y políticos para fragmentar, es decir, aislar.

9 Véase Santiago Garaño y Werner Pertot, *Detenidos aparecidos*, Biblos, Buenos Aires, 2007.

suerte de *desaparición de su condición de sujetos jurídicos*. Acorde con todas estas figuras de la excepcionalidad, sus familiares se vieron expuestos al secuestro y la detención arbitrarios como forma de represalia. Las cárceles no replicaron sobre los presos políticos el modelo concentracionario sino que fueron su caja de resonancia, en configuraciones distintas de la represión y de las resistencias. Pertenecen a otra cara del terrorismo de Estado, pero fueron parte del dispositivo desaparecedor.

Por su parte, la condición de los presos comunes no fue ajena al dispositivo. A partir de 1976, la junta militar promulgó 1783 leyes y 18 146 decretos,¹⁰ entre los que sobresalen la creación de la Policía Aeronáutica Central y el establecimiento de su jurisdicción en todos los aeropuertos del país, ligada probablemente al *uso de esas instalaciones para el traslado y eliminación de prisioneros*. Con respecto a la legislación general, crece entonces la fuerza represiva del Estado, se endurece la legislación penal y aumentan los castigos para diversos delitos.¹¹

Estas circunstancias, sumadas a la intimidación efectiva que el terrorismo de Estado logró imponer sobre toda la población, llevaron a una disminución de la tasa delictiva en esos años. Sin embargo, es posible también que, por el mismo efecto del terror, el miedo a acercarse a cualquier dependencia represiva, como las policías, haya disminuido el porcentaje de denuncias en relación con los ilícitos. Lo cierto es que *miedo, disciplinamiento social y silencio* se conjugaron señalando, entre 1976 y 1983, una disminución significativa en la tasa de hurtos, de robos y de homicidios –sin contar los perpetrados por el Estado–.¹² Si el fenómeno de la desaparición forzada, por sus dimensiones y por su centralidad en el sistema represivo, tendió a concentrar la atención, dejando en un

segundo plano la cuestión penitenciaria, otro tanto ocurrió entre la situación de los presos políticos y los comunes.

La mayor parte de las denuncias y reclamos se refería a la situación desesperada de los presos políticos. La *información existente es bastante escasa* con respecto a las tasas de delito, las políticas públicas al respecto, las acciones de las fuerzas de seguridad, las condiciones de vida de los presos comunes y el papel desempeñado por el Poder Judicial. En términos generales, sabemos que el delito, como parte de las cuestiones de seguridad interna, se abordó desde el ámbito de las fuerzas de seguridad, en torno al Ministerio de Defensa, es decir, de las Fuerzas Armadas, como parte de su *policialización*, antes mencionada. Durante la dictadura, “el tema de la seguridad fue comprendido como un *todo* que no diferenció competencias ni jurisprudencias, ya que la temática en sí era de total responsabilidad de las Fuerzas Armadas”.¹³

Por lo tanto, la escasez de información puede entenderse, como lo propone Gallardo Terán, en el sentido de que la persistencia del delito implicaría un cuestionamiento al poder de las fuerzas de seguridad, inaceptable en el contexto del terrorismo de Estado. Sin embargo, con respecto a su tratamiento, se cuenta con ciertos indicios sobre algunos aspectos del sistema penitenciario y de impartición de justicia, como *la práctica de la tortura*. Al igual que en el caso de los presos políticos, se utilizaba el tormento como medio para obtener confesiones. Así, por ejemplo, el 21 de enero de 1979, el *Buenos Aires Herald* denunciaba la aplicación de apremios ilegales y torturas, como la aplicación de choques eléctricos, para obtener la confesión de siete presos acusados por el secuestro de un niño, quienes habrían permanecido detenidos durante tres años, para ser liberados finalmente por falta de pruebas.¹⁴

En el mismo año, el Comité de Solidaridad con el Pueblo Argentino denunciaba las “*condiciones infrahumanas en las cárceles* del

10 Roberto Gallardo Terán, *Políticas de seguridad asociadas al delito en dictadura y democracia*, CLACSO, 2004, p. 9.

11 María I. Bergoglio, “Efectos de la institucionalización democrática”, disponible en <www.bibliojuridica.org/libros/3/1078/4pdf-1741k>.

12 “Dirección General de Reiniciencia Criminal”, en María I. Bergoglio, ob. cit.

13 R. Gallardo Terán, ob. cit., p. 24.

14 Véase Gregorio Selser, *Cronología de las intervenciones*, UACM, México, 2010 (22-23/01/1979).

país”, así como la presencia de enfermedades crónicas y desnutrición.¹⁵ Y un año después, la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos (APDH) señalaba “las condiciones *vejatorias para la condición humana* que subsisten en los establecimientos carcelarios”.¹⁶

Podemos concluir que la dictadura estructuró un *modelo estatal y represivo acorde con el proceso de mundialización* del capitalismo, en el contexto de un mundo *bipolar*. La noción de *guerras internas* que se implementó en distintas realidades nacionales, a partir de la doctrina de la seguridad nacional, resultaba funcional para la Gran Guerra Fría que se libraba en aras del control planetario. Es decir que respondió, de manera particularmente radical, a la forma específica de acoplamiento de la periferia a las necesidades de un capitalismo que ya pugnaba por mundializarse. Se trató, por lo tanto, de un *modelo represivo que excedió los límites de lo nacional*, que se articuló a nivel regional –como lo muestra el llamado Plan Cóndor– y se alineó con el *proyecto capitalista de control del mundo*.

En la realidad política argentina, las Fuerzas Armadas –y, en particular, el Ejército– por décadas habían ocupado el centro del aparato estatal, con el acuerdo de la mayor parte de los grupos dominantes. De manera que la superposición de lo bélico y lo represivo, es decir el hecho de que los militares asumieran funciones de represión interna –la policialización de las Fuerzas Armadas–, era parte de un proceso previo y resultó relativamente “natural” para la sociedad. Sin embargo, la noción de librar una guerra interior, la construcción bélica de un “enemigo infiltrado” fue parte de este proceso de mundialización y, a nivel local, una “novedad” que aportó el llamado Proceso de Reorganización Nacional. En relación con la policialización, es importante señalar que, dentro de las estructuras militares y del comando de las operaciones de la llamada “guerra sucia”, el núcleo central del modelo represivo y su centro de poder se asentaron en los servicios de inteligencia de cada una de las armas.

15 *Ibíd.* (31/01/1979).

16 *Ibíd.* (03/04/1980).

Se implantó un sistema represivo de corte autoritario, es decir binario, a partir de una lógica compleja que superpuso la visión bélica con la policíaca para engendrar el modelo desaparecedor como núcleo de todo el dispositivo. Cabe señalar que la idea de desaparición de otro-enemigo no constituyó una novedad sino que su filiación se puede rastrear cuando menos en los genocidios de la Segunda Guerra, de los que Auschwitz constituye el ejemplo paradigmático. En el caso argentino, combinó y fusionó las ideas de enemigo a exterminar, delincuente a castigar y el otro a desaparecer, inventando un enemigo (el otro), haciendo del delincuente una suerte de enemigo y del otro (en este caso, el disidente político), un delincuente y enemigo a la vez. Esta serie de superposiciones orientó toda la maquinaria en torno a la construcción, primero, y la persecución y eliminación, después, de ese otro que era preciso desaparecer.

Las formas que adquirió la desaparición forzada en los centros clandestinos –depósitos de personas impedidas de todas las atribuciones de lo humano– y los procedimientos de eliminación de las personas –arrojadas como “paquetes” al mar– permiten reconocer prácticas de *deshumanización*, por lo que eran tratadas como cosas desechables.

Asimismo, lo concentracionario se estructuró como maquinaria de eliminación del Estado, con la capacidad de seleccionar *quiénes debían morir y quiénes merecían vivir*. En algún sentido, la preservación de las detenidas embarazadas hasta el momento del parto fue una forma de ir más allá del simple *dejar vivir*, para entrar en el *hacer vivir*. Administrar vida y muerte es una de las ambiciones permanentes de todo *biopoder*.

La desaparición forzada –práctica ilegal que fue el núcleo de todo el dispositivo– se practicó desde las instituciones legales, de acuerdo con sus jerarquías y siguiendo las órdenes emanadas de los más altos mandos. Se formó una suerte de red legal/ilegal, en donde los mismos sujetos y las mismas instituciones operaban indistintamente en una u otra dimensión, con autorización para hacerlo y con una discrecionalidad creciente.

Junto a la desaparición forzada de personas, todo el modelo llevó a la desaparición de la política y, con ella, al desvanecimiento

de lo público, con una fuerte retracción de la sociedad hacia los espacios privados.

DEMOCRACIAS NEOLIBERALES

El fin de las dictaduras y el retorno a la democracia no implicó en la Argentina, ni en ningún otro lugar, el fin de la *dominación* sino su organización bajo otros parámetros, que implicaron nuevas formas de organización de la política, de la economía, de la subjetividad, y, en consecuencia, nuevas modalidades de ejercicio de lo represivo. Vale la pena señalar algunas características de ese “giro hegemónico”, para comprender cómo funciona el sistema, qué incorpora, qué excluye, qué castiga.

La globalización impuso un modelo económico –el neoliberal– y político –la democracia restringida– único. En principio, se trata de dos procesos contradictorios y enfrentados, ya que el neoliberalismo tiende a generar exclusión creciente del ingreso –y, por consiguiente, de todos los ámbitos de la sociedad–, mientras que la democracia se propone la ampliación constante de la participación política, inseparable de la participación en los recursos económicos, la educación, la cultura, etcétera. Sin embargo, en la medida en que la democracia se restrinja a un cuerpo normativo –propuesto, administrado y convalidado por las elites–, esa contradicción es sólo aparente. El mundo global así lo demuestra; a la vez que se transita hacia las democracias en todas las latitudes, la polarización del ingreso y el aumento de la exclusión son un dato constante.

Uno de los rasgos principales de la reorganización neoliberal del mundo es que extendió la racionalidad del mercado a todos los ámbitos de la vida. La lógica económica del rendimiento se validó para el análisis de problemáticas de otro orden, como el político y el social, asfixiándolos. De ello se deriva una *desestructuración de la política* y un debilitamiento del Estado. “El mercado ya no es un principio de autolimitación del gobierno (como en el liberalismo clásico), es un principio que se vuelve contra él. Es una

suerte de tribunal económico [...] que pretende juzgar la acción del gobierno desde el punto de vista estricto de la economía y el mercado”,¹⁷ entorpeciendo.

La figura por excelencia de este control económico que penetra y restringe el ámbito de lo político en general –así como de lo específicamente estatal– es la *corporación*. Las nuevas formas de la dominación pasan por el *control corporativo* –es decir, descentrado del Estado y concentrado en diferentes grupos de poder económico– de la totalidad de los recursos sociales. Se trata de una red financiero-militar-tecnológico-comunicacional en sus nodos centrales, con muchos focos o centros de poder diferenciados por sus funciones y por su potencia, pero siempre interconectados. Se rige por las reglas de un *mercado mundializado*, es decir, por una *competencia pautada* en beneficio de los sectores más poderosos y concentrados. Para penetrar en todos los ámbitos y espacios estructura el discurso de la competencia, tanto en lo económico como en lo político, pero se trata de una competencia en la que las cartas están marcadas. El juego está predeterminado en beneficio de los que controlan la mayor parte de los recursos –y al Estado como un recurso más–.

Bajo este esquema de “libre competencia”, el aparato estatal no es neutral en absoluto, pero se le exige cierta “lateralidad”, de manera que cree y aplique las normas acordes al modelo sin restringir ni dificultar los procesos de acumulación. Es por esa razón, y no por una voluntad antiautoritaria, que en los grandes centros de poder proliferan los *discursos contrarios a la homogeneización nacional o estatal*; se reivindica la división y autonomía de poderes; se propicia la creación de entes autónomos y reguladores que “controlarían” y “limitarían” el poder del Estado; se persiguen transparencias, consensos y cierto *fair play* político. La mayoría de estos supuestos son una auténtica ficción, que opera en el ámbito de los discursos y aun de las representaciones, lo que no es irrelevante, aunque no alcanza a conformarse como realidad política.

17 Michel Foucault, *Nacimiento de la biopolítica*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, p. 286.

Lo que en verdad limita el poder estatal es *el poder corporativo*, que reconoce distintos centros, fuertemente conectados entre sí, en competencia y reacios a cualquier centralización o normatividad que pudiera eventualmente contenerlos. Son libérrimos en un mundo perfectamente abierto para su penetración. Nada más opuesto a esta construcción del mundo global que aquellos grandes Estados militar-policíacos de los años setenta.

En este sentido, Michel Foucault advertía, ya a fines de los setenta, que el tipo de sociedad que engendra el neoliberalismo no se correspondía con un modelo disciplinario a ultranza –de introyección radical de la norma– ni con una normalización rígida que expulsa todo lo no normalizable –al estilo del terrorismo de Estado–, sino con “una sociedad en la que haya *una optimización de los sistemas de diferencia*”.¹⁸

Una primera diferencia sustantiva –que organiza todo el cuadro– es la relativa al derecho. La coexistencia del Estado de Derecho –del que se jactan las democracias actuales– con un verdadero Estado de excepción por el que buena parte de la población –migrantes, pobres, delincuentes– queda fuera de toda protección legal, por un lado, así como la multiplicación dentro del derecho ordinario de figuras de excepcionalidad, por otro, restringen el principio de universalidad de la ley y nos reenvían a sociedades con fueros y sistemas de derechos y prohibiciones diferenciados.

Un aspecto central en los sistemas de diferencia es la gestión y administración de la vida misma: hacer vivir, dejar vivir, dejar morir y hacer morir se presentan como gradaciones de un biopoder que, al administrar la vida y la muerte, diferencia a los grupos sociales de acuerdo con su acceso a ella dentro de la especie. Esto no significa que desaparezcan las viejas formas de lo represivo, sino que se superponen con las nuevas. Así, la gran trama del poder global deja morir –a poblaciones enteras, por hambre o por enfermedades curables–, pero también mata –en sus “guerras” inventadas–; hace vivir –como en los sistemas de reproducción

asistida–, pero la mayor parte de las veces tolera la vida, mientras que no represente un estorbo para la acumulación.

Desde esta preocupación por ciertas vidas –a costa de otras– surge la preocupación por *la seguridad*. Cada vez más se habla de la seguridad en términos globales, convocando al desarrollo de sistemas de control que abarquen la totalidad del planeta y de sus habitantes. En este sentido, algunos autores hablan del *Estado securitario*¹⁹ que, pretendiendo controlar todo, desarrolla tecnologías de comunicación, de seguimiento, bases de datos gigantescas, para terminar por no controlar nada, aunque generando grandes niveles de violencia.

En realidad, más que el control completo de la seguridad, lo que opera es el *traslado sucesivo de los riesgos*, que se ha ido desarrollando durante décadas. Si se logra trasladar los riesgos de los centros a las periferias, el sistema puede seguir operando sin mayor daño. Del banquero al cliente y de este al usuario durante las crisis económicas; del oficial al soldado y de este al civil en los acontecimientos bélicos; del político al capo mafioso que le paga sus campañas electorales y de este al delincuente menor que opera las redes de distribución. Es un proceso de traslado y diferenciación, que impacta finalmente en las terminales del sistema, que es donde se encuentran los sectores más desprotegidos: civiles, usuarios, pobres no propietarios. Ellos “ponen el cuerpo” para que, quienes tienen seguros, *aseguren* sus cuerpos poniéndolos a resguardo. Finalmente, todos son reducidos a la sola condición de cuerpos, con mayor o menor expectativa y calidad de vida.

La inflación de la preocupación por la seguridad se resuelve por esta transferencia y a través de la creación de dos escenarios de representación: la guerra contra los enemigos (guerra antiterrorista, principalmente) y el encierro de los delincuentes. Hay que decir que, en concordancia con lo desarrollado previamente,

18 M. Foucault, ob. cit., p. 302. El destacado nos pertenece.

19 Véase Fernández Bessa, Silveira Gorski, Rodríguez Fernández y Rivera Beiras (comps.), *Contornos bélicos del estado securitario*, Anthropos, Barcelona, 2010.

ambas son actividades de alta rentabilidad económica, que conectan los *servicios de inteligencia, la política y los negocios*.

La *guerra antiterrorista* –en especial, la construcción del terrorismo como amenaza de la seguridad global– es fundamental para abrir a la globalización cualquier Estado que se rehúse a hacerlo, así como para mantener y demostrar el poderío bélico, que disemina el miedo y favorece la obediencia. Pero es sobre todo el sustento básico del Estado de excepción desde el que se instala el sistema de diferencias –entre quienes tienen derechos y quienes no los poseen– a nivel del derecho y del sistema penal. A su vez, desde esta figura, se ha abierto la autorización de hecho para la reclasificación y aplicación de diferentes prácticas de tortura. El terrorista es menos que un enemigo –ya que no le asiste ni el derecho bélico– sobre el que rige la máxima excepcionalidad, justificada por la sola sospecha. Puede afirmarse que la “guerra” antiterrorista es una construcción artificial, de la misma manera que lo fue la guerra antisubversiva en los años setenta, y, al igual que esta, utiliza las redes legales de poder para la consumación de prácticas ilegales que fusionan, como parte de un mismo circuito, lo legal/ilegal, conectando con uno y otro según las necesidades del sistema.

Por su parte, el *combate contra la delincuencia* tiene un lugar señalado en esta reorganización global de la hegemonía. También aquí se ha acuñado una nueva categoría y algunos autores hablan del tránsito del Estado social al *Estado penal*²⁰ para caracterizar la tendencia creciente –a nivel global– al encarcelamiento de personas, en especial de aquellas pertenecientes a los sectores más vulnerables de la sociedad.

El modelo neoliberal ha incrementado la marginación social, a la vez que ha alentado todas las formas de acumulación, ya sean legales o ilegales. De hecho, una de las características de esta nueva fase de acumulación es la *articulación de los circuitos legales con los ilegales*. En este contexto, los grupos excluidos de la economía

formal, son empujados a incorporarse a la “informal” a través de las redes delictivas. De esta manera, encuentran un nicho de subsistencia, se los “deja vivir”, y resultan útiles para algunas de las formas más eficientes de acumulación.

La proliferación de estas redes delictivas, protegidas por centros económicos y políticos de poder, aumenta los hechos de violencia y la criminalidad, de lo que derivan las demandas sociales por una mayor seguridad. La respuesta institucional y mediática se orienta al incremento de las penas y al endurecimiento de la acción penal. Ante el reclamo de más presos por más tiempo, las policías detienen a quienes resulta más fácil capturar e incriminar –jóvenes, pobres, “perejiles”– y los jueces los condenan duramente. Cuando llegan a la prisión son doblemente víctimas: de la cárcel y de las redes delictivas importantes que actúan desde dentro mismo de las prisiones. Muchos de ellos pasan entonces, definitivamente, a ser funcionales a las redes delictivas, coludidas con los poderes institucionales. Pasan a ser útiles para la acumulación ilegal dentro y fuera de las prisiones y, si lo logran, se los deja vivir. En caso contrario, se los deja morir allí dentro, o incluso se los mata.

Guerra contra enemigos hipotéticos y encarcelamiento de los excluidos son los dos mecanismos principales de la violencia estatal dentro del mundo global. Ambos se orientan a la diferenciación entre quienes merecen o no la vida y a qué tipo de vida pueden ser merecedores. Una gran cantidad de la humanidad es catalogada del lado de la muerte: se los hace morir o, sencillamente, se los deja morir, como materia desechable. Son “sujetos de riesgo”, definidos así desde lo social, lo económico, lo cultural, no porque pongan en riesgo a la sociedad –que en realidad tiene muchos mecanismos para protegerse– sino porque ellos mismos están en riesgo permanente de enfermedad, criminalización, violencia, y muerte.

Por último, cabe señalar que las formas de organización de lo represivo en la fase global –guerra y encierro– no restringen su efecto a los grupos sobre los que se las aplica de manera directa. Por el contrario, tienen *una dirección y una resonancia que hacen blanco en el conjunto social*. Todos somos considerados, a la vez,

20 Loïc Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos Aires, 2000.

como eliminables o como desechables, según nuestra funcionalidad en un momento determinado.

LOS “AGUJEROS” DE LA DEMOCRACIA

La radicalidad que el modelo desaparecedor adoptó en la Argentina bajo el terrorismo de Estado –aunado a otros factores políticos, como la pérdida de legitimidad de las instituciones armadas después de la Guerra de Malvinas y la resistencia constante de la sociedad civil contra las políticas de olvido, amnesia y amnistía– llevó a que la democracia asumiera una política de derechos humanos que pasó por distintas etapas. Con mayor o menor voluntad política, los gobiernos se vieron obligados a atender de alguna manera el problema, que finalmente encontró, durante los gobiernos de Néstor Kirchner y Cristina Fernández, la voluntad política para juzgar y castigar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad.

Como consecuencia de ello, hacia mediados de 2010, de las 1494 personas involucradas en procesos de esa naturaleza, menos del 10% quedó libre de cargos. Si de los 1355 implicados se excluye a los que para esa fecha sólo habían sido denunciados, indagados, permanecían prófugos, se habían declarado incapaces o habían fallecido, quedaba un total de 746 personas (49,9%), de las cuales 77 habían sido condenadas y 669 estaban siendo procesadas. De estas, 33% pertenecía al Ejército; 27% a las policías provinciales; 14% a la Armada; 3,5% a la Policía Federal; 3,2% al Servicio Penitenciario provincial; 2,5% al Servicio Penitenciario Federal; 2% a la Prefectura Naval; 1,8% a la Gendarmería; 1,6% a la Fuerza Aérea; 1,6% a las fuerzas represivas uruguayas, y 7,6% a civiles comprometidos en la represión ilegal.

No es posible afirmar que esta distribución corresponde puntualmente a la responsabilidad efectiva de cada uno de estos grupos en la desaparición forzada durante el terrorismo de Estado. De hecho, la Fuerza Aérea, fuertemente involucrada en los “vuelos de la muerte”, parece haber logrado una subrepresentación

significativa. Sin embargo, en términos generales, es posible comprobar el predominio de casos dentro del Ejército, las policías y la Armada, que coincide con las más altas responsabilidades en la política de desaparición forzada de los años setenta.

También es significativo que, de los 669 procesados, 63,5% estuviera en prisión preventiva y más de la mitad de los condenados fueran oficiales de alto rango, segmento que también tenía una alta representación entre los procesados.

La condena a las modalidades represivas de los Estados dictatoriales de los años sesenta y setenta es común en las actuales democracias que, como ya se señaló, forman parte de *otro modelo hegemónico*. Sin embargo, por lo regular, tales condenas son más del tipo discursivo que judicial. En todo caso, implican reparaciones económicas y simbólicas para las víctimas, eventualmente el juicio de ejecutores directos de mediana o baja graduación, pero por lo general evitan el enjuiciamiento de los responsables máximos.

El caso argentino es una excepción, dado que los primeros juzgados y encarcelados fueron los titulares de las tres juntas militares, es decir, las cabezas del Proceso, ya en 1985. Se estableció desde entonces que el principio de responsabilidad, en tanto se trataba de una política institucional del Estado, regido en ese momento por las Fuerzas Armadas, se correspondía con la cadena de mandos. Más tarde, tras la anulación de la Ley de Obediencia Debida durante el kirchnerismo, se estipuló que los subordinados no quedaban exentos de responsabilidad por la comisión de estos crímenes. Todo ello dio lugar a los procesos judiciales a los que nos hemos referido.

Puede afirmarse que el gran número de imputados, el alto porcentaje de los que permanecen en prisión, su distribución por armas y su jerarquía, así como la gran difusión pública de los procesos hablan de una clara decisión social y política de *condenar las prácticas del terrorismo de Estado*, de cerrar esta vía para el futuro político del país y de *romper con la antigua tradición de impunidad estatal*. En otros términos, no se restringe a la dimensión discursiva y “reconciliadora” que predomina en las democracias globales, sino que marca una voluntad de profundización democrática, al romper con la impunidad del Estado, mecanismo central de colu-

sión y complicidad entre los sectores que lo administran; es decir, quienes componen la clase política. La corrupción y la impunidad –que se superponen y se alimentan una a la otra– son dos de los grandes sustentos de las democracias globales. Con los juicios contra los responsables del terrorismo de Estado, el gobierno argentino *rompió lanzas con los grupos que articularon la red de poder previa*, sin propiciar acuerdos, negociaciones o vías de escape, para establecer, a partir de ahí, otras relaciones de poder que, como todas, tendrán sus propias formas de organización de lo represivo.

Hoy, la violencia estatal reconoce diferencias importantes respecto de los años setenta. En primer lugar, establece dos ámbitos de acción diferenciados entre las Fuerzas Armadas y las policías, de acuerdo con la distinción clásica entre defensa nacional y seguridad interior. Esta última se ejerce desde el Estado de Derecho, bajo la figura de “protección de la sociedad”, en contra de quienes violan la ley, es decir, de los delincuentes. Para ello, en 1991 se creó la Dirección de Política Criminal como dependencia del Ministerio de Justicia, orientada a investigar y establecer programas destinados al control del delito, sus consecuencias y la respuesta punitiva del Estado. Ya se mencionaba en ese momento “el aumento en los indicadores de la actividad delictiva en las grandes ciudades del país”.²¹

Si bien la tasa general de delitos se duplicó en los años inmediatos al restablecimiento de la democracia, entre 1983 y 1996, según la Dirección General de Reincidencia Criminal,²² fue recién en los noventa que el tema cobró fuerza en la opinión pública.²³ Sin embargo, se trataba principalmente de delitos contra la propiedad vinculados con la pobreza, el desempleo, las desigualdades socia-

les y, muy claramente, con la hiperinflación. Un dato que avala este argumento es que, si entre 1984 y 1989 la tasa de hurtos fue de 591,97 cada 100 000 habitantes, sólo en 1989, cuando la inflación creció de manera extraordinaria, esa tasa se elevó a 864.²⁴ No ocurrió lo mismo con la de homicidios, que se incrementó pero en una proporción mucho menor.

Durante la década menemista el incremento de los delitos fue enorme. Entre 1991 y 2000, la tasa delictiva general se duplicó, así como los delitos contra la propiedad y contra las personas. Sólo los homicidios dolosos descendieron.²⁵ El año 2002 marcó un pico en todos estos indicadores, en especial en relación con los delitos contra la propiedad, que aumentaron 23% en sólo dos años. A partir de ahí se registra un descenso importante en la tasa general, así como en los delitos contra la propiedad, que se reducen 13 y 27%, respectivamente, entre 2002 y 2007.²⁶

En paralelo con este fenómeno, aunque no como consecuencia directa, se verifica el incremento constante de la población penitenciaria, que pasó de una tasa de 63 presos cada 100 000 habitantes en 1992, a 109 en 2001, es decir que experimentó un aumento del 73% durante el menemismo. Luego, entre 2001 y 2006, trepó aún más, pasando de 109 a 154, lo que implica un crecimiento todavía más acelerado (41% en sólo cinco años), si bien hacia 2007 bajó a 132.²⁷ No obstante, si se toman en cuenta los presos alojados en las comisarías del país, esta tasa habría llegado en 2008 a 156 presos cada 100 000 habitantes.²⁸

21 R. Gallardo Terán, ob. cit., p. 17.

22 M. I. Bergoglio, ob. cit., p. 34.

23 Es importante aclarar que los datos y estadísticas que dan cuenta de los delitos cometidos –así como los que se refieren a la violencia policial– tienen distintos criterios de producción, lo que dificulta una comparación rigurosa de la evolución del fenómeno a lo largo de los años. Asimismo, también hay que considerar la relativa fiabilidad de los datos, que pueden ser muy endeble, de acuerdo con las metodologías de medición utilizadas en cada caso.

24 M. I. Bergoglio, ob. cit., p. 34.

25 La tasa de hechos delictivos pasó de 1484 a 3051; la de delitos contra las personas de 255 a 548 y la de delitos contra la propiedad de 994 a 2035. En cambio, los homicidios dolosos descendieron de 7,5 a 7,2.

26 Dirección de Política Criminal, “Evolución anual de hechos delictivos registrados”, disponible en <http://www.jus.gov.ar/media/28415/TotalPais2007_evol.pdf>.

27 Internacional Centre for Prison Studies (ICPS), King’s College of London, disponible en <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/wpb_country.php?country=212>, 2010.

28 Ministerio de Justicia, en CELS, *Informe anual 2008*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009, p. 2.

El aumento constante de la población penitenciaria no está asociado necesariamente al incremento de las tasas de criminalidad ni a una mayor eficiencia de la justicia para castigar la misma cantidad de delitos. Esto es evidente por el hecho de que, mientras la tasa de hechos delictivos aumentó 37% entre 1997 y 2006, la tasa de encarcelamiento subió más de 50%, y esta tendencia fue aún más pronunciada en la provincia de Buenos Aires.²⁹ Asimismo, mientras que la tasa delictiva descendió entre 2002 y 2007, como señalamos, la tasa de prisioneros siguió subiendo.³⁰

Pese a ello, la percepción social de la alta criminalidad e inseguridad no ha disminuido, y ha sido claramente alentada por las grandes corporaciones de la comunicación. En el mismo sentido, las encuestas de victimización –elaboradas con metodologías más que dudosas– contribuyen a afianzar dicha percepción, así como a destacar la insuficiencia de la procuración de justicia; ya en 1996 estimaban que 70% de los delitos no se informaban, como indicativo de la baja eficiencia del sistema penal en su persecución.³¹

La lógica social propiciada fue la del rebasamiento de las autoridades por parte del crimen y, en consecuencia, la alta inseguridad, que, para ser controlada, exigiría contar más recursos materiales y humanos para las policías, así como más instrumentos legales para penalizar a los delincuentes. La demanda se ha centrado, entre otras cosas, en el endurecimiento del sistema, de manera que se propiciaron reformas judiciales orientadas a reducir la edad penal, incrementar las sanciones³² y ampliar las causales para el encierro preventivo, que en la Argentina alcanzan al 63% de los detenidos,³³ y en el caso de la provincia de Buenos Aires, al 85%

de las mujeres y el 76% de los hombres.³⁴ Todo ello lleva a que aumente la proporción de gente encarcelada por la simple sospecha de haber cometido un delito o por infracciones muchas veces menores, sin que por ello disminuya la criminalidad, ya que “ningún criminólogo del país va a decir que, si las penas son más duras, la delincuencia va a disminuir. Lo que hace que la delincuencia disminuya son medidas sociopolíticas, como el pleno empleo”.³⁵

Las víctimas de estas políticas de endurecimiento contra el crimen son principalmente hombres pobres y jóvenes, cada vez más jóvenes. El XIV Informe de la Coordinadora contra la Represión Policial e Institucional señala que en los primeros diez meses de 2009 se registraron 269 muertes de adolescentes a manos de la policía –incluida la desaparición de algunos, como Luciano Arruga en enero de 2009– y que “‘policías, gendarmes, prefectos, servicios penitenciarios y vigiladores privados nos mataron 2826 chicos desde el 10 de diciembre de 1983 hasta hoy’. El 51% cayó víctima del ‘gatillo fácil’ y el 33% murió en la cárcel, la comisaría o bajo custodia”.³⁶ Estas violaciones son particularmente graves en la provincia de Buenos Aires, donde se denuncian suicidios y autolesiones de adolescentes en los lugares de encierro, aplicación de torturas y malos tratos, uso frecuente de medidas disciplinarias como el aislamiento y utilización excesiva de la prisión preventiva para los menores de 18 años.³⁷ Todo esto ha sido posible en virtud de la impunidad de las policías y las reducciones de la edad penal, que vuelve imputables a los menores de 16 años. No satisfechos con eso, los legisladores discuten iniciativas de ley para reducir aún más la edad penal, llevándola a 14 años, es decir, para encarar a niños.

29 *Ibíd.*, p. 5.

30 Internacional Centre for Prison Studies, art. cit.

31 M. I. Bergoglio, *ob. cit.*, p. 35.

32 Las condenas a prisión por más de cinco años han pasado del 10,6% a ascender a 18,1% del total. Véase CELS, *Informe anual 2008*, *ob. cit.*, p. 7, disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/carceles_ia2008.pdf>.

33 *Ibíd.*

34 Comisión Provincial por la Memoria (CPM), *Informe anual 2009*, CPM, La Plata, 2009.

35 Elías Neuman, en Arturo Lozza, “La venganza de los culpables”, *Foro por los Derechos*, 6 de julio de 2010, disponible en <<https://mail.google.com/mail/?hl=es&shva=1#inbox/129ad33476efa86a>>.

36 Arturo Lozza, art. cit.

37 CPM, “Niñez en la provincia de Buenos Aires”, *Comunicado de prensa*, 14/06/2010.

El *Informe anual 2010* del CELS también señaló que, en 2009, “se observó un aumento de criminalización de la pobreza, que se evidenció en el hecho de que las personas en situación de calle, los jóvenes de clases populares y los habitantes de barrios excluidos hayan sido foco de muchas de las políticas oficiales de corte represivo”. El número de muertos a causa de la violencia policial aumentó 12% con respecto al año anterior, si bien es muy inferior a la registrada entre 1996 y 2003.³⁸

A los pobres y en especial a los jóvenes, la situación de exclusión los suele orillar a convertirse en mano de obra barata de las grandes redes delictivas –a veces presionados y reclutados por la propia policía–, que, a su costa, se expanden multiplicando aún más sus cuantiosas ganancias. Por otra parte, para las policías es más sencillo y menos riesgoso perseguir y detener a adolescentes pobres, marginales y estigmatizados que a los verdaderos responsables de las grandes redes de ilegalidad, coludidas con los grupos de poder.

Una de las consecuencias directas de esta política de penalización es la superpoblación en las instituciones carcelarias. Este problema, negado por las autoridades, es claramente visible para quienes tienen contacto con el universo carcelario, y se lo menciona en el *Informe 2009* de Amnistía Internacional, que refiere “las pésimas condiciones y el hacinamiento de las cárceles y los centros de reclusión”.³⁹ El solo hecho de que no existan parámetros definidos para estimar la capacidad instalada de las unidades penitenciarias, y que las distintas dependencias difieran en este dato, señala hasta qué punto se consideran irrelevantes las condiciones de alojamiento de los presos, aunque este sea un factor que agrava considerablemente el sufrimiento del encierro. No obstante, observatorios internacionales, como el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios (ICPS por su sigla en inglés), consideraban en abril de 2010 que la tasa de ocupación de las cárceles

argentinas era del 132%, aunque en junio del mismo año bajaron esa apreciación al 93,8%.

La vida dentro de la cárcel supone la exposición a un doble circuito de violencia: el institucional y el de las redes de poder de los reclusos, que la institución permite y alienta. Así, los internos resultan doblemente presos y doblemente amenazados, por la institución y por las redes de poder informales, de las que dependen considerablemente las condiciones de vida y alojamiento a las que se tenga acceso.

La institución, aun en democracia, ha seguido recurriendo a las formas de tortura de antaño –descargas eléctricas, submarino seco, golpes y patadas– para obtener confesiones, o sencillamente para castigar. El Comité Contra la Tortura, de la Comisión Provincial por la Memoria (CPM), estableció, según sus propios registros, que durante el primer cuatrimestre de 2007 sólo en la provincia de Buenos Aires habían ocurrido 2057 hechos con lesiones o muerte. Por su parte, la Procuraduría Penitenciaria realizó una encuesta a 939 presos de cárceles federales, según la cual 64,3% de los detenidos había sido agredido físicamente por personal del Servicio Penitenciario Federal, más de la mitad de los cuales sufrió lesiones físicas.

El *Informe 2009* de la CPM denunciaba malos tratos y apremios incluso contra niños y jóvenes menores de edad, especialmente en las comisarías. Sin embargo, estas torturas no se registran en las historias clínicas respectivas, y hasta se encubren con un lenguaje técnico que tiende a invisibilizarlas. Existe, pues, la decisión de disimular la vergonzosa persistencia del tormento, evidenciada en el hecho de que sólo el 1% de las 11 000 denuncias contra fuerzas de seguridad, presentadas entre 2000 y 2008 por este ilícito, fue elevado a juicio.

Se reconoce la existencia de la tortura como un “problema extendido y generalizado” en el país, pero el Estado no termina de reconocer su responsabilidad al respecto. Lo considera como “un legado de la última dictadura militar que los gobiernos democráticos no han podido resolver”,⁴⁰ sin asumir que, mientras la tor-

38 CELS, *Informe anual 2010*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010, pp. 125-126, disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/carceles_ia2010.pdf>.

39 Amnistía Internacional, *Informe 2009*, disponible en <<http://report2009.amnesty.org/es/regions/americas/argentina>>.

40 CELS, *Informe anual 2008*, ob. cit., p. 31.

tura persista como problema general, sólo puede obedecer a la decisión política de alentarla o, cuando menos, tolerarla.

A la par de esta violencia institucional, la estructura de poder informal de la cárcel también disciplina y castiga, con la anuencia del personal penitenciario, formando una densa red de complacencias y beneficios. Ambas ramas del dispositivo, la institucional y la paralela, hacen que el solo hecho de ingresar en el sistema penitenciario implique una sobreexposición a la muerte, ya sea por la violencia institucional, la de los otros presos o debido a las deficientes condiciones sanitarias. La irrelevancia de la vida de los reclusos para el sistema puede apreciarse en innumerables hechos, como la muerte de cuatro presos alojados ilegalmente y en condiciones inaceptables en la Comisaría 2ª de Lomas del Mirador, a raíz de un incendio el 14 de diciembre de 2008. Esto resulta más que evidente en los motines, que se cobran gran cantidad de vidas. Como ejemplos recientes, baste mencionar los 35 internos que fallecieron el 4 de noviembre de 2007 en el Penal de Varones 1, de Santiago del Estero, durante un incendio producido en el marco de un episodio de represión penitenciaria, o los 33 que murieron en condiciones semejantes en la Unidad 28 de Magdalena, en 2005. “Estas muertes anunciadas muestran la desaprensión ética y moral por la vida de las personas privadas de libertad.”⁴¹

Con respecto a la corrupción de las instituciones penales, lejos de representar una disfunción del sistema, es necesario considerarla como parte sustantiva de su funcionamiento. Por un lado, garantiza la libertad de los grandes beneficiarios del delito, asegurando la continuidad del negocio dentro y fuera de las cárceles. Por otro, alimenta el dispositivo con los “prescindibles”, que de esta manera confirman su sentido y aseguran su reproducción.

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto se deriva que el modelo represivo actual en la Argentina –a partir del juicio y castigo de los responsables del terrorismo de Estado– establece una *ruptura clave con el modelo desaparecedor* que operó en los años setenta. Dicha ruptura es posible gracias a las formas actuales de dominación democrática, que implican otras modalidades de organización del poder político, el gobierno y el Estado. Sin embargo, también representa un claro posicionamiento de condena con respecto a las antiguas prácticas de impunidad estatal, cobijadas generalmente por las elites políticas. En concordancia con este reacomodo del Estado, se verifica la separación entre el poder militar y las policías, quedando estas últimas a cargo de las funciones de la seguridad interior.

En clara sintonía con la tendencia predominante en las democracias globales, la represión estatal se ha orientado al endurecimiento de la legislación, la disminución de la edad penal, el incremento de las sanciones y el aumento de la prisión preventiva, todo lo cual ha redundado en el crecimiento de la población penitenciaria, compuesta principalmente por pobres. No obstante, este fenómeno parece reconocer una leve inflexión a partir de 2007, aunque no llega a configurarse, por ahora, como un cambio de tendencia.

La población que es víctima, a un mismo tiempo, de las grandes redes delictivas y de la política represiva del Estado se compone principalmente de varones jóvenes y excluidos. El gran negocio de la delincuencia organizada los utiliza como mano de obra barata y desechable; la policía los hace objeto de detenciones arbitrarias y de distintas formas de violencia –incluidas la ejecución extrajudicial o la desaparición–; los jueces los condenan, y el sistema penitenciario los recicla para que se conviertan en reincidentes. La tortura generalizada es parte de este mecanismo, ya sea para producir confesiones y, de esta manera, “culpables”, ya sea para obtener información que permita la captura de más delincuentes y alimente el circuito.

Es importante señalar que, una vez en prisión, estos hombres jóvenes y pobres son víctimas tanto de la institución como de las

41 CELS, *Informe anual 2010*, ob. cit., p. 174, disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/carceles_ia2010.pdf>.

redes delictivas que operan en su interior. Corrupción e ilegalidad son la moneda corriente en las cárceles. Ambas disciplinan. Cada una exige modos específicos de obediencia, pero igualmente orientados a la funcionalización del sujeto en sus respectivas redes de poder, basadas en toda clase de tráficos legales e ilegales. La supervivencia del preso está supeditada a su capacidad para adecuarse e incorporarse de alguna manera a estas redes. Y decir supervivencia no constituye una exageración. Si en la sociedad neoliberal el pobre es un desechable a quien se deja morir, en el sistema penitenciario su condición puede cambiar dramáticamente, para pasar a las filas de aquellos a quienes se hace morir.

En consecuencia, estamos frente a un sistema de *criminalización de la pobreza* que, como todo modelo autoritario, invierte las responsabilidades. Los pobres, lejos de ser los responsables del delito, son sus víctimas principales, dentro y fuera de los reclusorios.

Desde la sociedad se construye al *delincuente como un otro social* que no sólo está fuera sino que merece estarlo. El parteaguas entre sujetos *vulnerables* y *no vulnerables* frente a las redes delictivas se fija según parámetros principalmente socioeconómicos. En el mejor de los casos, el Estado implanta políticas que disminuyen el riesgo de los vulnerables de “caer” en el delito, pero una vez que lo han hecho se convierten en una mezcla de inasimilables, antisociales, peligrosos, por lo cual son *prescindibles*. En palabras de Carlos Ruckauf,⁴² hace ya más de una década, “hay que optar entre la gente y los delincuentes”,⁴³ que, según esta concepción, no serían gente. “La muerte del otro [...] es lo que hará la vida más sana y más pura”, proporcionándoles seguridad a los que merecen vivir.⁴⁴

Esta lógica, alentada desde hace mucho tiempo por los medios de comunicación –y en la que se insiste cada vez más–, es *compartida por buena parte de la sociedad*, que a veces entiende el respeto

de los derechos humanos como una suerte de complicidad con los criminales. El delincuente, siendo amenazante, *no se representa propiamente como un enemigo*; no alcanza ese rango. Es más bien una vida dañina e innecesaria; un puro cuerpo desechable, basura. Cuanto más pobre y más joven, parecería ser más *irrelevante*. Es decir que, en términos generales, hemos pasado de un Estado terrorista y desaparecedor a un Estado de consumo, diferenciación y desecho.

Frente a estas tendencias, el Estado nacional no es impotente, aunque tampoco tiene en su mano todos los hilos de la trama. Se trata, una vez más, de *un asunto global* que impacta directamente en las políticas nacionales. Las grandes redes delictivas son tan supranacionales como los organismos que fijan a nivel internacional las políticas generales de seguridad y los pactos antiterroristas que obligan a los Estados, miden los índices delictivos y las condiciones de reclusión, y califican el desempeño de los países.

Por su parte, las actuales *democracias no son homogéneas* en absoluto. En su seno las posturas se dividen, y mientras unos pugnan por mantener y profundizar estas prácticas –incluso desde las izquierdas– otros –minoritarios– se detienen en el fenómeno de la exclusión creciente y abordan el problema de la delincuencia como un asunto social sobre el que es preciso asumir, colectivamente, la responsabilidad. Plantean la democratización de las fuerzas de seguridad, rechazan los discursos de “mano dura”, la criminalización de la pobreza y la estigmatización de jóvenes y pobres, impulsando en su lugar políticas de inclusión social. Asumen que la inseguridad de las capas medias y altas es inseparable de otras formas de inseguridad que afectan a los pobres, ocasionadas precisamente por quienes reclaman seguridad. Un fenómeno es el reverso del otro.

Hacia el final del texto *Poder y desaparición*,⁴⁵ me preguntaba cómo se recicla el poder desaparecedor en el mundo contemporáneo, cuáles son las formas actuales de la represión y la totaliza-

42 Político de la derecha peronista y vicepresidente de la Nación en el momento en que realizó estas declaraciones.

43 *La Nación*, 06/08/1999.

44 Michel Foucault, *Genealogía del racismo*, La Piqueta, Madrid, 1992, p. 265.

45 Pilar Calveiro, *Poder y desaparición. Los campos de concentración en Argentina*, Colihue, Buenos Aires, 1998.

ción bajo el formato de una individualización radical, cómo opera hoy la esquizofrenia social. Son preguntas de mediados de los noventa pero que, para mí, siguen resonando quince años después.

Muchas cosas han cambiado. Hoy la Argentina tiene un gobierno emanado de elecciones libres. Las Fuerzas Armadas han retomado su lugar y se han separado de cualquier forma de represión interna. El Estado y la sociedad condenan las violaciones a los derechos humanos cometidas por el terrorismo de Estado y, en especial, la desaparición forzada. Sin embargo, somos parte del proceso de mundialización creciente que ha implantado, con toda crudeza, el modelo neoliberal, que trae nuevas amenazas. Una de ellas, la profundización de formas del biopoder que ya conocíamos. Si el modelo concentracionario establecía quién debía morir y quién debía vivir, hoy esa clasificación se ha complejizado, pero comprende también formas de administración y gestión de la vida misma como instrumento de diferenciación social. Ello conduce al tratamiento de las personas –de grupos importantísimos de personas–, como si fueran objetos desechables, fenómeno que anidaba en el terrorismo de Estado. Por último, si esta forma de organización del poder y la sociedad se mantiene y profundiza, nos acercaremos a un orden que combinaría el Estado de Derecho para unos junto al Estado de excepción para quienes quedan excluidos de la protección del Derecho. Es decir, llegaríamos a una suerte de desaparición legal, política y moral de una parte de nosotros mismos.

La posibilidad de avanzar hacia ese infierno o retirarnos de él es la elección a la que se enfrentan las actuales democracias.

Crímenes internacionales y actores no estatales El caso argentino

*Fabrizio Guariglia**

INTRODUCCIÓN

La discusión iniciada hace unos pocos años y que continúa en la actualidad en la Argentina sobre la posibilidad de enjuiciar hoy a los responsables de actos de terrorismo cometidos en la década de los setenta presenta varias aristas particulares que justifican un análisis pormenorizado. Por un lado, está en debate el alcance de los principios del derecho penal internacional y del derecho internacional consuetudinario, y por otro lado, se acumulan argumentos de política criminal y de justicia material que –se reclama– deberían informar la interpretación de las normas internacionales aplicables.

En efecto, a partir de la reapertura de los casos de violaciones masivas a los derechos humanos durante el régimen dictatorial que gobernó la Argentina entre 1976 y 1983, generada por los fallos “Arancibia Clavel” y “Simón” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), se han alzado voces para reclamar la prosecución de casos penales contra los responsables por hechos de terrorismo mediante su tratamiento como actos comprendidos dentro del universo de crímenes reprimidos por el derecho

* Este trabajo, en una versión un poco diferente, ha sido publicado en M. Sancinetti, J. Maier y W. Schöne (eds.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Homenaje a Eberhard Struensee*, Buenos Aires, 2011. Las opiniones vertidas en este artículo son estrictamente personales y no deben ser atribuidas ni a la Fiscalía ni a ningún otro órgano de la Corte Penal Internacional (CPI). El autor agradece a Leonardo Filippini sus comentarios y sugerencias, y a Alejandro Kiss, su asistencia con certeras citas bibliográficas.

internacional consuetudinario (esto es, crímenes gravísimos que violan normas de validez universal y, por ende, imprescriptibles e inamnistiables). Esto se promueve ya sea a través de la inclusión del delito de terrorismo en el círculo de crímenes internacionales, ya sea a través de la subsunción de los hechos en cuestión en las categorías de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. Se trata, en definitiva, de una posición político-criminal que reclama una aproximación más abarcadora a los crímenes comprendidos por el derecho penal internacional, extendiendo su aplicación a ciertos actos específicos de violencia cometidos por actores no estatales.¹

Pero ¿es esta una posición jurídicamente correcta? El derecho penal internacional, justo es reconocerlo, es todavía un orden jurídico más fragmentario y, en algunas áreas, más difuso que los ordenamientos jurídico-penales nacionales; sin embargo, en modo alguno es un “vale todo” en el que las tareas de interpretar y crear derecho se puedan fundir, sin más, en una sola operación, ni tampoco un conglomerado incongruente de convenciones, tratados y resoluciones de organismos internacionales, yuxtapuestos, en el que cualquier tipo de conducta criminal pueda quedar comprendido. En este sentido, la discusión referida manifiesta —me temo— un nivel extendido de confusión acerca del estado actual del derecho internacional consuetudinario y del derecho penal internacional. Y a río revuelto, se disfrazan argumentos en verdad ideológicos y se los presenta como jurídicos, se representa en forma distorsionada o incompleta el universo de normas in-

ternacionales existentes o se recurre con ligereza a argumentos puramente valorativos, relevantes acaso para la pregunta sobre cómo debería ser la ley (argumentos *de lege ferenda*), pero no para discutir la ley tal cual es (argumentos *de lege lata*). En este punto, son aplicables las palabras de la baronesa Ramsey de Cartvale en el Parlamento británico, durante el debate de la legitimidad de la entonces inminente intervención militar en Irak: “Se admite, por supuesto, que el derecho internacional no es una ciencia exacta, pero seguramente no tiene por qué parecer tan bizarro como algunos, de entre quienes lo practican, lo han hecho aparecer en los meses recientes”.²

No pretendo con este trabajo dar una respuesta definitiva a la pregunta compleja, tanto en términos jurídicos como históricos, sobre si los hechos de violencia cometidos por grupos armados no estatales en la Argentina durante los últimos años de la década de los sesenta y los primeros años de los setenta pueden quedar comprendidos en las disposiciones del derecho penal internacional. Antes bien, me conformaré con clarificar ciertos malentendidos fundamentales sobre la evolución del derecho penal internacional, su estado actual, los requerimientos que este impone para que una conducta sea incluida en alguna de sus principales categorías, y las consecuencias del cuadro emergente en el caso de los agentes no estatales.

Para ello, examinaré primero si los actos de terrorismo pueden fundar, por sí mismos, una persecución penal basada en el derecho penal internacional y el derecho internacional consuetudinario. En segundo lugar, expondré bajo qué condiciones los actos de terrorismo podrían ser considerados crímenes de guerra y si dichas condiciones se aplicarían a los actos atribuidos a los grupos insurgentes que actuaron en la Argentina. En tercer lugar, analizaré si la categoría de crímenes de lesa humanidad puede ser aplicada a tales actos, y finalmente intentaré algunas conclusiones.

1 Los “actores no estatales” son definidos dentro del marco del derecho internacional humanitario como “grupos armados que operan más allá del control estatal”, e incluyen, en una lista no exhaustiva, a grupos rebeldes de oposición (grupos con una incompatibilidad abierta con el gobierno, generalmente vinculada al control del gobierno o del territorio), milicias locales (étnicas, clanes, o basadas en otros criterios), vigilantes, señores de la guerra, fuerzas de defensa civil y grupos paramilitares (cuando están claramente fuera del control estatal), y compañías privadas que proveen servicios militares y de seguridad. Véase A. Clapham, “Non-State Actors”, p. 4, disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1339810>>.

2 Citado en H. Duffy, *The “War on Terror” and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 443.

EL CRIMEN DE “TERRORISMO” Y EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

Uno de los argumentos esgrimidos por quienes reclaman la persecución penal para los responsables de acciones terroristas pasadas, reduciendo dicho argumento a sus rasgos fundamentales, es que el terrorismo se encuentra comprendido, de un modo u otro, dentro del marco de crímenes internacionales y, por ende, merecen idéntico tratamiento por parte de los órganos de administración de justicia penal argentinos que los del terrorismo de Estado cometidos por la dictadura militar a partir de marzo de 1976. Por los mismos motivos, se critica –incluso muy duramente–³ la sentencia de la CSJN en el caso “Lariz Iriondo”, que rechazó la extradición de un presunto miembro de la organización separatista vasca ETA por actos de terrorismo cometidos en España sobre la base de la prescripción de los crímenes imputados. Según la Corte, el crimen de terrorismo, al no estar (todavía) incluido en la categoría de crímenes internacionales (es decir, actos prohibidos por una norma de derecho internacional consuetudinario), se encuentra sujeto a las reglas normales de prescripción. En este caso concreto, ello implicaba que la extradición fuera denegada por haber prescrito el hecho según la legislación argentina, de acuerdo con los términos del tratado bilateral con España.⁴ Es este tratamiento de los actos de terrorismo como “crímenes comunes”, por así denominarlos, lo que irrita a varios comentaristas.⁵

La primera de las preguntas centrales subyacentes a “Lariz Iriondo” es si el terrorismo como tal formaba parte, al momento del

fallo, del círculo de crímenes establecidos en el derecho internacional consuetudinario. Pero, aun si esta pregunta fuera respondida en forma afirmativa, ello no sería suficiente para clarificar el estatus de los hechos de violencia insurgente cometidos en la Argentina en los años setenta, ya que antes deberíamos dilucidar una segunda cuestión: si al momento en que los hechos fueron cometidos existía una norma de derecho internacional consuetudinario que reprimiera el crimen de terrorismo, ya que el principio de legalidad, que también rige en el ámbito del derecho penal internacional, impone que sólo sean perseguibles como crímenes internacionales aquellos hechos que eran sancionados como actos prohibidos por el derecho internacional consuetudinario al momento de su comisión.⁶

Comencemos, de todos modos, por la primera pregunta: ¿existe hoy un crimen de “terrorismo” en el ámbito del derecho internacional consuetudinario? La respuesta negativa parece ser la más segura. En efecto, la opinión mayoritaria es que el crimen de terrorismo continúa comprendido dentro del catálogo de crímenes cuya supresión se persigue a través de distintos convenios internacionales (como también lo son, por ejemplo, el tráfico ilícito de estupefacientes o el tráfico de personas),⁷ pero no está incluido en el catálogo de crímenes establecidos por el derecho internacional consuetudinario.⁸ Entre otros argumentos, abona

3 Véase, por ejemplo, M. A. O’Grady, “Don’t Count on Argentina to Help Fight Terror”, *Wall Street Journal*, 08/07/2005, p. A11.

4 Véase “Lariz Iriondo, Jesús María s/solicitud de extradición”, 10/05/2005, en particular los consid. 21 y ss.

5 Véase, por ejemplo, P. L. Manili, “El rol de la Corte Suprema en el proceso de desconstitucionalización (2003-2007)”, ponencia presentada en el XVIII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, Paraná, septiembre de 2007, disponible en <<http://encuentroparana.aadconst.org/archivos/ponencia-20.pdf>>.

6 Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), aun cuando está facultado a ejercer su jurisdicción sobre crímenes emanados de convenciones vinculantes para las partes en el conflicto armado, en los hechos ha verificado, en su aplicación del principio *nullum crimen sine lege*, que “los crímenes imputados en las actas de acusación [...] constituyeran crímenes bajo el derecho internacional consuetudinario al momento de su comisión y estuvieran lo suficientemente definidos por ese cuerpo jurídico”. Véase “Prosecutor v. Galic”, *Appeals Judgement*, 30/11/2006, § 83 (sentencia de la Cámara de Apelaciones).

7 Nótese, sin embargo, que todavía no existe un tratado genérico sobre terrorismo. Véase B. Saul, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 129 y ss., donde se pasa revista a distintos tratados regionales e internacionales.

8 Duffy, ob. cit., pp. 31 y ss., con más citas. También Saul, ob. cit., p. 270, quien considera “prematuramente” los argumentos acerca de

esta posición el hecho de que –en una diferencia fundamental con el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra– no existe todavía una definición del crimen de terrorismo aceptada a nivel universal (nótese, por ejemplo, que el terrorismo no fue incorporado en la lista de crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como advierte la CSJN en el fallo mencionado). Se reconoce, de todos modos, que es probable que un proceso de cristalización de una nueva norma punitiva de derecho internacional consuetudinario esté en curso a partir de los ataques terroristas masivos del 11 de septiembre de 2001.⁹ Pero de ningún modo es posible sostener que esta nueva norma, de existir, podría ser aplicada retroactivamente a hechos cometidos hace treinta años, diferencia esencial con el caso de los crímenes de lesa humanidad perpetrados por las autoridades militares a partir de 1976, claramente prohibidos por el derecho internacional consuetudinario al momento de su comisión.¹⁰

que existe un crimen de terrorismo bajo el derecho internacional consuetudinario.

9 Duffy, ob. cit., p. 40. Sobre los diferentes modos mediante los cuales se cristaliza una norma de derecho internacional consuetudinario, véase el trabajo seminal de M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, 1977.

10 A esta altura, la proposición de que los crímenes de lesa humanidad eran punibles bajo el derecho internacional consuetudinario en 1976, tal como afirma la CSJN en “Arancibia Clavel”, goza de aceptación universal y es sólo objeto de críticas en verdad marginales. La ley que establece las Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Camboya (tribunal nacional con apoyo internacional creado por las Naciones Unidas y el gobierno de Camboya), por ejemplo, atribuye al tribunal jurisdicción sobre crímenes de lesa humanidad, declarados imprescriptibles, cometidos entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979 (art. 5). Alguna crítica señala el número comparativamente bajo de ratificaciones a la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra de 1968 como un obstáculo al razonamiento de la Corte (véase, por ejemplo, M. Padilla, “El fallo de la Corte Suprema de Justicia en Arancibia Clavel”, p. 3, publicado en <<http://www.energyworld.org/UP/area juridica/Compendio/Cartilla%20Orientacion/Escritos/Fallo%20CSJ%20caso%20Arancibia%20Clavel%20-%20Dr%20Padilla.doc>>, con cita de Gutiérrez Posse). Ello soslaya, entre otras cosas, que –como apunta Akehurst– el hecho de que un tratado haya recibido pocas ratificaciones no constituye necesariamente un

En este sentido, la opinión de la Corte Suprema referida más arriba podrá no gustarle a quienes, desde la opinión todavía minoritaria, sostienen el carácter consuetudinario del crimen de terrorismo, pero jamás podrá tachársela lealmente de infundada o arbitraria.¹¹

argumento para no considerarlo declaratorio del derecho internacional consuetudinario; por ejemplo, señala Akehurst, una posible razón para no ratificar el tratado es que los Estados consideren que la ratificación es innecesaria, dado que las reglas establecidas en el tratado *ya son* vinculantes como derecho consuetudinario (ob. cit., p. 49). En este sentido, es interesante el reciente estudio sobre las reglas de naturaleza consuetudinaria del derecho internacional humanitario elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (ICRC), en el que se explica que, durante las discusiones previas a la adopción de la Convención de 1968, algunos Estados afirmaron que la regla de imprescriptibilidad ya se encontraba establecida internacionalmente, mientras que otros señalaron que ellos ya habían adoptado la regla en su legislación interna (entre ellos, Francia, Reino Unido, Israel, Polonia, Rumania, Estados Unidos y Uruguay). Véase ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I: *Rules*, Cambridge, 2009, pp. 614 y ss.

11 Una decisión reciente de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano afirma, a contramano de la opinión mayoritaria, el carácter consuetudinario del crimen de terrorismo, y aventura una definición. La decisión de la Cámara, presidida por el único jurista que afirmaba la existencia de un delito consuetudinario de terrorismo, Antonio Cassese, ha sido fuertemente criticada por expertos en el tema: se acusa al tribunal, entre otras cosas, de analizar en forma selectiva o incompleta los precedentes internacionales, de afirmar en forma antojadiza la existencia de una práctica estatal e incluso de basar su conclusión en normas o compendios de normas nacionales violatorios de los derechos humanos. Véase B. Saul, “Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism”, *Leiden Journal of International Law* 2011, publicado en <<http://journals.cambridge.org/action/displayFulltext?type=1&fid=8279879&jid=LJL&vol=umeId=1&issueId=1&aid=8279877&bodyId=&membershipNumber=&societyETOCSession=>>>. A los efectos de la discusión sobre los crímenes cometidos por grupos insurgentes en la Argentina, sin embargo, esta decisión es irrelevante, ya que de ella se desprende que, aun aceptando como correcta la existencia de una norma consuetudinaria que reprime el crimen de terrorismo, se trataría de un desarrollo reciente, apoyado por declaraciones e instrumentos celebrados entre la última década del siglo pasado y la primera de este. La Cámara advierte esto al comienzo mismo de su análisis: “Sin embargo, aunque

“TERRORISMO” Y CRÍMENES DE GUERRA

Descartada la vía del terrorismo como delito autónomo, quedan dos caminos posibles para enjuiciar hechos cometidos por grupos insurgentes como crímenes de derecho internacional, y ninguno está exento de dificultades. El primero es considerar los actos terroristas como crímenes de guerra, conforme las definiciones del derecho internacional humanitario (DIH). El carácter no estatal de los grupos insurgentes no es un obstáculo para ello, ya que los conflictos armados de carácter interno, contemplados en el cuerpo del DIH, tienen lugar frecuentemente entre una parte beligerante estatal y otra no estatal. Un conflicto armado es “el recurso a la fuerza armada entre Estados o la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre dichos grupos dentro de un Estado”.¹² La aplicabilidad de la categoría de crímenes de guerra requiere, entonces, la verificación de la existencia de un *conflicto armado de carácter no internacional* en la República Argentina durante el período histórico en cuestión. Si ese fuera el caso, todas las partes beligerantes quedarían comprendidas por el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949, que prohíbe, entre otras conductas, el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los

muchos estudiosos y expertos en temas legales sostienen que no se ha desarrollado una definición de terrorismo con amplia aceptación a nivel mundial como consecuencia de la marcada diferencia de perspectivas sobre algunos temas, un examen en profundidad demuestra que, de hecho, ha surgido una definición en forma gradual”. Véase “Special Tribunal for Lebanon. Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Perpetration, Cumulative Charging”, 16/02/2011, §§ 83 y ss., publicado en <http://www.stl-tsl.org/x/file/TheRegistry/Library/CaseFiles/chambers/20110216_STL-11-01_R176bis_F0010_AC_Interlocutory_Decision_Filed_EN.pdf>. Saul (“Legislating...”, p. 3) afirma que la decisión se debe asumir como referida a la situación del derecho internacional existente en febrero de 2005, fecha en la que tuvo lugar la conducta que forma la base de la jurisdicción en razón de la materia del Tribunal.

12 “Prosecutor v. Tadic”, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction Decision* (de ahora en más, *Tadic Jurisdiction Decision*), Cámara de Apelaciones, 02/10/1995, § 70.

tratos crueles, la tortura, la toma de rehenes y las condenas y ejecuciones sin juicio previo.

No obstante, un conflicto armado interno, para existir, reclama una situación que vaya más allá de las tensiones y los disturbios internos, o los actos aislados o esporádicos de violencia (expresamente, art. 1.2 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra), así como la existencia de dos o más grupos armados en conflicto, un requisito que puede incluir a grupos insurgentes en la medida en que estos puedan ser considerados como parte en el conflicto y hayan logrado cierto grado de organización. Es decir que períodos de convulsión interna, aun cuando incluyan graves actos de violencia por parte de grupos de personas, no serán alcanzados por las reglas que regulan los conflictos armados de carácter no internacional, salvo que los requisitos específicos mencionados, que hacen a la intensidad, naturaleza y duración de dicha violencia, se encuentren presentes. Como ha establecido el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), sin las condiciones de *organización suficiente* de los actores no estatales y de *intensidad suficiente* del conflicto, la violencia sólo constituirá “bandillaje, insurrecciones no organizadas y de corta vida o actos de terrorismo, que no se encuentran sujetos por el derecho internacional humanitario”.¹³ A la inversa, no es determinante que los actos imputados sean de naturaleza terrorista o no. Lo relevante, a los efectos de determinar la existencia de un conflicto armado interno, es si dichos actos “fueron cometidos en forma aislada o como parte de una campaña prolongada que implicó el involucramiento de ambas partes en hostilidades”.¹⁴ Esto es: actos de violencia terrorista, por sí mismos, serán insuficientes para fundar la existencia de un conflicto armado. Sólo habrá un conflicto armado de carácter no internacional cuando dichos actos hayan sido cometidos por un grupo armado de envergadura y organización suficientes, y ellos, combinados con la respuesta estatal, alcancen

13 “Prosecutor v. Tadic”, *Judgement* (Trial Chamber - Cámara de Juicio), 07/05/1997, § 562.

14 “Prosecutor v. Boskoski”, *Judgement* (Trial Chamber - Cámara de Juicio), 10/07/2008, § 185.

una violencia de naturaleza, intensidad y extensión tales que permitan concluir que ambas partes son beligerantes y se encuentran inmersas en la conducción de hostilidades.

Ello presupone un elevado umbral fáctico que debe ser traspasado para que actos cometidos por grupos insurgentes puedan ser considerados crímenes de guerra cometidos en el marco de un conflicto interno. A ello se agrega otro obstáculo que, a mi modo de ver, descarta definitivamente la posibilidad de una persecución penal actual sobre esta base: el carácter consuetudinario sumamente reciente del artículo 3 común, fuente normativa principal de los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados de carácter no internacional.¹⁵

En efecto, a diferencia de las violaciones graves a las Convenciones de Ginebra, las violaciones al artículo 3 común no se encontraban comprendidas, hasta hace poco tiempo, en el círculo de prohibiciones penales con carácter *erga omnes* del derecho internacional consuetudinario, *conditio sine qua non* para que pudieran ser reprimidas bajo el paraguas del derecho penal internacional por imperio del principio *nullum crimen sine lege*. Sólo a partir de una de las decisiones fundacionales de la Cámara de Apelaciones del TPIY, en el caso “Dusko Tadic” (1995),¹⁶ se consolidó el carácter consuetudinario de las disposiciones del DIH aplicables a conflictos armados internos. Como ha afirmado Gerhard Werle, uno de los principales autores en la materia:

Tradicionalmente, se consideraba que los crímenes de guerra comprendían sólo violaciones a las reglas internacionales, regulando la guerra propiamente dicha; esto es, conflictos armados internacionales y no guerras civiles. Después de la decisión del TPIY en “Tadic” de 1995, hoy es ampliamente aceptado que infracciones serias al derecho internacional humanitario en conflic-

tos armados internos también pueden ser consideradas al nivel de los crímenes de guerra propiamente dichos, si la conducta en cuestión ha sido criminalizada. Como prueba de esta nueva tendencia basta mencionar el artículo 8 (2) (c-f) del Estatuto de la CPI.¹⁷

Werle también señala que, durante largo tiempo, la punibilidad bajo el derecho penal internacional de las violaciones a las normas del DIH aplicables a conflictos armados no internacionales no fue reconocida, y que aún en 1993 un comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja al Estatuto del TPIY concluía que el concepto de crímenes de guerra se limitaba a los conflictos armados internacionales.¹⁸ En este sentido, la decisión del TPIY referida más arriba, buscando la convergencia entre las violaciones a las normas de DIH aplicables a conflictos armados internacionales y aquellas dirigidas a conflictos armados internos, abrió sendas y permitió el consenso posterior en torno a la inclusión en el Estatuto de la CPI de los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales.¹⁹ Sus efectos transformadores, sin embargo, no pueden ser proyectados hacia el pasado.

Estas consideraciones demuestran que los actos de violencia cometidos por grupos armados en los años setenta tampoco podrían ser perseguidos penalmente bajo la rúbrica de crímenes de guerra perpetrados en el marco de un conflicto armado de carácter interno, aun asumiendo que la violencia en aquella época

15 Desarrollado y expandido posteriormente en el Protocolo Adicional II de 1977.

16 *Tadic Jurisdiction Decision*, nota 13.

17 A. Cassese, *Internacional Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 81.

18 G. Werle, *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, p. 311. Véanse también G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 130 y ss., y en la misma dirección, R. Cryer, H. Friman, D. Robinson y E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2007, p. 230: “Hasta 1990, era ampliamente aceptado que la normativa de los crímenes de guerra no era aplicable a conflictos armados no internacionales”.

19 Cryer, Friman, Robinson y Wilmshurst, ob. cit., p. 231. El Estatuto incluye violaciones al art. 3 común y a una lista limitada de otros preceptos fundamentales.

hubiera traspasado el umbral de disturbios internos, cosa que parece poco probable.²⁰ Frente a esto, se ha esgrimido un supuesto apoyo de actores externos –en especial, del gobierno de Cuba– y, en consecuencia, la aplicabilidad de las graves violaciones a las Convenciones de Ginebra que sólo rigen para conflictos armados internacionales, ellas sí criminalizadas por el derecho internacional consuetudinario al momento de la comisión de los actos en cuestión y gobernadas por el principio de imprescriptibilidad.²¹ Este razonamiento es errado.

Aun asumiendo algún apoyo a los grupos insurgentes por parte de algún Estado extranjero –hipótesis sobre la que no tengo información alguna y, por ende, no será discutida aquí–, para que un conflicto armado se “internacionalice” no basta cualquier intervención de otro Estado, sino que se reclama una intervención directa con sus propias tropas o a través de otros agentes. Así, se ha afirmado la existencia de un conflicto armado internacional allí donde se ha demostrado que uno de los grupos beligerantes en un conflicto interno se encontraba bajo el “control extendido” (*overall control*) de otro Estado, y que dicho control iba “más allá del mero financiamiento y equipamiento de dichas fuerzas” e involucraba “también participación en la planificación y supervisión de operaciones militares”.²² Es decir que, aun asumiendo simpatía y/o apoyo por parte de Cuba o de cualquier otro Estado a los actos de grupos insurgentes, dicho involucramiento estatal, salvo

que llegara al umbral de control extendido, en nada cambia la naturaleza del conflicto armado, de existir uno.²³

Hasta donde yo sé, la tesis de que los miembros de los grupos insurgentes argentinos de los setenta eran en verdad agentes actuando bajo el control extendido de algún Estado extranjero no es sostenida seriamente por nadie. En todo caso, abrir una investigación y persecución penales sobre esta base reclamaría, como mínimo, la existencia de indicios objetivos razonables de que dicha relación de control tuvo lugar, de modo tal que la caracterización de esos actos criminales como violaciones graves a las Convenciones de Ginebra sea, al menos, plausible.²⁴

“TERRORISMO” Y CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

El otro camino propuesto para fundar la persecución penal de los actos de terrorismo cometidos en los años setenta es su caracterización como crímenes de lesa humanidad (CLH). Ello implica examinar si la conducta subyacente al hecho que se imputa como acto de terrorismo puede ser subsumida, también, en el tipo penal de alguno de los crímenes de lesa humanidad (tortura, homicidio, exterminio, persecución, entre otros). El uso de esta categoría, sin embargo, presenta dos cuestiones fundamentales a dilucidar: una vinculada al *sujeto activo* de los CLH, es decir, la

20 A las mismas conclusiones arriba el informe de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las Causas por Violaciones a los Derechos Humanos Cometidas Durante el Terrorismo de Estado, sobre la causa “Larrabure”, pp. 18-20, publicado en <<http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Informe-caso-Larrabure.pdf>>.

21 Así, se ha hecho referencia a una supuesta “promoción” de los actos de insurgencia en la región durante la década de los setenta por parte del régimen cubano. Véase E. Cárdenas, *Los “crímenes de guerra” y la resolución de la Procuración General de la Nación 158/07*, ED, n° 11 945, 12/02/2008.

22 “Prosecutor v. Tadic”, *Appeal Judgement*, 15/07/1999, Cámara de Apelaciones del TPIY, § 145.

23 Noto aquí que el test de “control efectivo” adoptado por la Corte Internacional de Justicia en “Nicaragua” y ratificado más recientemente en “Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro”, a los efectos de determinar la responsabilidad *estatal* (no individual) por actos cometidos por actores no estatales, es aún más restrictivo y reclama una relación de “dependencia de un lado y control por el otro”. Véase R. J. Goldstone y R. J. Hamilton, “Bosnia v. Serbia: Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *Leiden Journal of International Law* 21, 2008, pp. 97 y ss.

24 Ningún sistema de administración de justicia serio gasta inútilmente recursos en la investigación de hechos que no presentan ab initio ningún sustento fáctico tangible.

pregunta sobre quién puede cometer esos crímenes, y otra referida a los requerimientos específicos de los CLH, en especial, el elemento general de *contexto* que define a esta categoría –es decir, la pregunta sobre aquellos elementos distintivos que vuelven un acto de tortura un CLH, en vez de un acto criminal individual, o una violación individual a los derechos humanos–. Veamos ambas cuestiones por separado.

Tal como es concebida en la actualidad, la categoría de los CLH comprende no sólo crímenes cometidos en conexión con o bajo el amparo de una política estatal, sino también actos cometidos en virtud de una política *organizacional*.²⁵ Así, para dar sólo un ejemplo, se ha considerado recientemente que los ataques indiscriminados con misiles y morteros realizados por grupos armados palestinos contra objetivos civiles en el sur de Israel pueden constituir CLH.²⁶ Este principio no es, sin embargo, aplicable de forma automática al accionar de los grupos insurgentes en la Argentina entre fines de la década de los sesenta y comienzos de los setenta: la inclusión de agentes no estatales en el círculo de sujetos activos posibles de los CLH es, en verdad, un desarrollo reciente dentro de una categoría de crímenes internacionales creada para tratar actos de violencia estatal contra la población civil. En efecto, la categoría fue inicialmente codificada en la Carta de Núremberg (art. 6 [c]) para lidiar con actos masivos de brutalidad estatal infligidos contra la *propia* población civil, ya que las disposiciones existentes del derecho internacional por aquel entonces regulaban la conducta entre Estados y poco o nada decían sobre el tratamiento que un gobierno dispensaba a sus ciudadanos.²⁷

La posición de que los CLH estaban inexorablemente unidos a la actividad estatal se mantuvo estable hasta que la Fiscalía del TPIY planteó a la Sala de Juicio en el caso “Tadic” que, bajo las prescripciones del derecho internacional consuetudinario vigentes al momento del conflicto armado en la ex Yugoslavia, los CLH podían ser cometidos también por *ciertas* organizaciones no estatales. La trascendencia de este aspecto particular del fallo justifica su reproducción:

Una cuestión adicional se refiere a la naturaleza de la entidad detrás de la política [dirigida contra grupos particulares de personas]. La concepción tradicional era, en verdad, no sólo que una política debía estar presente, sino también que esa política debía ser de un Estado, como era el caso en la Alemania nazi. La opinión prevalente, como es explicada por un autor, era que los crímenes de lesa humanidad, como crímenes de naturaleza colectiva, requerían una política estatal “porque su comisión requiere el uso de las instituciones estatales, personal y recursos para cometer los crímenes específicos descritos en el artículo 6 (c) [de la Carta de Núremberg], o abstenerse de prevenir su comisión”. Mientras que este puede haber sido el caso durante la Segunda Guerra Mundial, y con ello la jurisprudencia seguida por las cortes encargadas de adjudicar cargos de crímenes de lesa humanidad basados en eventos que se alegaba habían ocurrido durante este período, este ya no es el caso hoy. Como el primer tribunal internacional a considerar cargos de crímenes de lesa humanidad, que se alega ocurrieron después de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Internacional no está vinculado por la doctrina anterior, sino que debe aplicar derecho internacional consuetudinario tal como este se encontraba al momento de la comisión de los crímenes. En este sentido, el derecho en relación con los crímenes de lesa humanidad se ha desarrollado para considerar fuerzas que, aun cuando no sean las

25 Estatuto de la CPI, art. 7 (2) (a). El alcance del término es objeto de debate; véase *infra* nota 33.

26 Véase *Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories. Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, 15/09/2009, §§ 108 y 1724, entre otros; disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/9/docs/UN-FFMGC_Report.pdf>.

27 Véase, entre otros, Cryer, Friman, Robinson & Wilmschurst, *ob. cit.*, p. 188.

del gobierno legítimo, *tienen control de facto sobre un territorio definido, o pueden moverse libremente dentro de él*.²⁸

Este test ha sido reafirmado por la doctrina. Así, se ha señalado que la extensión de la categoría de CLH a actores no estatales es posible cuando dichos actores “participan de las características de los autores estatales en que ejercen algún dominio o control sobre territorio y gente y llevan adelante una ‘política’ que tiene características similares a las de la ‘política o acción estatal’”.²⁹ Más recientemente, se ha afirmado que la categoría de CLH es aplicable a autoridades estatales o de facto, y siempre como parte de una práctica.³⁰

La jurisprudencia posterior del TPIY ha seguido la senda trazada en “Tadic”. Así, en uno de los casos vinculados a crímenes cometidos por el Ejército de Liberación de Kosovo (KLA, por su sigla en inglés), la Sala de Juicio interviniente, al analizar la capacidad de esa entidad para cometer CLH, destacó lo siguiente:

Debido a factores estructurales y capacidades organizativas y militares, un “ataque dirigido contra la población civil” va a ser frecuentemente determinado como cometido en representación de un Estado. Siendo el lugar de la autoridad organizada dentro de un territorio dado, con la aptitud de movilizar y dirigir poder militar y civil, en Estado soberano, por su propia naturaleza, posee los atributos que le permiten organizar y llevar adelante un ataque contra una población civil de una escala “extendida” o sobre una base “sistemática”. En contraste, la situación de hecho ante la Sala incluye alegaciones de un ataque contra la población civil cometido por un actor

28 “Prosecutor v. Tadic”, *Judgment* (Trial Chamber - Cámara de Juicio), 07/05/1997, § 654. El destacado me pertenece.

29 C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1999, p. 245.

30 Cassese, ob. cit., pp. 100-101.

no estatal con recursos, personal y organización extremadamente limitados.³¹

Más adelante, al analizar la capacidad del grupo para formular una política de ataque contra la población civil, la Sala repitió el requerimiento de control de facto del territorio de “Tadic” y, aplicándolo a los hechos del caso, concluyó que el KLA había gozado, dentro de los parámetros temporales relevantes, “de control *de facto* sobre partes de Kosovo y que sus fuerzas habían podido moverse dentro de esas partes y también sobre otros territorios en Kosovo”.³²

El test de “Tadic” es, por lo tanto, un mojón intermedio en el desarrollo de la categoría de los CLH que va desde la visión restrictiva en Nüremberg (CLH sólo pueden ser cometidos por un Estado) a la posición más amplia consagrada en el Estatuto de Roma (CLH pueden ser cometidos por una organización capaz de fijar una política en virtud de la cual se ataca a la población civil).³³ El test, como se dijo, es jurisprudencia consolidada del

31 “Prosecutor v. Limaj, Bala and Musliu”, *Judgment* (Trial Chamber - Cámara de Juicio), 30/11/2005, § 191.

32 *Ibid.*, § 214.

33 Así y todo, una reciente decisión dividida de la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI, autorizando la iniciación de una investigación penal preparatoria por parte de la Fiscalía, demuestra que aún hoy existen quienes creen que los CLH reclaman como mínimo un actor no estatal que reúna algunas características estatales. En su disenso, el juez Kaul se opuso a la iniciación de una investigación de la CPI en Kenia, sobre la base de que los actores no estatales involucrados no alcanzaban una envergadura y organización suficientes para actuar como un Estado o tener aptitudes cuasi estatales, entre otras consideraciones. Véase *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31/03/2010, voto en disidencia del juez Kaul, §§ 50-53 y 71-153. Esta opinión ha encontrado cierto apoyo doctrinario; véase C. Kress, “On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement. Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision”, *Leiden Journal of International Law* 23, n° 4, diciembre de 2010, pp. 855 y ss., donde se afirma que aún hoy los requerimientos del derecho internacional consuetudinario reclaman la existencia de una organización asimilable a un Estado, y que dichos requerimientos deben gobernar la interpretación del

TPIY.³⁴ Es también el test seguido por la Corte Suprema argentina en el caso “Derecho”, en el que esta decidió sobre la prescripción de un hecho individual de privación ilegítima de la libertad y maltrato policial cometido en 1988.³⁵ Según la fórmula adopta-

concepto de “organización” en los términos del art. 7 (2) (a) del Estatuto. Si bien el autor de este trabajo no comparte los argumentos que se sostienen en el voto ni en su comentario académico, ellos son ilustrativos del peso que aún tiene el componente estatal dentro de la discusión sobre los CLH, por un lado, y de la importancia de que las organizaciones no estatales a las que se atribuye la comisión de CLH presenten un grado significativo de importancia, medios, jerarquía, coordinación y estructura, por el otro.

34 Cuando se hace referencia a un supuesto abandono del requisito de ejercer control sobre un territorio a partir de ciertas decisiones del TPIY, no claramente identificadas (véase el editorial de *La Nación* del 16 de agosto de 2007, publicado en <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=934933>, con una referencia general a “Milosevic”, se falsea, lisa y llanamente, la jurisprudencia del Tribunal. El único abandono argumentable del requisito de control territorial que ha existido en la jurisprudencia del TPIY se refiere a los requisitos necesarios para que exista un conflicto armado de carácter no internacional, y por lo tanto resulte aplicable el art. 3 del Estatuto del TPIY. Esto es, precisamente –y no las condiciones de aplicabilidad de los CLH–, lo que se ha discutido en el caso “Prosecutor v. Dragomir Milosevic” (sitio de Sarajevo); véase *Judgment* (Trial Chamber – Cámara de Juicio), 12/12/2007, § 870 y nota al pie 3007. Hay que agregar que en este ámbito particular el TPIY no ha considerado jamás el control del territorio como un requisito sine qua non a los efectos de afirmar la existencia de un conflicto armado no internacional, aunque es un elemento que será analizado por los jueces del TPIY para determinar en cada caso si las hostilidades habían ido más allá de casos de bandidismo o insurgencia (Mettraux, ob. cit., pp. 36 y ss.). El control de territorio sí es, en cambio, un requisito jurisdiccional a los efectos de la aplicación del Protocolo Adicional II (Duffy, ob. cit., p. 222). De lo que se trata aquí, en todo caso, es de los criterios relevantes para fijar el umbral de violencia que distingue meros disturbios internos de un conflicto armado no internacional, conforme las reglas del DIH (sobre esto, véase el apartado anterior), y no de las características que debe reunir un actor no estatal a los efectos de poder ser considerado como autor penalmente responsable de CLH (categoría que, no está de más señalar, se emparenta modernamente con el derecho internacional de los derechos humanos y no con el DIH). Véase P. Akhavan, “Reconciling Crimes against Humanity with the Laws of War”, *Journal of International Criminal Justice* 6, 2008) p. 26 (con más citas).

35 “Recurso de hecho. Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal - Causa 24 079”, 11/07/2007. La mayoría de la Cor-

da, se requiere bastante más que una mera agrupación de personas con un propósito criminal: hace falta una organización con tal grado de control territorial o de autonomía dentro de él que pueda ser equiparada a un Estado a los efectos de su capacidad de cometer CLH.

El test refleja el estado de desarrollo del derecho internacional consuetudinario al menos al momento de la comisión de los hechos en “Tadic” (1992). No existe una base sólida para concluir, más allá de toda duda, que el principio enunciado en “Tadic” se encontraba ya vigente a comienzos de la década de los setenta,³⁶ pero, en todo caso, resulta claro que la conducta de miembros de grupos armados no estatales que actuaban en dicha época jamás podría ser analizada a la luz de un test más laxo que el formulado en “Tadic”. Es decir que, como mínimo, los requisitos estrictos adoptados por el TPIY para que una organización no estatal pueda cometer crímenes de lesa humanidad deberían quedar satisfechos para poder empezar a discutir la posibilidad de incluir miembros de los grupos insurgentes dentro del círculo de autores potenciales de CLH.³⁷

te adoptó los fundamentos y conclusiones contenidos en el dictamen del procurador general. Véase un análisis pormenorizado del fallo, al igual que una respuesta detallada a sus críticos, en L. Filippini, “La definición de los crímenes contra la humanidad en el fallo ‘René Jesús Derecho’ de la Corte Suprema argentina”, en Leonardo Pitlevnik (ed.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 316-350.

36 Como se dijo (véase la nota 12), la ley de creación de las Cámaras Extraordinarias de Camboya incluye la categoría de CLH para los hechos cometidos en Camboya a partir de abril de 1975. Ellos incluyen los hechos cometidos en la llamada República Democrática de Kampuchea, pero también los cometidos por el Khmer Rouge en su avanzada final hacia la toma del poder, es decir, antes de que pasara a ser formalmente el poder estatal. Ello podría apoyar la interpretación de que el principio enunciado en “Tadic” ya regía en ese momento.

37 Una decisión judicial reciente rechaza el pedido de reapertura de un caso de terrorismo con condena firme, cuyos autores habían sido indultados en 1989 (el ataque al capitán Humberto Viola y sus dos hijas en 1974, que culminó con la muerte del militar y de una de las niñas), sobre la base, entre otras consideraciones, de que ni el grupo insurgente en cuestión (ERP) ni sus miembros “formaban

La segunda cuestión a dilucidar se vincula con el elemento de contexto definitorio de los CLH. Para que un acto criminal individual (homicidio, tortura, etc.) pueda ser considerado un CLH, se debe enmarcar en un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, y debe ser cometido “con conocimiento de dicho ataque”. Según la jurisprudencia internacional existente, lo determinante es la existencia, ya sea de un elemento de escala y magnitud de los crímenes (ataque “generalizado”), ya sea de un patrón recurrente o de un plan o esquema organizativos (ataque “sistemático”).³⁸ Este ataque debe ser dirigido *contra la población civil* y no contra elementos u objetivos militares. Así, una serie de atentados contra destacamentos militares puede afectar a la población civil circundante e incluso inspirar temor generalizado, pero no resulta suficiente para fundar la existencia de crímenes de lesa humanidad. En contraposición, el ataque terrorista a las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001 presenta un grado de victimización tan extendido de población puramente civil que sí podría ser caracterizado como un crimen de lesa humanidad.³⁹

parte del Estado, ni mantenían ninguna dependencia con el Estado que evidenciara la característica básica de haberse convertido en una *maquinaria perversa de persecución sistemática y organizada de un grupo de ciudadanos, desviándose en su fin principal de promover el bien común y la convivencia pacífica de la sociedad* (“Figueroa, Rolando Oscar y otros s/doble homicidio y lesiones”, Expte. 478/74, decisión del 1º de octubre de 2009 del juez federal de San Miguel de Tucumán, con cita del fallo “Derecho”, de la CSJN. El destacado es del original). Es decir que la decisión se funda en la interpretación más restrictiva de los CLH, conforme a la cual el sujeto activo debe estar necesariamente relacionado con el Estado. La pregunta pertinente es si el juez hubiera llegado a una conclusión distinta de haber aplicado el test acaso menos rígido, pero igualmente exigente, de “Tadic”; sin embargo, nada en la decisión –incluidos los elementos de hecho allí analizados– sugiere que la conclusión podría haber sido otra.

38 Véase, entre otros, “Prosecutor v. Kordic and Cerkez”, *Appeals Judgement* (Cámara de Apelaciones del TPIY), 17/12/2004, § 94.

39 Véase Duffy, ob. cit., pp. 77-83, donde se señala que el requerimiento de que la población civil sea la víctima del ataque puede llevar a distintas consideraciones según se trate de blancos claramente civiles, como el World Trade Center en Nueva York, o de aquellos que tienen un rol militar, como el Pentágono.

A los efectos de determinar si un ataque ha sido dirigido contra la población civil, se debe considerar, entre otros factores, los medios y métodos empleados en el curso del ataque, el estatus de las víctimas, su número, la naturaleza discriminatoria del ataque, la naturaleza de los crímenes cometidos en su transcurso, la resistencia contra los atacantes al momento del ataque y la medida en que la fuerza atacante haya cumplido o tratado de cumplir con los requerimientos precautorios de las leyes de la guerra.⁴⁰

Si los grupos insurgentes que operaron en la Argentina en los setenta “controlaban de facto parte del territorio o podían moverse libremente dentro de él” y llevaron adelante un “ataque generalizado o sistemático contra la población civil” son, fundamentalmente, cuestiones de hecho y prueba que no serán discutidas aquí. Corresponde a los órganos de la administración de justicia penal y a los historiadores determinar si esos requisitos claramente restrictivos –y que, en definitiva, son los que diferencian los CLH de otro tipo de conductas criminales llevadas adelante por grupos organizados de personas, como el terrorismo– podrían quedar satisfechos en el caso de crímenes cometidos por estos grupos.⁴¹ En lo personal, considero poco probable una respues-

40 “Prosecutor v. Kunarac”, *Appeals Judgement* (Cámara de Apelaciones del TPIY), 12/06/2002, § 91.

41 Una posición sumamente restrictiva en relación con la aplicabilidad de los CLH a actos de terrorismo, incluso a aquellos cometidos a gran escala, como los ataques del 11 de septiembre de 2001, se puede encontrar en M. Mavany, “Terrorismus als Verbrechen gegen die Menschlichkeit - Analyse und Konsequenzen der Zuordnung zum Völkerstrafrecht”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 8, 2007, pp. 324 y ss., publicado en <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007_8_155.pdf>, donde, para los casos que involucran a una organización, se reclama un paralelismo con agencias estatales que, según el autor, se encuentra necesariamente ausente en el caso de grupos terroristas, entre otras cosas, porque no controlan territorio. Contra esta posición se pueden articular tres críticas: primero, que si bien el test de “Tadic” prácticamente reclamaba un paralelismo entre organización y autoridades estatales, el Estatuto de la CPI se aparta de ese precedente y sólo reclama la capacidad de la organización de formular una política de ataque a la población civil (obviamente, adecuada para alcanzar esos fines); segundo, que aun bajo el test de “Tadic”, un grupo que no controla un territorio pero tiene la capacidad

ta afirmativa a dicha pregunta. No obstante, es claro que, como vimos en el contexto del análisis de la categoría de crímenes de guerra, para que pueda existir una investigación y persecución penales por CLH atribuibles a actores no estatales, al menos debería existir algún sustrato mínimo que permitiera considerar posible la aplicabilidad de dicha categoría a los hechos en cuestión. En este sentido, teorías puramente conspirativas o pretendidas argucias interpretativas que desvirtúan o circunvalan los requisitos legales aplicables⁴² no pueden constituir una base adecuada para una encuesta penal y mucho menos para un enjuiciamiento posterior.⁴³

CONSIDERACIONES FINALES

Las páginas precedentes deberían bastar para demostrar que no existe, hoy por hoy, una fundamentación sólida y libre de controversias para la subsunción de los hechos de violencia cometidos por actores no estatales en la década de los setenta en alguna de las categorías de crímenes internacionales reconocidos por el derecho internacional consuetudinario. Descartada la pertenencia del crimen de terrorismo al universo de crímenes tipificados en el derecho penal internacional, dichos actos acaso podrán quedar comprendidos por las tipificaciones de

de moverse libremente en él –por ejemplo, el Lord's Resistance Army en Uganda del Norte– puede calificar como sujeto activo de CLH; finalmente, una crítica metodológica: no es buena práctica descartar *ex ante*, en abstracto y para todos los casos que un determinado tipo de organización pueda satisfacer los requerimientos de CLH, una cuestión que fundamentalmente concierne a los hechos y que, por lo tanto, debería analizarse en cada caso concreto.

42 Por ejemplo, considerar que, como algunos miembros individuales de Montoneros podían utilizar los medios de transporte públicos, este grupo podía “moverse libremente” dentro del territorio de la ciudad de Buenos Aires.

43 Véase el reportaje a Juan Méndez en <<http://www.unsam.edu.ar/publicaciones/nomada/material/Mendez.pdf>>, donde expresa sus dudas acerca de la existencia de un sustento fáctico suficiente para la aplicabilidad de los CLH a acciones de grupos insurgentes.

otros crímenes internacionales *si y sólo si* los elementos específicos de estos últimos se encuentran satisfechos en el caso concreto.⁴⁴ Realizar esta determinación es una operación compleja, que debe ser llevada adelante caso por caso, en forma detallada y objetiva, y, sobre todo, sin ceder a la tentación de manipular conceptos jurídicos o de representar en forma distorsionada hechos históricos para arribar a aquellas soluciones que se estimen valorativamente correctas. El análisis desarrollado en este trabajo debería servir para explicar que dicha subsunción resultará sumamente difícil, cuando no imposible, al menos en la gran mayoría de los casos.

Los actos de violencia terrorista, sin dejar de ser actos de naturaleza criminal, no poseen, al menos por el momento, la misma entidad que crímenes internacionales tales como genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, y por lo tanto no se encuentran regidos por los principios excepcionales que son aplicables a estas últimas categorías. Este hecho, aunque no guste, no debería ser negado a partir de construcciones dogmáticas forzadas o de intentos de reescribir las normas y jurisprudencia internacionales existentes. Como se ha señalado agudamente en el contexto de la discusión internacional sobre el carácter del crimen de terrorismo, “la *lex ferenda* no debería ser representada falsamente por los jueces como *lex lata*, por más persuasivo que sea el caso moral de castigar a los malvados, e incluso cuando el derecho positivo vigente resulte ser deficiente”.⁴⁵

Ello no quiere decir, sin embargo, que el reclamo subyacente de justicia por parte de las víctimas de actos de terrorismo⁴⁶ sea

44 Y aquí se debe enfatizar que, en el caso de extradición decidido por la Corte Suprema descripto más arriba, las autoridades españolas no habían caracterizado los hechos como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, sino como crímenes comunes, tales como pertenencia a banda armada, estrago, detención ilegal y, sí, terrorismo.

45 B. Saul, *ob. cit.*, p. 2.

46 Véase un análisis de la violencia proveniente de los grupos insurgentes en C. Nino, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven, 1996, pp. 50 y ss., y en J. Malamud-Goti, *Game without End. State Terror and the Politics of Justice*, University of Oklahoma Press, 1996, pp. 30-40.

ilegítimo, ni que pueda ser ignorado, aun cuando se encuentre fuertemente ideologizado⁴⁷, o cuando detrás de él se escondan intentos corporativos de asegurar la propia impunidad. Cómo y en qué medida se dé respuesta a este reclamo es, sin duda, un desafío que el Estado argentino tiene por delante. Pero dicha respuesta, en todo caso, no puede estar guiada ni por la “marcha atrás” en la compleción de un programa satisfactorio de persecución penal de los crímenes de lesa humanidad cometidos por las autoridades estatales *de facto* durante el período 1976-1983, ni por la equiparación tozuda y jurídicamente insostenible de crímenes completamente distintos en su naturaleza y efectos.

47 Algo que también sucede con algunos de los reclamos de justicia referidos a la represión estatal durante el Proceso de Reorganización Nacional, sin que ello socave la legitimidad del reclamo en sí mismo. En este sentido, los intentos de forzar los límites de los CLH o de los crímenes de guerra para permitir el ingreso de actos criminales cometidos por grupos insurgentes guardan algún parecido con los intentos de subsumir los actos persecutorios de la dictadura militar contra su propia población civil como actos de genocidio, a pesar de que sea una operación insostenible desde el punto de vista jurídico. Sobre la incompatibilidad de la figura de “autogenocidio” con la Convención sobre la Prevención y Sanción del Genocidio de 1948, véase W. A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 118-119.

Violencia de género y abusos sexuales en los centros clandestinos de detención Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina

Lorena Balardini, Ana Oberlin y Laura Sobredo

INTRODUCCIÓN

La reapertura del proceso de justicia por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante los años del terrorismo de Estado en la Argentina ha propiciado la profundización del reconocimiento de las condiciones de vida de los detenidos en los centros clandestinos de detención (CCD), que en buena medida habían sido, por razones que discutiremos, soslayadas en la experiencia de verdad y justicia de los años ochenta.

Uno de los aspectos remite al ejercicio de la violencia de género en sentido amplio, a través de la comisión de violaciones sexuales y todo tipo de abusos y vejaciones a detenidos-desaparecidos –tanto varones como mujeres– en los CCD bajo el mando de las Fuerzas Armadas y de seguridad.

La perspectiva de género permite analizar el impacto diferencial de una práctica, proceso o institución sobre varones y mujeres y la forma en que se legitiman, refuerzan o revierten las relaciones jerárquicas entre ellos. En la cuestión que nos ocupa, esta perspectiva permite el estudio de la vida en los CCD, comprendiendo lo femenino como una condición que excede a la mujer y refleja, en trazos brutales y violentos, la organización jerárquica habitual en la sociedad en general.¹

1 Nos referimos al impulso agresivo, característico del sujeto masculino, hacia quien manifiesta los signos y los gestos de la feminidad, más allá

Este capítulo, por lo tanto, analiza la particular experiencia del ejercicio de este tipo de violencia en la represión argentina. Se trata de un análisis de género que abordará múltiples interrogantes vinculados a los usos de esta violencia durante la detención clandestina, las formas que adoptó al cristalizarse en los relatos de los sobrevivientes brindados en el marco de los procesos de verdad y justicia que siguieron, así como las posibilidades de judicialización concreta de esta práctica, entendida y definida a priori como delito de lesa humanidad, cometido sistemáticamente en todo el país. Así, combinaremos el abordaje teórico de los temas, a partir de discusiones psicoanalíticas, sociológicas y jurídicas, con los invalorable testimonios de los sobrevivientes, a efecto de pensar estas cuestiones desde la arena del proceso de justicia, partiendo de la exaltación de las voces de los sobrevivientes.

Esta experiencia es resultado de un largo camino recorrido en la construcción de los relatos sobre nuestro pasado reciente. Y es, como destacaremos, una necesidad actual y creciente.

LA CONSTRUCCIÓN DE LOS TESTIMONIOS EN CADA ETAPA DEL PROCESO DE VERDAD Y JUSTICIA. UNA HIPÓTESIS EN RELACIÓN CON EL TIEMPO

Para analizar la violencia de género en la particular experiencia del caso argentino debemos considerar las formas de “construcción” de los testimonios de las víctimas, que han cambiado en las distintas etapas del largo proceso por la verdad y la justicia.

de si es “varón” o “mujer”. Así, la violación –entendida en un sentido amplio como el uso y abuso del cuerpo de otro– no es una práctica que sólo padecen las mujeres. Sin embargo, el sujeto identificado con las características masculinas suele ser el hombre, y también es más probable que los gestos de la feminidad sean desplegados por una mujer. En consecuencia, nos referiremos a varones y mujeres con estas reservas, proponiendo el uso de ambos conceptos a modo de construcción, vinculados a estructuras y posiciones ocupadas en el espacio social.

En relación con las políticas de género, el discurso permite la enunciación de aquello por lo que se lucha y es, al mismo tiempo, el medio por el cual se lucha. Ese es el valor de los dichos de los testigos en cada uno de los ámbitos en los que fueron vertidos, más allá de la normatividad que sostuviera esos espacios. Las declaraciones en sede judicial construyen un discurso que es mucho más rico y más amplio que el de las declaraciones testimoniales individuales, y se extiende y complejiza en la producción cultural, la militancia y los infinitos modos de construcción colectiva de la historia.

El enfoque del testimonio en los años ochenta estaba orientado a probar la existencia de un plan sistemático de represión y a conceptualizar jurídicamente la noción de *desaparición*. Las primeras declaraciones ante la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) dan cuenta de las situaciones de tortura sistemática vivida en los CCD, y entre los tormentos y las condiciones de vida infrahumanas descriptos está presente también la gama de abusos de índole sexual y la diferenciación de los castigos a partir de criterios de género. En particular, los relatos se centraron en brindar información que sirviera para identificar a los compañeros de cautiverio asesinados o “trasladados”,² de cuyo destino no existían certezas.

Esta perspectiva del testimonio se plasmó en la estrategia implementada para el juzgamiento de los jefes de las juntas militares en el marco de la causa 13/84, conocida mundialmente como el Juicio a las Juntas, celebrado en 1985. En este proceso, la estrategia de persecución penal consistió en el juzgamiento de algunos casos paradigmáticos, y la acusación de los responsables se centró en delitos tipificados en el Código Penal argentino,³ entre los cuales se excluyó la figura jurídica de los delitos contra la integridad

2 En la jerga propia de la experiencia de la detención clandestina, el “traslado” era la forma de llamar al destino final de los secuestrados, es decir, la muerte y posterior desaparición de los cuerpos.

3 Los delitos juzgados en la causa 13/84 fueron privación ilegal de la libertad, tormentos, tormentos seguidos de muerte, homicidio y robo.

sexual,⁴ si bien entre los testimonios brindados hubo múltiples referencias al respecto. Así, en la sentencia de la causa se incluyeron extractos de testimonios en tanto prueba de la aplicación sistemática de tormentos a los detenidos, testimonios que incluían la descripción de abusos propios de la violencia de género, pero que no podían ser valorados como tales en el marco de la estrategia criminal de ese proceso penal.

En síntesis, el análisis de la experiencia de los años ochenta ha demostrado que el objetivo general de probar la represión ilegal opacó las vivencias individuales, que, aunque mencionadas de modo reiterado por los testigos y recuperadas en los textos históricos, quedaron en un evidente segundo plano frente a la dimensión amplia del plan sistemático de desaparición y exterminio.

Si bien técnicamente la posibilidad de juzgamiento de estos delitos siguió vigente en épocas de impunidad,⁵ ello no implicó su visibilidad. El tiempo transcurrió, los sobrevivientes continuaron realizando denuncias y presentaciones, y a partir de los llamados Juicios por la Verdad⁶ se multiplicaron las declaraciones, hasta la reapertura de las causas penales, todo lo cual ha contribuido a generar un cambio en el relato de la experiencia particular. En este nuevo proceso, los dichos de los sobrevivientes revalorizan

4 Los “delitos contra la integridad sexual” constituyen una figura acotada en la ley argentina, que se circunscribe al juzgamiento de hechos que pueden entenderse, en sentido amplio, como propios de la “violencia de género”.

5 Los delitos contra la integridad sexual, la apropiación de niños y el robo de bienes quedaron fuera del alcance de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, promulgadas en 1986 y 1987. La hipótesis del tiempo que manejamos permite pensar también por qué no fueron investigados, como el resto de las conductas cuyo esclarecimiento era posible.

6 Los Juicios por la Verdad se llevaron adelante en varias jurisdicciones como alternativa a la imposibilidad de persecución penal. Fueron el corolario de una etapa marcada por la búsqueda de la verdad y del destino final de los detenidos-desaparecidos, como derecho de las víctimas y de la sociedad en su conjunto a conocer su pasado y a resguardarse para el futuro. Este recurso legal, más allá de no poder atribuir responsabilidad a los culpables por lo sucedido, contribuyó a la formación de un corpus probatorio importantísimo para el proceso de justicia que comenzaría después.

sus propias vivencias, sin limitarse a las de los compañeros con quienes compartieron el cautiverio y cuya desaparición necesitaba acreditarse. Esta situación no puede minimizarse, porque el acento justamente está puesto, por primera vez, en la experiencia personal.

Al principio hablábamos de los compañeros que habíamos visto con vida en el centro clandestino y que todavía estaban desaparecidos, después fue el tiempo de nombrar a los represores que pudimos reconocer, ahora es tiempo de hablar de cada uno de nosotros.⁷

De esta manera, en el marco del nuevo proceso de justicia, presenciemos testimonios mucho más ricos en el detalle de la experiencia de cada sobreviviente. Se ha evidenciado un claro salto cualitativo en la construcción de los relatos y han comenzado a exponerse –comparativamente, más en el caso de las mujeres–, cada vez con mayor frecuencia, los abusos y vejámenes vinculados al género, sufridos durante los secuestros.

“Hablar de cada uno de nosotros” es algo que las mujeres vienen haciendo desde el principio de esta historia. Sin embargo, para que ese discurso tenga un lugar en lo colectivo es necesario que alguien pueda decir y que otro escuche y dé lugar a esa escucha. El decir particular –individual quizá, y hasta privado en un primer momento– es el comienzo de la construcción de producciones colectivas e incluso del discurso de las instituciones.

Han pasado más de treinta años y aún nos encontramos –en el texto, aunque no sólo ahí– intentando dar cuenta de lo sucedido y de su lugar en el nuevo proceso de justicia. Entonces, ¿cómo no intentar alguna explicación en relación con el tiempo? Si ya estaba dicho, si había menciones más que elocuentes y concretas, ¿por qué recién en los últimos años la violencia de género ocupa un lugar explícito en el discurso de la Justicia?

7 Testimonio brindado en una entrevista grupal realizada el 18 de mayo de 2010 en el CELS.

Una primera mención inevitable nos remite a la dificultad, tanto a nivel individual como colectivo, de escuchar lo traumático, así como la siempre difícil cuestión de la fiabilidad de la palabra del testigo. En *Los hundidos y los salvados*, Primo Levi reproduce las palabras de los guardias de Lager, los asentamientos de Auschwitz:

De cualquier manera que termine esta guerra, la guerra contra vosotros la hemos ganado, ninguno de vosotros quedará para contarlo, pero si alguno incluso lograra escapar, el mundo no les creería [...]. Aunque alguna prueba llegase a subsistir, y aunque alguno de vosotros llegara a sobrevivir, la gente dirá que los hechos que contáis son demasiado monstruosos para ser creídos [...]. La historia del Lager, seremos nosotros quien la escriba.⁸

Estas palabras no sólo son un documento histórico ineludible en relación con la situación concentracionaria, sino que siguen reflejando con inquietante claridad las experiencias de los sobrevivientes de los campos de concentración, equiparable, en el caso argentino, a las de los CCD. Como si el tiempo –más de tres décadas– no hubiera pasado entre un horror y otro, una sobreviviente del centro clandestino de detención El Vesubio durante la última dictadura relató el reencuentro con su madre cuando regresó a su casa después de casi un año de su desaparición. Luego de abrazarla, sentenció: “Bueno, ya estás acá con nosotros, vamos a decir que estos meses estuviste de viaje y de eso no se habla más”.⁹ Nunca volvieron a tocar el tema, su madre jamás quiso escuchar nada acerca de los horrores sufridos por su hija.

El silencio, en este caso, vino a ocupar el lugar del “no les creerían”, como una negación de lo sucedido aún más radical. Ya no se trata de que la palabra del sobreviviente no sea creíble, sino que “de eso no se habla más”, como si ya se hubiese hablado.

8 Primo Levi, *Los hundidos y los salvados*, El Aleph, Barcelona, 3ª ed., 2006.

9 Testimonio brindado en una entrevista grupal realizada el 18 de mayo de 2010 en el CELS.

EL TIEMPO Y LO TRAUMÁTICO

La escucha de las secuelas de los horrores padecidos por tantos seres humanos a lo largo del siglo XX –tomando como referencia el psicoanálisis– nos ha permitido conocer las particularidades de lo traumático en relación con el tiempo, la perdurabilidad de aquello que quedó como marca en la estructura psíquica y que insiste, en un intento sin fin, en enlazarse, en encontrar un lugar en el registro de las imágenes o del significado. La actualidad de lo traumático vuelve a aparecer en los testimonios, cuando el sobreviviente revive con su relato lo padecido.¹⁰

Lo Real de la experiencia traumática resulta imposible de significar y reclama de cada uno y del colectivo social una exigencia enorme de trabajo psíquico, que permita la continuidad de la vida en términos subjetivos, así como en términos materiales. Trabajo que se opone a la “opacidad del trauma, a su resistencia a la significación”.¹¹ Este tipo de experiencias traumáticas marca siempre un antes y un después ajenos al tiempo cronológico. La insistencia de lo no representado en enlazarse con el resto de la trama psíquica, con los demás significantes, abre la posibilidad de cierta elaboración del trauma que habilita la recuperación de la capacidad de producir y de desear, la posibilidad de recordar y también de olvidar. Aquello que no pudo ser elaborado, aquel resto del horror que fue excluido de las palabras, no reconocido en el relato privado que antes mencionamos, o que fue acallado por quienes lo escucharon, o fue negado por las instituciones sociales que suspendieron la posibilidad de la justicia, reaparece, se muestra y es transmitido.¹² Lo que no pueda entrar de algún modo en el registro de las imágenes o de las palabras que portan algún significado seguirá insistiendo en inscribirse, seguirá mostrándose pendiente de elaboración, pendiente de ser reparado.

Así, lo traumático, como pueden ser calificadas todas las formas de tortura, sigue vigente y actual, a la espera de la formulación de

10 CELS, *Informe anual 2000*, Eudeba, Buenos Aires, 2000.

11 Jacques Lacan, *Seminario 11. Los cuatro conceptos fundamentales del psicoanálisis* (1964), Paidós, Buenos Aires, 1987, p. 63.

12 Françoise Davoine, *La locura Wittgenstein*, EDELP, Buenos Aires, 1993.

un discurso que pueda contenerlo y dar cuenta de ello. La perdurabilidad de lo traumático atraviesa las generaciones, y las marcas del horror siguen mostrándose en las vidas individuales, en las formaciones discursivas, en las estructuras de las instituciones. Podríamos decir que reviven en todas las producciones culturales, en un tiempo sin un fin determinado.

EL TIEMPO LÓGICO

Podría precisarse un primer momento en que el sujeto se habla a sí mismo sobre el horror experimentado, todavía silenciado frente a los otros, en ocasiones durante largos años. Luego se vuelve posible relatar a los diversos otros lo experimentado, que perdura en los recuerdos de aquella misma experiencia. Al respecto, Paul Ricoeur subraya:

Yo quisiera insistir con la expresión “aquello existió”, pues, al decir el testigo que “aquello existió”, dice tres cosas a la vez. La primera es “yo estuve allí”; este es el meollo mismo de la ambición de verdad de la memoria. [...] Pero el testigo dice también algo más, no sólo “yo estuve allí” sino también “créeme”, esto es, apela a la confianza del otro, con lo cual el recuerdo entra en una relación fiduciaria [...] es entonces cuando el testigo dice una tercera cosa: no sólo “yo estuve allí” y “créeme” sino que agrega “y si no me crees pregúntale a otro”, pero a otro que a su vez no tendrá mejor cosa que ofrecer que su propio testimonio.¹³

Aquí el autor aborda las cuestiones de la fiabilidad del testimonio, de la construcción colectiva de la memoria y –agregamos nosotros– el tema de la temporalidad. El testigo habla a un interlocutor de quien requiere confianza (“créeme”) y refiere su dicho a

una serie de otros que vendrían a confirmarlo. Esas diversas interlocuciones construyen el discurso, lo complejizan, lo posibilitan o lo acallan. El testigo y sus interlocutores pueden fijar una versión estereotipada del relato y, en consecuencia, de la historia, incluso aquella ajena al testigo, o el testigo puede ser protagonista de la construcción de un relato que enlace lo que el trauma dejó apartado del resto de su subjetividad, de su historia individual y, también, de la historia colectiva.

El testimonio tiene un destinatario, una intencionalidad y una enorme potencia como instrumento de elaboración subjetiva, tanto para el testigo como para la sociedad en su conjunto. Proponemos comprender la posibilidad de testimoniar y de que ese testimonio pueda ser alojado en la trama social en un tiempo lógico. El tiempo lógico es aquel que se organiza en relación con la posibilidad de abordar los sucesos como eventos lógicos sucesivos, que nada tienen que ver con una noción cronológica del tiempo. Lo primero, por lo tanto, es condición de lo segundo; un evento es derivación lógica de otro anterior.

En la cuestión particular que nos ocupa, la violencia de género en los CCD durante la última dictadura, en términos lógicos resulta indiferente que hayan pasado dos, diez o treinta años desde lo sucedido o desde la primera narración de lo sucedido: lo relevante es que habría ciertos hechos previos que darían lugar y serían condición de la posibilidad de dar cuenta de la violencia de género como parte de lo padecido por las víctimas en los CCD.

Las palabras mismas de las sobrevivientes confirman que, históricamente, han minimizado sus padecimientos personales durante su cautiverio frente al trato que padecieron sus parejas, familiares o compañeros de militancia durante la detención, la mayoría de los cuales se encuentran desaparecidos. En particular, en relación con la violencia sexual, este delito ha sido muchas veces ocultado para no desviar la atención de –según sus propias palabras– “lo más importante”: conocer el destino de sus seres queridos. Por otra parte, en algunos casos han buscado proteger a su entorno de “al menos una parte” del horror sufrido.

¹³ Paul Ricoeur, “Definición de la memoria desde el punto de vista filosófico”, en *Por qué recordar*, Granica, Buenos Aires, 2002.

“Recién hace poco lo pude decir. Nunca lo había puesto en palabras. No se lo dijimos a los familiares para no hacerlos sufrir”,¹⁴ comenta un sobreviviente, y otro precisa: “Dentro del horror que había en los campos de concentración, una violación parecía como algo secundario. Ante la muerte de mi marido, ante todo lo que se daba allí adentro, todo el horror, eso era como que quedaba en segundo término”.¹⁵

Las modificaciones introducidas en la legislación penal en relación con los “delitos contra la integridad sexual”,¹⁶ las extensas producciones en el campo académico, artístico y político de los movimientos de mujeres, así como los cambios en la legislación internacional en relación con las violaciones a los derechos humanos de las mujeres, han abierto, sin duda, la posibilidad de que aquellos testimonios de las sobrevivientes –referidos en diferentes ámbitos hace ya décadas– puedan ser hoy comprendidos de otro modo, y que sea posible incluir la persecución de esos crímenes en el proceso de justicia.

ABORDAJE DE LA CUESTIÓN DE GÉNERO.

LAS RELACIONES DE ESTATUS.

EL LEGADO DEL PATRIARCADO

Para abordar el tema que nos ocupa, es necesario puntualizar algunos conceptos centrales que permiten dimensionar la perspectiva de género en el análisis de la violencia en los CCD. Por cierto, ya hemos alertado respecto de nuestra propuesta de comprensión

14 Testimonio brindado en una entrevista grupal brindada el 2 de octubre de 2010 en el CELS.

15 Testimonio en la causa “Molina”, juicio oral. Extraído de la sentencia del Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, de junio de 2010.

16 Hasta la reforma del Código Penal de 1999, la violación y otras formas de violencia sexual eran caracterizadas como delitos contra la honestedad. Luego de esa reforma se las considera como un delito contra la integridad sexual de la persona. El bien que la ley resguarda es la integridad sexual de la víctima, no un orden determinado.

de lo femenino como una posición determinada en una estructura de organización jerárquica.

Siguiendo a Rita Segato¹⁷ cuando se refiere a las variantes fenoménicas reseñadas en la etnografía y en la historia de la violación, entendemos la estructura de género como “anclada en el terreno de lo simbólico y cuyo epifenómeno son las relaciones concretas entre hombres y mujeres históricos”.

En la línea de una comprensión estructural de estas relaciones, Lacan, Freud y Lévi-Strauss interpretan el asesinato del padre primordial como un momento mítico que funda la vida en sociedad a partir de la prohibición del incesto. Antes de la prohibición, antes de la ley que posiciona al padre en el lugar de la autoridad, funciona un orden de *estatus* con la vigencia del padre primordial todopoderoso, desigual para ambos géneros y anterior al contrato entre hombres derivado del asesinato del padre.

Las relaciones de género resultan del orden jerárquico patriarcal y, como tales, mantienen vigentes las relaciones de estatus. La regulación por medio del estatus precede a la regulación contractual. Pero aun en el contrato entre pares, cuyo significado será durante mucho tiempo el contrato entre varones, la mujer se mantiene bajo la tutela de un determinado hombre.

En la legalidad instituida por la prohibición del incesto, las mujeres son un valor de cambio. La prohibición del incesto tiene como consecuencia inseparable la prescripción de la exogamia. Según Lévi-Strauss, las mujeres circulan en el orden social del patriarcado conforme unas reglas de intercambio –la exogamia– que constituirán, junto con el lenguaje, la representación de la función simbólica. En esta conceptualización, las palabras y las mujeres aparecen como valores de intercambio en la vida social y de esto resulta que puedan funcionar como símbolos.

El concepto de *ciudadanía*, que muy lentamente se extendió a la mujer hasta considerarla como un sujeto de derecho, a la par del hombre, es una adquisición de la modernidad (siglo XVI),

17 Rita Segato, *Las estructuras elementales de la violencia*, UNQ-Prometeo, Buenos Aires, 2003.

como momento histórico y como desarrollo filosófico. En el mundo contemporáneo, las situaciones de graves violaciones a los derechos humanos perpetradas sobre las mujeres ponen de relieve la vigencia del orden de estatus o jerárquico en las relaciones de género, un orden por definición violento, que insiste en reinstaurarse más allá de las categorías contractuales que organizan lo social.

LA VIDA EN LOS CENTROS CLANDESTINOS DE DETENCIÓN Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Existe una extensa bibliografía que narra los modos de funcionamiento de los CCD: normatividad paralela y secreta, poder concentracionario, estado de excepción. Sin embargo, en relación con los abusos sexuales de las mujeres cometidos por los represores, aparece un modo de enunciación que repite letra a letra el habitual recelo social en relación con la mujer abusada: en algo ella es responsable. Se sostiene fuertemente la sospecha sobre la víctima: algo hizo (la seducción), algo dejó de hacer (la resistencia, la negativa) y además traicionó. Por lo tanto, los prejuicios se copian y se trasladan sin modificación alguna hacia dentro del centro clandestino, desconociendo realidades groseramente condicionantes de lo que allí sucedía. Las relaciones de estatus se reproducen violentamente y, sin embargo, no son denunciadas ni visibilizadas como tales.

Una hipótesis que permite acercarse a la comprensión de la complejidad de la cuestión es la siguiente: resulta muy difícil tener presente, conocer y valorar en alguna medida el horror allí vivido tanto para quien escucha el relato de quienes lo padecieron como aun para quienes lo padecieron. Como señalamos, lo traumático (y toda la experiencia concentracionaria puede ser calificada de tal, aun en sus mínimos detalles) es por definición irrepresentable. Son experiencias imposibles de abarcar en el registro de la palabra, que están grabadas en el cuerpo material de los que las padecen y en el cuerpo social, que modifica brutalmente la estructura de las relaciones sociales. En contraste con este desborde inabarcable, que insistirá dolorosamente en ser dicho, escuchado

y comprendido de algún modo, aparecen categorías fuertemente instaladas en la cultura, como la seducción, la posibilidad de negarse o resistirse, y la traición, que organizan el modo de enunciar lo que allí sucedió con esas mujeres.

En consecuencia, describiremos dos modalidades del ejercicio de la violencia de género propias de los CCD de la última dictadura en la Argentina: el arrasamiento subjetivo y la acusación de traición. Estas perspectivas permiten describir con precisión la particular experiencia de las violaciones graves a los derechos humanos de las mujeres en ese ámbito. Aunque, sin duda, hay “filtraciones” inesperadas y “comunicaciones” deliberadas entre el funcionamiento del CCD y el cuerpo social todo, creemos que existe una especificidad respecto de lo que sucede, en general, dentro del orden concentracionario. Esta especificidad también debe ser puntualizada en relación con la violencia de género.

El arrasamiento subjetivo.

Víctimas “puras e impuras” y la culpa

La representación de la mujer como un ser peligroso, que puede usar su sexualidad como un medio para obtener lo que desee, hunde profundamente sus raíces en la cultura occidental. Un análisis posible relaciona esta afirmación con el lugar de objeto de la mujer en la organización patriarcal, que la concibe como valor de intercambio. Lévi-Strauss nombra a la mujer como “estimulante natural” del hombre, “estimulante del único instinto cuya satisfacción puede ser diferida”.¹⁸ Esta concepción queda oculta cuando la “ofrecida” (valor de intercambio) “se ofrece” (seduce). Si lo entendemos de este modo, ella carga, digámoslo así, con la responsabilidad de los hechos. En consecuencia, queda silenciada cuando menos la historicidad de la concepción del lugar social de la mujer y se cierra toda posibilidad de revisión al respecto.

18 Claude Lévi-Strauss, *Las estructuras elementales de parentesco*, Paidós, Buenos Aires, 2000.

La deshistorización de los conceptos en relación con el género ha sido ya estudiada: es, en efecto, una de las operaciones clásicamente descritas como efectivas para invisibilizar y sostener la desigualdad y las estructuras de dominación.¹⁹ La adjudicación a la mujer de alguna característica indisociable de su género de persuasión o seducción en su beneficio subvierte el lugar de la víctima haciéndola responsable del crimen.

Esta inversión oculta con gran eficacia el orden social que subyace a esa práctica, y la sostiene. La idea del valor positivo de la negativa, de la resistencia a ser abusada; la presunción de que la mujer debería haber hecho algo o debería haber hecho más para no ser violada copian el credo cristiano de que es más valioso el honor que la vida, idea en la que se sostiene el martirologio (cristiano en particular), que el diccionario extiende a la “lista de las víctimas de una causa” y a la propia definición del mártir en general. De este modo, es posible pensarla como una forma más de acusar a las víctimas y responsabilizarlas de los crímenes cometidos sobre ellas, en una maniobra que habilita a los perpetradores en particular, así como al Estado y el colectivo social todo, a desentenderse de la responsabilidad, de las decisiones, las omisiones y los horrores cometidos.

Es difícil encontrar exposiciones más dramáticas de la desprotección y la vulnerabilidad que aquellas que genera la violencia ejercida brutalmente en sus cuerpos, en tanto representan su condición sexual, su identidad de género y su posibilidad de descendencia. La ruptura brutal de barreras primitivas constitutivas de lo humano, como el pudor y la vergüenza, fueron prácticas habituales de los torturadores en su intento por doblegar a las víctimas.

19 Pierre Bourdieu, *La dominación masculina*, Anagrama, Buenos Aires, 2000.

La acusación de traición

Otro modo particular de violencia sexual en algunos CCD fue el establecimiento de vínculos perdurables en el tiempo entre mujeres secuestradas y sus captores, en los que un represor en particular mantenía “relaciones sexuales” y distintas formas de “convivencia” con una víctima. Aún está vigente la idea de que aquellas mujeres que sostuvieron relaciones sexuales en un marco de sometimiento –en el que es impensable el ejercicio pleno de la libertad de elección– debieron haberse negado, o al menos debieron haberse “negado más firmemente”, y resistirse a que la violación sucediera. Pero ¿alguien puede pensar realmente que una persona podría ser capaz de resistirse a que suceda la tortura?

¿Qué debe entenderse por “resistirse a la tortura”? Primero, sobrevivir, y segundo, no delatar. “Resistió a la tortura”, dicho sin más, quiere decir “está vivo y no delató”. Si bien no es este el tema que nos ocupa, resulta inevitable mencionarlo, sobre todo porque en estos crímenes se enjuicia primero a la víctima, y una de las acusaciones es la traición.

En su libro *Traiciones*, Ana Longoni se pregunta: “Si se considera traidor a quien delata y estas mujeres no lo hicieron, ¿qué es lo que las convierte en traidoras?”.²⁰ Aquí ensayaremos una respuesta diferente, en nada contradictoria con las allí planteadas, sustentada en la letra de la ley vigente hasta hace poco tiempo en nuestro país, y su reciente modificación.

Como señalamos, hasta la reforma del Código Penal de 1999, la violación y otras formas de violencia sexual eran caracterizadas como delitos contra la honestidad. En esta concepción, la agresión consumada en el cuerpo de la mujer se dirige a un valor en particular, a otro sujeto (el varón signatario del contrato entre hombres antes mencionado) y amenaza a la sociedad en su conjunto. El delito contra la honestidad –entendida como un valor a resguardar– indica que el hombre es alcanzado

20 Ana Longoni, *Traiciones*, Norma, Buenos Aires, 2007, p. 151.

y afectado en su integridad moral por los actos de las mujeres vinculadas a él. Así leída la ley, no pretende defender a la víctima en tanto ciudadana sino resguardar cierto orden social, una determinada moral, expresada en ciertas costumbres, y muestra con claridad la vigencia del orden jerárquico patriarcal en detrimento del orden propio de la modernidad –enunciado al menos–, respecto de los derechos ciudadanos. No todos los actores son iguales, sino que ocupan un ordenamiento, establecido por un régimen jerárquico. La definición de *violación* es el más claro ejemplo.

La exclusividad del acceso vaginal para configurar la violación, que excluye otros tipos posibles de abuso y que la diferencia de estos, señala que aquello que se resguarda es la herencia y la descendencia. Así entendida, la violación pone en riesgo derechos y prerrogativas del padre y el marido, como el control de la herencia y la continuidad de la estirpe. Tanto es así que resulta difícil sostener la idea de violación en el matrimonio, siendo parte de los derechos del marido el llamado *débito conyugal*, de origen bíblico, y cuya falta es establecida como pecado por el derecho canónico. De esta manera, la violación resulta un acto regulado por las relaciones sociales, asociado con determinadas circunstancias.

Creemos que esa es la “traición” de la que se acusa a las mujeres violadas en los CCD. La traición al orden impuesto, y la traición a los hombres con que se encontraban vinculadas en el rol de parejas o como parte de la misma causa. Como si la “causa revolucionaria”, entre los valores a no ser traicionados, incluyera alguna regulación del intercambio sexual y, una vez más, las mujeres fueran un valor a ser nombrado por los varones en ese intercambio.

El cambio en la legislación, tan reciente, casi iniciado el nuevo siglo, da cuenta de tiempos diferentes de los cronológicos, e incluye el desarrollo de la perspectiva de género.

POSIBILIDAD DE JUDICIALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL COMETIDA DURANTE EL TERRORISMO DE ESTADO

CUESTIONES TÉCNICO-LEGALES EN RELACIÓN CON EL ABUSO Y LA VIOLACIÓN SEXUAL COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD

Las mujeres no sólo fuimos torturadas, sino violadas [...] esto también fue un crimen a la humanidad.²¹

En efecto, ya nadie ignora que los delitos contra la integridad sexual configuraron otra de las prácticas aberrantes llevadas a cabo por los integrantes de los grupos represivos durante la última dictadura militar, a las que se vio sometida la gran mayoría de los detenidos y detenidas privados ilegalmente de su libertad. No es, en sí, un hecho nuevo. Esta modalidad represiva de aplicación de violencia sexual sistemática sobre personas detenidas o partes contrarias ha sido utilizada reiteradamente a lo largo de la historia de la humanidad, en casi todos los conflictos armados, dictaduras y genocidios. Este reconocimiento de que se trata de una práctica extendida ha dado lugar a su inclusión diferenciada dentro de la normativa internacional de los derechos humanos, y despertado la preocupación de buena parte de las organizaciones y organismos de derechos humanos, feministas y de defensa de las mujeres, en todo el mundo.

VIOLACIÓN SEXUAL COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD. ANTECEDENTES INTERNACIONALES

A efectos de comprender más acabadamente el desarrollo de este delito como crimen de lesa humanidad es importante tener presente la perspectiva brindada por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho penal internacional. En su evolución, ha tenido particular re-

21 Testimonio en la causa “Vesubio”, juicio oral, brindado el 8 de febrero de 2011 ante el Tribunal Oral Federal 4 de la Capital Federal.

lieve el tratamiento dado al tema en el caso de los conflictos armados. Señalaremos brevemente los hitos fundamentales en ese desarrollo, que pueden ser utilizados como herramientas en nuestro contexto.²²

Los temas centrales del derecho internacional humanitario se encuentran codificados en los Convenios de Ginebra (1949) y sus protocolos adicionales (1977), que tienen por objeto proteger a quienes participan en un conflicto armado, ya sea como combatientes, como prisioneros de guerra o como parte de la población civil. En el Cuarto Convenio de Ginebra, la violación sexual, la prostitución forzada y cualquier otro “asalto indecente” durante un conflicto armado no eran considerados una infracción grave, sino sólo como un acto contrario al derecho internacional humanitario: eran, sin más, un atentado al pudor de las mujeres.

La diferencia es trascendente. Que una conducta sea considerada una infracción grave implica una obligación para los Estados de reprimir el acto y castigarlo incluso en jurisdicción internacional. En cambio, si se considera un acto contrario al derecho internacional, sólo prescribe la obligación general de tomar medidas oportunas para que los hechos cesen. Por su parte, recién en los protocolos de 1977 las violaciones comenzaron a ser consideradas un atentado contra la dignidad personal, y no “al pudor”. Y sólo en 1992 el Comité Internacional de la Cruz Roja pasó a definir las como una grave infracción al derecho internacional humanitario.

El siguiente hito importante en este tema lo constituyeron los Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia (TPIY)²³ y de Ruanda (TPIR).²⁴ En sus estatutos, ambos incluyeron la viola-

²² Seguimos en este apartado fundamentalmente a María Julia Moreyra, en *Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007, y la publicación de DEMUS, *Estudios para la defensa de los derechos de la mujer*, “Violencia sexual en conflictos armados: el derecho de las mujeres a la justicia”, Buenos Aires, septiembre de 2008.

²³ Fue creado el 25 de mayo de 1993 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, según Resolución 827.

²⁴ Fue creado el 8 de noviembre de 1994 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, según Resolución 955.

ción sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, y han resuelto cuestiones centrales, como la caracterización de la violación sexual como crimen independiente y como delito de lesa humanidad vinculándolo a un ataque amplio o sistemático contra la población civil.

Dos ejemplos trascendentes han sido:

1. El caso “Akayesu”, resuelto por el TPIR en 1998, en el que por primera vez se definió la violación sexual y la violencia sexual en el marco internacional. A la primera se la enunció como una invasión física de naturaleza sexual cometida contra una persona en circunstancias coercitivas, y se la distinguió como crimen independiente y como delito de lesa humanidad. Se estipuló además que, si se dan las condiciones prescriptas para tal crimen, la violación puede ser considerada genocidio. La sentencia determinó:

La violación y la violencia sexual, ciertamente, constituyen uno de los peores medios de infligir daño a una víctima, pues la misma sufre daño mental y corporal [...]. La violencia sexual fue una parte integral del proceso de destrucción, específicamente tomando como blanco a las mujeres tutsis y contribuyendo a su destrucción y a la destrucción del grupo tutsi en general.²⁵

2. En el caso “Foca”, resuelto por el TPIY el 22 de febrero de 2002, nuevamente se considera la violación sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra. En esta sentencia también se aborda la posibilidad de consentimiento de la víctima, y se concluye que, si la violación se da en un contexto de violencia generalizada, es inválido cualquier posible consentimiento. El Tribunal analizó si era posible el juzgamiento de una conducta como violación sexual y como tortura, haciendo una distinción entre ambos crímenes, y concluyó que, si bien pueden equipararse, tienen elementos distintos: en la violación, el elemento materialmente

²⁵ M. J. Moreyra, ob. cit., p. 81.

distinto de la tortura es la penetración sexual, que no está presente en la tortura. Asimismo, aclaró que incluso un solo acto puede ser considerado delito de lesa humanidad si se lo vincula al contexto específico de un ataque amplio o bien sistemático contra la población civil.

Finalmente, el último hito en el ámbito internacional ha sido el Estatuto de Roma, que en 1998 creó el primer tribunal penal internacional: la Corte Penal Internacional. María Julia Moreyra lo define de este modo:

[...] constituye un acontecimiento histórico no sólo por codificar, por primera vez, un listado impresionante de crímenes de violencia sexual y de género como los crímenes de mayor gravedad bajo el Derecho Internacional, reparando las fallas de anteriores tratados y tribunales internacionales, sino también por establecer procedimientos a fin de asegurar que dichos crímenes y sus víctimas sean tratados adecuadamente y que los perpetradores de estos crímenes aberrantes no permanezcan impunes.²⁶

Ha establecido, a su vez, una definición de violación (estipulada como crimen de lesa humanidad) en el artículo 7.1.g.1 (“Elementos de los crímenes”) del documento anexo del Estatuto:

- i) Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con el órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo;
- ii) Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción,

²⁶ *Ibid.*, p. 98.

como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

PRUEBA DE LA SISTEMATICIDAD:

FORMAS DE EJERCICIO DE LA VIOLENCIA

SEXUAL EN EL CASO ARGENTINO

El ejercicio de la violencia de género en el caso argentino no fue producto del arrasamiento de poblaciones, como parte de ataques colectivos planificados, como sucedió en otras experiencias latinoamericanas.²⁷ En la Argentina, la detención de cada varón y cada mujer en el marco de la represión ilegal respondió a una exhaustiva investigación conducida por los órganos de inteligencia; por lo tanto, cada acto de violencia propiciado en su desmedro no fue casual ni producto de perversiones individuales, sino parte de una estrategia de arrasamiento del enemigo en sentido

²⁷ En este sentido, los casos de arrasamiento de poblaciones en el marco de los cuales actores estatales cometían violaciones sexuales sistemáticas corresponden a los conflictos armados librados en Perú y Guatemala. Según el informe “Guatemala, memoria del silencio”, elaborado por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), hasta 1979 la violación fue “selectiva”, orientada sobre todo a mujeres integrantes de organizaciones políticas, que fueron detenidas y abusadas. A partir de 1980, y hasta aproximadamente 1989, ese tipo de violencia comenzó a ser indiscriminada, masiva y básicamente colectiva. Según la CEH, esto coincide con la política de tierra arrasada ejecutada por el gobierno: durante ese período, las mujeres eran violadas antes de las matanzas, perpetradas en su mayoría contra la población originaria maya.

En el caso peruano, la violencia sexual ejercida por el Estado y los grupos armados no estatales fue recabada por el Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Según este, durante el conflicto, ambas partes enfrentadas violaban sexualmente a las mujeres y abusaban de ellas durante sus incursiones en las zonas de emergencia, o durante las detenciones y los interrogatorios (tomo VI, sección IV, capítulo 1.5: “Violencia sexual contra la mujer”).

amplio, que se sostenía en un espacio compartido entre capturados y captores.²⁸

Destacamos este punto porque consideramos que, a la hora de analizar la violencia de género ejercida en el país, uno de los factores a tener en cuenta es que mayormente era perpetrada en el contexto de la detención clandestina. Y es claro que la experiencia del campo de detención presenta especificidades en términos de la configuración de las relaciones sociales, por tratarse de un espacio de coerción y excepción.

De los testimonios surge nítidamente que las agresiones sexuales a las que fueron sometidos allí los detenidos no configuraron situaciones aisladas, sino que formaron parte de ese plan general de aniquilamiento y degradación de la subjetividad de las personas. Además, la violencia sexual en toda su amplitud, así como la violación sexual en particular, fue ejecutada por personas pertenecientes a las distintas Fuerzas Armadas y de seguridad, que ocupaban diferentes lugares en sus estructuras verticales, y en algunos casos por civiles que actuaron como parte del accionar represivo.

Nuestra investigación de casos judiciales en el marco del nuevo proceso de justicia ha producido valiosa información que demuestra que la violencia de género se ha ejercido en forma tan sistemática como el resto de los delitos que son investigados en todo el territorio argentino. De igual modo, es importante destacar que, como mencionamos, los estándares internacionales en la materia, para configurar la sistematicidad, sólo requieren que el delito a juzgar –aun siendo único– esté vinculado a un contexto de ataque generalizado a la población. Con esto queremos resaltar que, si bien en el contexto argentino y en base a la investigación que desarrollamos, la violencia sexual fue extendida y generalizada, este requisito no es indispensable a la hora de considerarla un delito de lesa humanidad, ya que basta su sola ocurrencia como parte del ataque sistemático que sufrió la población civil.

En consecuencia, con miras a sostener la hipótesis de la sistematicidad y descartada ya la posibilidad de existencia de “desvia-

28 P. Calveiro, ob. cit.

ciones” individuales, en la elección de las experiencias a analizar se buscó abarcar criterios amplios en relación con la dimensión territorial de los centros o circuitos clandestinos y, como correlato de este aspecto, la diversidad de las fuerzas a cargo del secuestro y la privación ilegal de la libertad. Con estos parámetros de investigación, concentramos el análisis de las formas de violencia de género ejercidas durante la última dictadura en el estudio de algunos casos paradigmáticos por sus particularidades en cuanto a la instrumentación de las prácticas represivas. Ellos son:

- En la Ciudad de Buenos Aires, los CCD Atlético-Banco-Olimpo (ABO), bajo el control de la Policía Federal; El Vesubio, comandado por el Servicio Penitenciario Federal y el Ejército, y el centro que funcionó en el casino de oficiales de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA).
- En la ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, La Cueva, que operaba bajo la conducción de la Fuerza Aérea, y el CCD que funcionó en la Escuela de Suboficiales de Infantería de Marina (ESIM), que dependía operacionalmente de la base naval local.
- En las ciudades de Zárate y Campana, provincia de Buenos Aires, el circuito represivo de aproximadamente catorce CCD que funcionó bajo el comando del Ejército con asiento en Campo de Mayo, y en el que también participaron la Armada, Prefectura, la Policía provincial y Gendarmería.
- En la ciudad de Resistencia, Chaco, los CCD que funcionaron en la Base de Logística del Ejército y la Alcaldía Policial, dependiente de la Policía provincial.²⁹

29 La elección de estos casos responde al conocimiento particular de las autoras, que trabajan la temática de la violencia de género desde la perspectiva psicosocial y desde la judicialización, junto con sobrevivientes de dichos CCD. En Mar del Plata, como se verá más adelante, la problemática de la violencia sexual ejercida trascendió luego de la condena del ex suboficial de la Fuerza Aérea Gregorio Molina, por el

Este criterio territorial amplio, vinculado a las diferentes fuerzas intervinientes (las tres Fuerzas Armadas, Policía Federal y policías provinciales), es central a la hora de sostener la tesis de la violencia sexual como práctica sistemática. Tomando como referencia esta pauta, la investigación sólo ha arrojado diferencias en relación con las formas de ejercicio de la violencia en cada caso, pero no respecto de la existencia o periodicidad de esta práctica. La pluralidad y heterogeneidad de sujetos activos más la extensión territorial refuerzan lo expresado respecto al uso deliberado de estas prácticas, que de ninguna manera configuraron episodios aislados u ocasionales, producto de la acción de algunos pocos individuos que aprovecharon el contexto para cometerlos.

En los CCD de la Capital Federal, la “convivencia forzada” prolongada en el tiempo provocaba la elección de detenidos, en particular mujeres, como esclavas sexuales de los perpetradores. Esta situación de sometimiento las colocaba en una condición de absoluta indefensión y riesgo inminente para sus vidas. Así ocurrió en el CCD La Cueva:

En este aspecto, también yo fui abusada sexualmente. Durante los primeros meses, dos oficiales me hicieron insinuaciones sexuales, como si se tratara de una situación normal. Sin embargo, al tiempo, ya entrado el año 77, A... me hizo llevar por el suboficial M... en varias oportunidades a un departamento al que luego concurría él y me obligaba a mantener relaciones sexuales. No tenía siquiera espacio para oponerme, ya que sabía que, de negarme, A... podía ordenar mi traslado. La servidumbre sexual que padecí de parte de A... me humilló y desintegró moralmente, perdiendo mi dignidad y mi integridad como persona, y viviendo en un estado de alienación,

delito de violación en perjuicio de dos detenidas del CCD La Cueva, de dicha ciudad.

del que fui emergiendo recién cuando recuperé la libertad, y a través de la terapia y el tiempo.³⁰

Viajo acompañada por F..., quien intentó plantear una relación como si fuera mi “salvador”. Me veo obligada a mantener relaciones íntimas con él... Me llevó mucho tiempo entender que se trató de una situación de abuso sexual.³¹

A R... yo también lo vi. Fui objeto de una violación por parte de él. No recuerdo bien en qué año. Me llevó a un hotel con la excusa de hacer un operativo. Un hotel por la zona de Belgrano.³²

Esta situación se sumaba a los abusos vinculados al género, sufridos sistemáticamente una vez ingresados al campo: la desnudez forzada, la inexistencia de intimidad respecto de la satisfacción de las necesidades fisiológicas y la violación sexual a personas débiles producto de la tortura, encadenadas o engrilladas y privadas de la visión, fue parte de la cotidianidad en los CCD.

B... me lleva a un cuartito y me hace desnudar. Me ata a una cama metálica y comienza a aplicarme la picana en los senos y los genitales. Gente entraba y salía permanentemente. [...] Los guardias te llevaban a bañarte y te tenías que desnudar delante de ellos, ¡y se quedaban ahí! Te abrían y cerraban el agua, hacían observaciones sobre nuestro cuerpo...³³

30 Testimonio en la causa “ESMA”, instrucción. Los nombres de los represores han sido reducidos a sus iniciales para preservar la identidad de los testigos.

31 *Ibíd.*

32 *Ibíd.*, juicio oral.

33 *Ibíd.*

Todo el tiempo que estuve detenida en la ESMA obviamente que fui desnudada, revisada y violada.³⁴

Cuando me secuestran, uno de los represores me introdujo los dedos en la vagina, supuestamente para buscar la pastilla de cianuro...³⁵

Estaba acostada, me desvisten, me sacan el camión... cometo el error de decir que no toquen a mi hermana, que tenía 17 años. Fue un error porque a partir de eso me amenazaban con ella, la tiraron al piso, le pusieron un revólver en la vagina y abusaron de ella [...].

A la mañana te llevaban al baño en el trencito con los grilletes. Te podías bañar pero, cuando te desvestías, se burlaban, te manoseaban [...]. A los compañeros varones también les tocaban los testículos de un manotazo, era una humillación constante [...].

Después de la última sesión de tortura entra J... y me viola salvajemente, y me dice cuando termina: “Andá y contale al montonerito” [...]. Después de la violación, la otra tortura fue esperar a que me indispusiera por el temor a quedar embarazada de semejante monstruo.³⁶

A D... lo conozco, estuvo también en el sector nuestro. Era un niño de sólo 15 años, que fue violado por C...³⁷

Luego de una sesión de tortura, un guardia me manoseó y se masturbó frente a mí...³⁸

Un guardia apodado S... se puso a contar como iba a violar a una mujer y le decía a otro guardia: “Viste esa,

34 *Ibíd.*

35 Testimonio en la causa “ABO”, juicio oral.

36 *Ibíd.*

37 *Ibíd.*

38 Testimonio en la causa “Vesubio”, juicio oral.

la que recién cayó, la negra, le dije: acá no te hagás la linda porque te vamos a coger todos”. La chica estaba embarazada...³⁹

[...] Charly, estoy segura que si estuviera suelto por la calle no sería un violador serial, violaba a las mujeres porque era parte del poder dentro de ese lugar [...] no era un loquito que un día se le ocurrió empezar a violar mujeres, todos lo sabían, también tenía sus preferidas en el lugar, era parte de un plan.

Él tenía la particularidad de violar después de salir de la sala de tortura, se pueden imaginar en la situación que uno estaba; generalmente uno no podía caminar, afectada toda la motricidad, el estado era lamentable, generalmente nos tenía que llevar o depositar en la celda.

[...] la última vez que interrogaron a mi marido me llevaron a mí después de él y, encapuchada, me dio un trapo y un balde, me hizo limpiar la mesa de tortura y después me violó. Siempre temí que mi marido hubiera presenciado eso, que estuviera ahí viéndolo todo.⁴⁰

Fue muy violatorio lo que me hicieron, con mis 22 añitos a cuestras... me sentí muy denigrada [...]. Los tipos entran, me hacen desnudar, eran como siete o más de siete. Escuchaba voces y zapatos, porque estaba tirada en el suelo, en un colchón. Empiezan a insultarme y me dicen que me saque la ropa [...] cuando me saco todo me dejan estaqueada, con los brazos y las piernas abiertas [...]. Yo tengo clarísimo que en ese momento pensé: ¿podrá aguantar una mujer que la violen siete hombres, uno atrás del otro? ¿Podrá el cuerpo? Bueno, si no puede, tendrá que poder. Yo tengo que resistir porque si no me van a matar [...]. Me dejaron así un buen rato, todos me

39 *Ibíd.*

40 Testimonio en la causa “Molina”, juicio oral.

gritaban, me insultaban, me pegaban. Pero no me violaron, a pesar de que repitieron varias veces el simulacro.⁴¹

En muchos casos la situación se vio agravada por tener que vivir parte de sus embarazos y partos en el contexto de sus desapariciones.

A... había sido terriblemente torturada cuando estaba embarazada de dos meses, tenía agujeros en los pechos de la tortura. Cuando nació su bebé, me decía: "Mirale si tiene todos los deditos, mirá si está malformado".⁴²

No me atendió un médico en los cuatro meses que duró mi embarazo en la ESMA. Mi hija nació diezmesina... dejaron que mi embarazo tenga un curso descontrolado y salvaje.⁴³

Yo estaba embarazada y todas las mañanas me dolía la panza de hambre... el hambre duele [...]. Cuando me liberan, estaba de cinco o seis meses de embarazo y pesaba 53 kilos...⁴⁴

En el caso del circuito Zárate-Campana, en la Base y la Alcaldía Policial de Resistencia, así como en la Escuela de Infantería de Marina marplatense, por el contrario, la violencia sexual era ejercida sobre todos los detenidos, sin distinción, desde el principio mismo de la detención, al igual que las sesiones de tortura con picana eléctrica, la inmersión de la cabeza en agua para provocar ahogamiento –el "submarino"– o las crueles golpizas. En estos centros, más que el producto de esa convivencia forzada, se trataba de una práctica sistemática de "iniciación" de los detenidos una vez ingresados al CCD, junto con la aplicación de tormentos y el sometimiento a condiciones de vida degradantes.

41 *Ibíd.*

42 Testimonio en la causa "ESMA", juicio oral.

43 *Ibíd.*

44 Testimonio en la causa "ABO", juicio oral.

Los relatos de los detenidos en esos lugares son coincidentes: una de las mayores torturas era escuchar los gritos de los detenidos abusados sexualmente por sus captores.

También en el barco sufrí una violación de parte de uno de los integrantes de la tripulación. Estaba atada y vendada y me arrastraron con un colchón a un lugar chiquito para violarme.

En el buque supe que hubo violaciones, por ejemplo M... gritaba que la habían violado...

A T... la violaron brutalmente muchas veces... en la bodega del barco la violaron reiteradamente diferentes personas, durante un día. Pude escuchar violaciones, torturas y golpes permanentes...

Estando en el galpón, al lado mío había una mujer. Gabuti y el otro agente de Prefectura se pusieron a hablar de lo bien que estaba esa mujer, en el sentido de que era linda o atractiva. Inmediatamente procedieron a violarla, mientras se encontraba atada y vendada.

M... me manifestó que la habían violado. A su marido, que era ingeniero, le metieron un palo por el ano delante de ella [...]. Lo más terrible fue cuando me decían que tenían a mi hija y que la violarían y matarían delante mío...⁴⁵

[Eran] constantes violaciones a las que se sometía a las mujeres allí [en el Faro] secuestradas, cuyos gritos y llan-

45 Testimonios brindados en etapa de instrucción, sobre hechos ocurridos en el circuito represivo Zárate-Campana, en el marco de la causa "Campo de Mayo".

to eran inevitablemente escuchados por todas las personas secuestradas.

Sufrí ataques psicológicos, a lo que se debe sumar la posibilidad de que haya escuchado los abusos sexuales a los que era sometida mi mujer.⁴⁶

Llegaron a meterme una pistola en el ano, mientras me preguntaban si me gustaba [...]. Había muchas mujeres y lo menos que les hacían era violarlas.⁴⁷

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL NUEVO PROCESO DE JUSTICIA. OBSTÁCULOS Y AVANCES

Si bien consideramos que es perfectamente posible judicializar los delitos contra la integridad sexual cometidos en el marco del terrorismo de Estado –de hecho ya ha ocurrido, como veremos–, para concretarlo se deben superar muchos y variados obstáculos, desde las cuestiones que son comunes a la investigación de este tipo de delitos –el carácter sexista y discriminatorio en términos de género que el Poder Judicial reproduce, la falta de sensibilidad por parte de los operadores del sistema y el hecho de que sean considerados delitos de “instancia privada”– hasta las vinculadas a la prueba, el carácter de lesa humanidad y la concepción que se adopte respecto a la autoría y la participación criminal. Finalmente, existe la tendencia a subsumir el tipo penal de violación al de la aplicación de tormentos.

46 Testimonios sobre hechos ocurridos en el CCD de la Escuela de Suboficiales de Infantería de Marina, en el marco de la causa por los delitos cometidos en la Base Naval de Mar del Plata.

47 Testimonio en la causa “Margarita Belén”, juicio oral.

Aspectos generales. La renuencia a investigar los delitos contra la integridad sexual y el carácter de delito de instancia privada de la violación sexual

Sin duda, la principal dificultad que encontramos es la negativa generalizada de los jueces de instrucción⁴⁸ a imputar penalmente a los sindicatos como responsables por los hechos que configuran delitos contra la integridad sexual. Además, en los poquísimos casos en que lo hacen es común que, con posterioridad, dicten la falta de mérito,⁴⁹ luego convertidas en sobreseimientos, con lo cual se interrumpe la investigación judicial correspondiente, a diferencia de los demás ilícitos.

La base de esta negativa –también sistemática– se asienta en diversos factores. Uno de ellos, primordial por cierto, es el componente manifiestamente sexista de las prácticas judiciales y el tratamiento discriminatorio en razón de género que el sistema reproduce, que se ve plasmado particularmente en las investigaciones de delitos contra la integridad sexual cuyas víctimas son casi en su totalidad mujeres. Estos delitos raramente son investigados, sin distinción respecto de si la violencia sexual fue cometida durante la dictadura o recientemente. Cuando se logra su investigación, es excepcional que se arribe a una condena, y durante el proceso judicial se evidencia un altísimo grado de revictimización.⁵⁰

48 Hablamos de los jueces porque en nuestro sistema penal son quienes conducen las investigaciones y tienen la decisión de avanzar o no respecto de las imputaciones, pero esta negativa es extensible al resto de los operadores judiciales que intervienen en el proceso, fundamentalmente los fiscales.

49 El auto de falta de mérito establece una situación jurídica intermedia: el juez valora que, si bien no existen los elementos necesarios para procesar, tampoco existe certeza en contrario para sobreseer y, por lo tanto, desvincular totalmente al imputado del proceso.

50 Señala acertadamente Alberto Bovino: “La complejidad del problema no se agota en su gravedad cualitativa y cuantitativa y en la sensación de desprotección y vulnerabilidad de las víctimas. A estas circunstancias se debe agregar el proceso de revictimización que tiene lugar cuando la justicia penal se hace cargo del caso, proceso que se caracteriza por cuestionar a la propia víctima por su participación en el conflicto, es decir, por producir la revictimización de aquellas mujeres que deciden acudir a la justicia penal y por el carácter ma-

A pesar de los cambios legislativos que han intentado modificar la concepción dominante en cuanto a los delitos contra la integridad sexual, estos en general siguen siendo considerados por los operadores judiciales como de menor entidad. Este contexto tangiblemente hostil a la investigación judicial de esta categoría de ilícitos es común a todas las víctimas, tanto recientes como del pasado, y actúa como un factor más de selectividad del sistema penal.⁵¹

Otro elemento que incide en la dificultad de judicialización de estos casos, común a los acontecidos en la actualidad, es la falta de sensibilidad de los operadores judiciales hacia estos temas. La experiencia demuestra que resulta muy complejo para cualquier persona relatar los abusos sexuales a los que ha sido sometida, y esa dificultad aumenta cuando los funcionarios –como sucede regularmente– se muestran renuentes a escuchar ese tipo de relatos, en un marco adecuado para que las víctimas puedan expresarse. En el caso de estos delitos cometidos dentro de un CCD, por lo general no se les pregunta a las o los deponentes, durante su declaración testimonial, si fueron víctimas de violencia sexual durante su detención, como sí se los consulta respecto de otros delitos, como robos, torturas, ingresos violentos a sus domicilios, etcétera. En los escasos procesos penales en que las víctimas han declarado haber padecido agresiones sexuales, esas denuncias fueron efectuadas de manera espontánea por ellas.

nifistamente sexista de las prácticas propias de este tipo de justicia”. Véase A. Bovino, “Delitos sexuales y justicia penal”, en Haydé Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo*, Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 178.

51 El sistema penal no sólo define los bienes jurídicos a resguardar, sino también los sujetos a perseguir y las víctimas a proteger. Esta selección se realiza de distintas formas, entre otras, mediante la determinación de las conductas reprochables penalmente a través de la legislación, pero también y fundamentalmente a través de la práctica cotidiana de los operadores de la justicia y el accionar de otros segmentos del sistema penal, como la Policía. En definitiva, son ellos –policías, empleados judiciales y de las fiscalías, fiscales y jueces– quienes seleccionan a los sujetos activos y pasivos de las conductas sancionadas normativamente.

Esta falta de indagación no es excusable por el carácter de “delitos de instancia privada” de estos ilícitos,⁵² aspecto que habitualmente es desconocido por quienes no tienen formación en derecho o contacto con el sistema penal, lo que determina la necesidad de brindarle una explicación adicional a la víctima.

Estos factores, además, forman parte de la explicación de la gran “cifra negra”⁵³ en relación con los delitos contra la integridad sexual, ya que raramente su comisión es informada a los operadores del sistema. Esta situación termina generando una tensión extrema entre los delitos realmente cometidos y los que son abordados por el sistema penal, lo cual da por resultado altos grados de impunidad.

Lo dicho en términos generales puede trasladarse sin obstáculos a los casos de delitos contra la integridad sexual cometidos en el marco del terrorismo de Estado, que también comparten la característica de una “cifra negra” elevada. Esto se desprende de lo señalado por las víctimas, que en muchos casos indican haber escuchado agresiones sexuales a otras personas, quienes al declarar no mencionan el hecho, y del relato en contextos no judiciales

52 Los previstos en los arts. 119, 120 y 130 del Código Penal, según el art. 72 del mismo código, tienen una particularidad en nuestro sistema: configuran los escasos delitos previstos en los que la acción penal sólo puede ser ejercida con la voluntad expresa de la víctima, en caso de que aún viviera. Debido a esa característica distintiva se los denomina “delitos de instancia privada”, lo cual determina que la intervención de los agentes del sistema penal en la investigación del hecho delictivo no dependerá de ellos, como en la mayoría de los ilícitos, sino que sólo puede producirse tras la denuncia de la víctima o, en el caso de los menores de edad, de su tutor, guardador o representante legal. Este principio no rige cuando la víctima falleció, según lo previsto en el inc. 1 del art. 72 del Código Penal. En dicho supuesto, debe procederse directamente, al igual que con los otros delitos.

53 Se denomina *cifra negra* al conjunto de hechos no anoticiados a las agencias penales, por lo que se desconoce certeramente en qué cantidad se producen. En este sentido, Bovino aclara: “La dependencia de la instancia privada de la víctima, el maltrato que recibe de la justicia penal y, además y principalmente, la sistemática impunidad que se garantiza a los agresores en estos casos, reducen a proporciones insignificantes la tasa de denuncias y, por ende, aumentan desmedidamente la ‘cifra negra’” (ob. cit., p. 215).

de muchas otras que deciden no denunciar la violencia sexual a la que fueron sometidas.⁵⁴

Cuestiones probatorias.

La validez del testimonio como única prueba

Junto con las cuestiones referidas, erróneamente se interpone como obstáculo el hecho de que en muchos casos sólo se cuenta con el relato de la víctima para acreditar la materialidad y la autoría de los ilícitos. Este punto también es en parte común a lo que sucede en las investigaciones de delitos contra la integridad sexual ocurridos en la actualidad y tiene que ver con una característica esencial y bastante obvia: la privacidad o clandestinidad de las conductas, generalmente cometidas fuera de la vista de otras personas que no sean las víctimas y los victimarios.

De cualquier modo, en el caso de las víctimas del terrorismo de Estado es prácticamente imposible encontrar otros elementos probatorios, más allá de los dichos de las propias víctimas o sus compañeros de cautiverio. En efecto, la palabra de la víctima se convierte en prueba clave, ya que el paso del tiempo torna imposible verificar lesiones físicas u otras evidencias presentes en los casos de denuncias realizadas inmediatamente después de sufrido el ataque (como restos de semen o huellas). Además, la centralidad de los testimonios como elemento de cargo es también común a buena parte de los hechos ocurridos durante la dictadura y no puede ser presentado a priori como una dificultad. En todo caso, los jueces deben valorar los dichos –incluso si fuera lo único⁵⁵ con

54 Una muestra de ello se encuentra en la hasta ahora única sentencia por delitos contra la integridad sexual en estos casos (véanse pp. 223-224), donde expresamente un testigo refirió que tenía conocimiento de que al menos otras cuatro mujeres habían sufrido violaciones por parte del imputado pero no aportaba sus nombres por respeto y cuidado hacia ellas.

55 En este sentido, es conteste la jurisprudencia en relación con la valoración de un testimonio único en tanto prueba suficiente para un proceso penal (Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala II, en la causa “G., J. R. s/rec. de casación”, rta. 05/04/2005; CNCP,

que cuentan– de acuerdo con las pautas establecidas por la sana crítica, y determinar su peso como elemento para sostener la imputación.⁵⁶ La validez de la palabra de la víctima como prueba clave del delito de violación y las dificultades señaladas constituyen, quizás, un ejemplo paradigmático de la desigualdad de género que el sistema patriarcal organiza y sostiene.

Iguales reflexiones pueden realizarse respecto de los episodios de abusos sexuales que no fueron inicialmente expuestos por las víctimas en sus declaraciones. Esta circunstancia no puede en sí misma restar credibilidad a las acusaciones, ya que los jueces y fiscales deben considerar las dificultades que rodean estos casos. Por último, la evolución de la mirada jurídica, social y personal sobre estos delitos –un tema central en nuestra propuesta– ha generado un contexto que favorece la aparición de esas denuncias, lo que era prácticamente impensable poco tiempo atrás.

Por ello, resaltamos que los estándares adecuados para analizar la prueba en estos casos deben tener en cuenta las particularidades referidas.

Sala I, en la causa “Barrionuevo, José M. y otro”, rta. 22/11/2002, y en la causa 4468, “Panópulos, Jorge s/rec. de queja”, rta. 20/11/2002, reg. 5494; CNCP, Sala III, en la causa “Soberón, Alberto M.”, rta. 18/07/2007; Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala II, en la causa “T., W. F. s/rec. de casación”, rta. 29/07/2004; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, en la causa “Domínguez, Edgardo O.V.”, rta. 23/06/1997, entre muchas otras).

56 En cuanto a la valoración de un testimonio, adquiere importancia el principio de inmediatez, que determina que los jueces deben tener contacto directo con las pruebas, para así poder formarse una opinión al respecto. La credibilidad de un testigo se evalúa de acuerdo con un control interno del testimonio (coherencia discursiva, no contradicción) y externo (coincidencias con otras pruebas, incluso las denominadas de contexto, veracidad según la experiencia, la lógica y la psicología). Tratándose de delitos que conllevan un alto grado de vergüenza y culpa –factores que han obstaculizado en muchos casos la denuncia–, es difícil pensar que alguien pueda mentir al exponerlos, sobre todo teniendo en cuenta que mayoritariamente los imputados están siendo juzgados por otros delitos que conllevan penas más graves.

*La autoría y la participación criminal
en los delitos contra la integridad sexual
en relación con las violaciones cometidas
por los integrantes de los grupos represivos*

Otro de los aspectos esgrimidos por los operadores del sistema penal para no avanzar en el juzgamiento a los responsables de las violaciones efectuadas por integrantes de grupos represivos es la dificultad de saber fehacientemente quiénes fueron los autores de la ejecución inmediata de estos delitos.

Ello se vincula a la consideración mayoritaria de la doctrina de estos delitos como de “mano propia”, por lo que les adjudican la imposibilidad de otras formas de autoría (mediata o coautoría, por reparto funcional de tareas), que desde nuestro punto de vista son perfectamente admisibles. En este aspecto, coincidimos con lo manifestado por Javier de Luca y Julio López Casariego, quienes, siguiendo la teoría objetivo-material, en la que predomina el criterio del dominio del hecho, opinan:⁵⁷

En efecto, detrás de la concepción de que únicamente puede ser autor quien realiza el tocamiento o la penetración, parece subyacer la idea de que estos delitos exigen la presencia de placer, lascivia o fines o móviles de contenido libidinoso que, por propia definición, sólo pueden contemplarse de manera individual. Pero los tipos penales analizados no exigen tales cosas, sino tan sólo un significado sexual de los actos realizados, con total prescindencia de los fines o móviles de los sujetos. Y, además, las mismas figuras reclaman en algunos casos la presen-

57 Esto fue explicado con meridiana claridad por Eugenio Zaffaroni, quien señala: “Según ella, autor es quien domina el hecho, retiene en sus manos el curso causal, puede decidir sobre el *sí* y el *cómo* o –más brevemente dicho– *quien puede decidir sobre la configuración central del acontecimiento*. De varios concurrentes en un hecho, es autor quien actúa con una plenitud de poder tal que es comparable con la del autor individual” (Raúl E. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal*, parte general, Ediar, Buenos Aires, 1ª ed., 2005, pp. 605-606).

cia de otros elementos típicos, como la violencia, la intimidación, sin especificar que estas deban ser ejercidas por la misma o distintas personas. El dominio del hecho sexual no se rige por la motivación o ultrafinalidad de ninguno de los sujetos intervinientes, sino por un criterio objetivo que debe ser conocido y querido por ellos.⁵⁸

Los autores señalan, acertadamente, que “lo que define un delito sexual no es el placer o ‘rérito’, ya que puede no haberlo en los casos en que se persigue un único fin o móvil de ultrajar sexualmente a la víctima”.⁵⁹ Y específicamente, respecto al sujeto activo en el caso de los abusos sexuales calificados, por existir acceso carnal (violación), dicen:

[...] entendemos que no se trata de delitos de propia mano, por lo cual el significado sexual y abusivo que debe revestir la conducta para ser típica de estos delitos y no de otros conduce a la necesidad de precisar, para distinguir la autoría de las formas de participación, las situaciones en que hay dominio del hecho –individual o compartido– de aquellas en que no lo hay y el aporte sólo califica para alguna forma de participación.⁶⁰

Evidentemente, en los casos de terrorismo de Estado, determinar quién cometió los actos de violencia sexual concretos es excepcional. Debido al contexto en que sucedieron, con víctimas generalmente privadas de la visión, sometidas a condiciones inhumanas de vida, desnudas y maltratadas física y psicológicamente, todo lo cual aumentaba notablemente su vulnerabilidad, y con victimarios que con toda intencionalidad buscaban procurarse impunidad futura utilizando alias para no ser identificados, en el marco del alto grado de clandestinidad en que se desplegó el terrorismo

58 J. de Luca y J. López Casariego, *Delitos contra la integridad sexual*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 77.

59 *Ibíd.*, p. 78.

60 *Ibíd.*, p. 91.

de Estado argentino, raramente podría determinarse con precisión el autor directo de esos hechos.

Sin embargo, la misma dificultad existe respecto de los otros delitos, en los que también en la mayoría de los casos resulta difícil determinar concretamente quiénes los ejecutaron en forma directa. A pesar de ello, y en buena medida gracias a la disposición y creatividad de valiosos juristas comprometidos con su juzgamiento, se ha avanzado en responsabilizar penalmente a autores no directos.

Desde nuestro punto de vista, la *autoría mediata por aparato organizado de poder*,⁶¹ sostenida para justificar la responsabilidad como autores de quienes no fueron ejecutores inmediatos de otros delitos, como la privación ilegítima de la libertad y la aplicación de tormentos, es perfectamente aplicable a los casos de violación en los centros clandestinos de detención y exterminio, ya sea que estén identificados o no los autores directos de las conductas reprochadas penalmente.

Deben tenerse en cuenta algunas cuestiones generales para entender por qué consideramos que debe responsabilizarse penalmente al menos a quienes detentaban lugares de poder en el aparato represivo. El más importante de ellos es partir del entendimiento de que los delitos contra la integridad sexual cometidos en el marco del terrorismo de Estado formaron parte del cumplimiento deliberado del plan represivo, en particular de la orden

61 Coincidimos con lo expresado por Hernán Shapiro cuando señala: “El complejo de hechos de carácter masivo tanto por la cantidad de víctimas como de victimarios, perpetrados a gran escala y sistemáticamente, mediante la utilización de los mecanismos del Estado, hechos aquellos que se deben investigar y juzgar en este tipo de procesos, resultan de difícil adecuación a las categorías dogmáticas tradicionales, pensadas más bien en clave de hechos singulares y simples, como lo revelan los ejemplos que ilustran los tratados clásicos de Derecho Penal” (H. Shapiro, “La recepción jurisprudencial de la tesis de la autoría mediata por el dominio de aparatos organizados de poder”, en Eduardo Rezsés (comp.), *Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina*, Secretaría de Derechos Humanos, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 2007, p. 197).

de aniquilar⁶² a quienes eran sindicados como enemigos por el régimen dictatorial, y establecer que esos procedimientos vejatorios tuvieron un carácter sistemático.

Vinculado a ese aspecto, quedó probado ya desde la famosa causa 13/84 que el terrorismo de Estado en el país se caracterizó por el hecho de que, si bien los grupos operativos tenían en general gran organicidad, la aplicación concreta del objetivo de despersonalización y deshumanización de las personas señaladas como enemigos presentó matices diferenciados, dependiendo del grupo que lo llevara a cabo. Esta “discrecionalidad”, de la que gozaban quienes ejecutaban en forma directa los objetivos planeados por el aparato represivo estatal, determinó la existencia de prácticas represivas diferenciadas, pero ello no excusa a quienes ocupaban posiciones de responsabilidad jerárquica. Como destacamos, en la mayoría de los casos, la “suerte” de los aprehendidos incluyó la privación ilegítima de la libertad prolongada y el padecimiento de toda clase de tormentos y de violencia sexual duran-

62 La orden de aniquilar fue expresa en la normativa militar desde antes del golpe de Estado, mediante el Decreto 261/75 del 25 de febrero de 1975, en que el Poder Ejecutivo nacional encomendó al “comando General del Ejército la misión de ejecutar las operaciones militares que sean necesarias a efectos de neutralizar y/o aniquilar el accionar de elementos subversivos que actúan en la provincia de Tucumán”. Luego, el Decreto 2772, del mismo año, dispuso: “[...] las Fuerzas Armadas podrán ejecutar las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a los efectos de aniquilar el accionar de los ‘elementos subversivos’ en todo el territorio del país”. Esta normativa fue perfeccionada y completada a partir del golpe, cuando adquirió mayor sofisticación. Cabe recordar que el plan represivo, si bien tuvo un aspecto altamente normatizado, incluyó toda una gama de órdenes verbales –de difícil comprobación, excepto en los pocos casos en que los implicados han hablado–, que aportaron en igual sentido que la normativa escrita. Es pertinente precisar asimismo que, para los ideólogos del terrorismo de Estado, el término “aniquilar” no es entendido como el exterminio físico sino como el proceso de destrucción del enemigo, lo cual implica una ingeniería represiva que va mucho más allá de darle muerte, e incluye la experiencia concentracionaria y el sometimiento a toda clase de aberraciones, que pueden ser subsumidas en una pluralidad de tipos penales.

te su cautiverio como parte del proceso de destrucción al que se vieron sometidos.

Es a la luz de esas premisas que debemos analizar el problema de la autoría y la participación criminal en estos delitos, en el contexto del terrorismo de Estado. La tesis conocida como *autoría mediata por aparato organizado de poder* puede ser perfectamente comprendida en nuestro sistema jurídico-penal, como lo demuestra su aplicación en la mayoría de los juicios a lo largo del país. Básicamente, esta doctrina, elaborada originalmente por Claus Roxin para explicar la criminalidad nazi, se asienta en una innovadora concepción de la categoría de *autor mediato ya existente*,⁶³ que puede ser utilizada para analizar casos como el ocurrido en el país.

En términos generales, en esta clase de autoría se hallan presentes los siguientes elementos: a) el autor de escritorio o “el hombre de atrás”; b) la intercambiabilidad o fungibilidad de los autores directos (aunque esto no los excluye de responsabilidad por su accionar), y c) la existencia de un aparato organizado de poder al margen del ordenamiento jurídico.

Respecto de las repercusiones de esta tesis en la asignación de responsabilidad en casos de terrorismo de Estado, Hernán Shapiro ha escrito:

Para concluir esta parte, restan señalar algunas de las repercusiones dogmáticas y procesales de la tesis de Roxin. En primer término, atribuir autoría mediata a aquellos que se encuentran distantes de la ejecución del hecho significa incorporarlos a la esfera protagónica del suceso delictivo cuando, analizada la cuestión bajo la óptica de algunas categorías tradicionales, los mantendría en la zona de colaboradores o motivadores [...]. Por último, el autor mediato responde, al menos con dolo eventual, de

63 En la concepción clásica, el *autor mediato* es quien ejecuta el hecho en forma indirecta, a través de otros que son utilizados como instrumentos.

los hechos ocurridos en el desarrollo del plan, que devienen consecuencia previsible de su operatoria.⁶⁴

Desde esta perspectiva, resulta evidente que quienes se encontraban en los eslabones altos y medios del sistema⁶⁵ –los “hombres de atrás”– deben responder de forma concomitante con quienes son considerados ejecutores directos de los delitos. Es importante resaltar, además, que ambos tipos de autorías –la directa y la mediata– pueden convivir sin inconvenientes dogmáticos, y no dependen uno de otro. Así, como ocurre en la mayoría de los casos de delitos sexuales en el contexto del terrorismo de Estado, cuando el ejecutor inmediato es indeterminado, es perfectamente aceptable que respondan quienes resulten autores mediatos. Cabe destacar que, si bien existen notorias dificultades para determinar quiénes integraban los grupos de tareas y los autores directos de la mayoría de los delitos cometidos, no se presenta el mismo escollo para definir quiénes ocupaban la jerarquía en las Fuerzas Armadas y de seguridad, debido a que se encuentran documentados por las mismas fuerzas y configuran parte del acervo probatorio en casi todos los juicios.

Más allá de lo expuesto, entendemos que, en algunos supuestos, puede incluso ser aplicable la figura de coautoría por reparto funcional de tareas. Esto significa que responderán también por los abusos sexuales quienes ejecutaron otras tareas que posibilitaron que esos hechos se cometieran, a sabiendas de que ocurrirían (o tenían alta probabilidad de suceder). Por ser parte del objetivo señalado, esta responsabilidad incluye, por ejemplo, el secuestro, la privación ilegal de la libertad o los trabajos de inteligencia que determinaron que esas personas hayan sido blancos del accionar represivo.

64 H. Shapiro, ob. cit., p. 212.

65 Los cuadros intermedios, a diferencia de los cuadros altos, si bien no tenían capacidad de dirigir y controlar todo el sistema, sí podían hacerlo sobre una porción de él, retransmitiendo las órdenes superiores. Es el caso de quienes dirigían los CCD y buena parte de los “grupos operativos”.

La coautoría por reparto funcional de tareas requiere la necesaria concurrencia de varias personas en el delito, que deberán responder por todos los hechos acaecidos, aunque sólo hayan aportado en un segmento de ellos. Al respecto, Santiago Mir Puig dice: “Los coautores son autores porque cometen el delito entre todos. Los coautores se reparten la realización del tipo de autoría”. En referencia al principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones señala: “Según este principio, todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (es extensible) a todos los demás”, y finaliza con una afirmación contundente para nuestro tema: “Para que esta imputación recíproca pueda tener lugar es preciso el mutuo acuerdo, que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones”.⁶⁶

De cualquier modo, aun si no se consideraran aplicables estas tesis, es perfectamente aceptable, tratándose de delitos de lesa humanidad cometidos de manera sistemática, aplicar la figura de *partícipes necesarios*⁶⁷ a quienes detentaban posiciones de mando en las Fuerzas Armadas o de seguridad en el ámbito geográfico donde se cometieron agresiones sexuales, y/o eran responsables de los grupos operativos en los que actuaban aquellos que fueron partícipes inmediatos de los hechos.

Debido a la necesaria vinculación de estos delitos con el contexto en que fueron cometidos, resulta evidente que sin la estructura especialmente instrumentada para la represión, sin los recursos materiales y humanos aportados por quienes tenían capacidad de mando y decisión dentro de las Fuerzas Armadas y de seguridad,

66 Santiago Mir Puig, *Derecho penal*, Parte General, Reppertor, Barcelona, 5ª ed., 1998, pp. 386-387.

67 La también denominada “complicidad primaria” se encuentra establecida en el art. 45 del Código Penal, que dicta: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”. Desde nuestro punto de vista, los tipos penales en juego también toleran otras formas de participación, como la instigación o la complicidad secundaria.

las violaciones no se hubieran cometido. Esos aportes pueden ser calificados como esenciales, ya que sin ellos los delitos no podrían haberse perpetrado, lo que permite considerar partícipes necesarios a todos los que integran las jerarquías en las cadenas de mando.

Los delitos contra la integridad sexual cometidos por integrantes de los grupos represivos ¿deben ser imputados de forma diferencial?

Otro tema a analizar es si la violencia sexual debe ser considerada como parte de otras conductas reprochadas penalmente o si cabe diferenciarla, más allá de la posibilidad de concurso entre los distintos delitos.

Algunas resoluciones judiciales han considerado que las violaciones y otros tipos de violencia sexual integraron el delito de aplicación de tormentos, entendido con un concepto amplio que abarca todo tipo de vejaciones, como las condiciones deplorables de detención; las constantes amenazas y amedrentamientos; la aplicación de tormentos físicos al cautivo, sus familiares (en algunos casos menores y hasta bebés) o sus compañeros; el sometimiento a escuchar asesinatos de otras personas detenidas; la clandestinidad absoluta, que implicaba una incertidumbre total respecto de su destino inmediato; la utilización de números o letras para identificarlos, entre muchas otras.⁶⁸

Desde nuestro punto de vista, las violaciones deben diferenciarse de otros tipos penales, más allá de las similitudes y los puntos de contacto⁶⁹ y de concurrencia material con ellos. El fundamento

68 Alcance establecido en los fallos “Suárez Mason y otros s/privación ilegal de la libertad”, Expte. 14.216/03, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 3, Secretaría 6; Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de La Plata, en la causa “Etchecolatz, Miguel sobre apelación”, rta. 25/08/05; en la causa “Simón”, y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Velásquez Rodríguez”, “Godínez Cruz” y “Fioren Gabri”, entre muchos otros.

69 Un punto de contacto con el delito de aplicación de tormentos es que ambos atentan contra la dignidad humana.

es bastante sencillo: al momento de cometerse estos hechos, los delitos contra la integridad sexual se encontraban regulados en el Código Penal de manera independiente –incluso bajo un título diferente– y configuraron una dimensión específica del sistema de terror y represión articulado por la dictadura. Además, tienen necesariamente un significado social de tipo sexual, que no está presente en otros tipos penales, y asimilarlos implicaría desconocer esa singularidad. Por todo ello, consideramos una equivocación incluirlos en otras conductas ilícitas, ya que implica invisibilizarlos dentro de otros de similar gravedad, ni mayor ni menor.

Distinto debe ser el tratamiento de los hechos que configuran violencia sexual –someter a las mujeres a la desnudez, a manoseos que no llegan a ser figuras penales existentes, a simulacros o amenazas de violación–, que sí pueden subsumirse en el tipo penal de tormentos, ya que, en su mayor parte, carecen de tipos penales autónomos o resulta imposible determinar la existencia de los elementos requeridos para su configuración.

Por último, debemos decir que, además de que consideramos que diferenciar estos delitos es acertado dogmáticamente, resulta extremadamente importante para las víctimas que han decidido exponer estos hechos que los responsables sean castigados puntualmente por las violaciones sexuales padecidas. Los delitos contra la integridad sexual generan un daño tan profundo que aun pasados muchos años siguen impactando en la subjetividad de quienes los sufrieron, como surge del discurso de la mayoría de las víctimas.

Por otra parte, esta diferenciación es relevante para el desarrollo actual de los delitos contra la integridad sexual. Visibilizar la violencia sexual pasada implica echar luz sobre la violencia sexual actual. Que en resoluciones judiciales con alta exposición pública y difusión masiva en los medios de comunicación, en investigaciones académicas o en foros de derecho y otras disciplinas se hable sobre la violencia sexual pasada es una forma de promover y habilitar el debate sobre la violencia sexual en general, a fin de aportar al intercambio y la ampliación de miradas sobre un tema que ha sido tabú durante mucho tiempo.

EL AVANCE DE LOS CASOS JUDICIALES

La Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)

El CCD que operó en la ESMA funcionó en el sector correspondiente al casino de oficiales y perduró durante todos los años de la dictadura militar, bajo la conducción de los máximos rangos de la fuerza, de las autoridades de la escuela y de la Unidad de Tareas 3.3/2. No sólo se instrumentó allí un plan de represión sino además otro de “recuperación” de los militantes políticos secuestrados que podían ser funcionales al proyecto político del almirante Emilio Massera. Eso generó que los detenidos “elegidos” convivieran durante su trabajo esclavo con los mismos oficiales que los habían secuestrado y/o torturado.

En relación con el tema que nos ocupa, de acuerdo con los testimonios de los sobrevivientes, durante las sesiones de tortura y en el marco de su detención en el sector denominado “Capucha”, los abusos sexuales a los detenidos y en particular a las detenidas mujeres eran cotidianos. A esa misma situación se hallaban sujetas las embarazadas que estuvieron allí cautivas. En la ESMA, la presencia de mujeres en esa condición era constante, dado que allí funcionó una maternidad a la que eran conducidas, en el momento del parto, las detenidas en diversos CCD.⁷⁰

Una particularidad del ejercicio de esta violencia en la ESMA fue el sometimiento a la esclavitud sexual. Distintas sobrevivientes han declarado haber sido obligadas a mantener relaciones sexuales estables con alguno de sus captores. Mediante sus testimonios fue posible reconstruir que estas relaciones se dieron en el marco de la aplicación de tortura física y psicológica sistemática, que incluía la coerción y la amenaza permanente de la inminencia del traslado, o la mención de la muerte de algún ser querido (esposo, hijos, padres, hermanos).

70 En la mayoría de los casos, el sufrimiento de estas mujeres, sometidas a todo tipo de amenazas y vejámenes, intensificados seguramente por su condición de gravidez, terminaba en el más terrible desenlace: su “traslado” –y posterior asesinato– y la entrega de su hijo a una familia de apropiadores.

Más allá de que buena parte de lo dicho había tomado estado público durante el Juicio a la Juntas, en los años de la impunidad, e incluso durante la investigación de la causa una vez reabierta, el tema continuó solapado. En efecto, la primera querrela en el marco de la causa “ESMA”, que denunció a uno de los marinos a cargo de la unidad de tareas por el delito de violación sexual fue presentada en julio de 2007, con la representación del CELS.

Los testimonios recogidos en el marco de la investigación reflejaban mayoritariamente que detenidas-desaparecidas habían sufrido abusos sexuales. Sin embargo, poco a poco cada vez más sobrevivientes comenzaron a referirse a los abusos padecidos durante su cautiverio a manos de los oficiales de la Armada y los guardias.

En el marco de esta apertura, el CELS consideró que un aspecto trascendente de la experiencia concentracionaria en la ESMA estaba siendo dejado de lado y era necesario echar luz sobre el tema. Así, se trabajó con una de las víctimas que había podido contar su vivencia y los abusos sexuales a los que fue sometida, y se realizó una presentación judicial acusando como autor directo del delito de violación sexual al jefe de inteligencia de la Unidad de Tareas 3.3/2, Jorge “el Tigre” Acosta.

Puede decirse que en este caso se sortearon todos los obstáculos procesales impuestos a la investigación de este delito: existió una víctima con voluntad de denuncia y un autor directo del crimen a quien imputarle la responsabilidad.

Jorge Acosta finalmente fue indagado por estos hechos, y el 23 de junio de 2009 fue procesado por el delito de violación, con sólidos argumentos. En primer lugar, el juez usó la calificación legal de *violación*, considerándolo como un delito autónomo. Luego, valoró el testimonio de la víctima como prueba central para la atribución de responsabilidad. Lo nutrió con el resto de los testimonios de la causa que mencionan la comisión del delito de violación, recogidos entre víctimas sobrevivientes que supieron directa o indirectamente de la violación de compañeras de cautiverio que se encuentran desaparecidas. Finalmente, destacó que, a treinta años de ocurridos los hechos, no era posible precisar el momento y el lugar de la comisión de los

hechos (similar a lo que ocurre con los tormentos), pero entendía que, durante un tiempo prolongado dentro del período de detención de la víctima y en un departamento al cual era trasladada, Acosta cometió el delito que se le imputaba, y en forma reiterada.

G... no es la única víctima que ha manifestado haber sido víctima de abuso sexual. En el mismo sentido se ha pronunciado S... y otras mujeres más relataron casos similares respecto de otras víctimas que permanecen desaparecidas o que sobrevivieron, que durante su cautiverio fueron violadas o intentaron serlo. Tal es el caso de J... o J... Debido a la reiteración con que estos hechos han sido expuestos a la instrucción, entiendo que no encuentro motivo alguno para dudar de la veracidad del relato de G..., como así tampoco de la situación de intimidación bajo la que permanecía desde el momento mismo en que fue privada de su libertad. [...]

La particularidad que reviste este hecho, como tantos otros de violación en los que el acceso carnal no se agota con un solo acto sino que el sometimiento de la víctima se prolonga en el tiempo, es la indeterminación cierta y precisa de todas las veces en que se concretaron los accesos carnales, las fechas o el lugar exacto en que ello ocurrió. Por ello, cada uno de los hechos no puede ser individualizado, aunque se conoce que sucedieron durante el año 1977 en un departamento al que se la trasladaba desde la ESMA, al que luego concurría Acosta. De acuerdo al relato de la víctima, no existía posibilidad alguna de manifestación de voluntad en contrario y ni siquiera de intentar defenderse. En ese entonces se encontraba clandestinamente detenida en la Escuela de Mecánica de la Armada, a merced de la voluntad de sus captores, quienes tenían el señorío de su destino. Ni siquiera tenía la posibilidad de rechazar el ataque, porque cualquier actitud de afrenta contra el imputado podía perjudicarla, y así lo expresó indi-

cando que, para el caso de negarse, podía implicar su traslado.⁷¹

Por primera vez en una causa de la Capital Federal, la violación sexual de una detenida era considerada como un hecho delictivo con entidad autónoma.

Ahora bien, la Sala II de la Cámara de Apelaciones, en su fallo del 21 de octubre de 2009, ha interpretado los hechos de manera diferente que el juez de instrucción, y sostiene que:

Al respecto, encuentran los suscriptos que los eventos de los que fuera víctima [...] durante el año 1977, señalados por el a quo como infracción a las previsiones del art. 119, inciso 3°, del Código Penal, confluyen en realidad con la *imposición de tormentos* que sufriera, al tratarse el accionar denunciado de sufrimientos causados con un propósito determinado, circunstancia que lleva a confirmar su procesamiento *recalificando la conducta* atribuida en la forma aquí indicada y sin perjuicio de la que en definitiva pudiera corresponder.⁷²

La Cámara entiende que el delito de violación sexual debe subsumirse al de tortura. Le imputa a Acosta un hecho más de tormentos, recalificando el delito original. Este tramo de la causa fue elevado a juicio en abril de 2011, en conjunto con otras imputaciones.

En junio de ese año, en el marco del juicio oral por los crímenes cometidos en la ESMA, que comenzó en diciembre de 2009, el CELS refirió en su alegato la comisión de abusos y violaciones

71 Procesamiento en la causa 14 217, caratulada “Escuela de Mecánica de la Armada s/delito de acción pública”, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 12, a cargo del juez federal Sergio Torres, Secretaría 23, 23/06/2009.

72 Cámara Federal de Apelaciones, Sala II, causa 28 178, “Damario, Hugo E. y otros s/ampliación de procesamiento”, Juzgado Federal 12, Secretaría 23, Expte. 14 217/03/518. Preservamos la identidad de la víctima (el destacado nos pertenece).

sexuales sistemáticas a detenidas de la ESMA. Solicitó al tribunal que remitiera a instrucción los testimonios que daban cuenta de esos delitos, para su investigación en forma autónoma, denunciando particularmente a los responsables de la comisión de los delitos de violación y abuso sexual, entre ellos, los integrantes de la Unidad de Tareas 3.3/2 Juan Carlos Rolón, Jorge Carlos Radice y Julio César Coronel.

En agosto, el juez Sergio Torres decidió valorar lo expresado por el alegato del CELS e iniciar una causa separada del expediente principal, en la que se investiguen puntualmente los hechos de violación y abuso sexual cometidos en la ESMA, considerándolos delitos de lesa humanidad.⁷³ Se trata de una resolución extremadamente relevante por la visibilidad y publicidad de la causa ESMA, y porque implica un reconocimiento de los horrores padecidos por las detenidas en ese centro clandestino por su condición de mujeres.

En la resolución, el juez argumentó sobre algunos de los aspectos problemáticos que se discuten en este capítulo y sostuvo que estos delitos tienen “un encuadre normativo distinto y específico”, y que la mención de algún episodio de esta índole en la declaración testimonial, por la dificultad que acarrea, es un equivalente a instar la acción por parte de la víctima. Además, avanzó en su planteo de violencia de género al sostener que serán investigados en la causa –con fundamento en la Convención Belém do Pará⁷⁴ y el pronunciamiento de la CIDH en el caso “Gelman c/Uruguay”

73 Resolución de inicio de causa, aún sin número y carátula, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 12, a cargo del juez federal Sergio Torres, 23/08/2011.

74 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”. Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994. La Argentina es signataria de la convención desde 1996. En su art. 2 establece que “la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual” y “sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra” constituyen violencia contra la mujer (incs. b y c, respectivamente).

sobre el embarazo en cautiverio de María Claudia García⁷⁵ los casos de las mujeres que experimentaron su embarazo y parto en el CCD. Finalmente, Torres se permitió criticar la resolución de la Cámara de Apelaciones que mencionamos, argumentando su desacuerdo con la conversión de un delito de violación sexual en uno de tormentos.

El circuito Atlético-Banco-Olimpo (ABO)

Estas tres sedes de un CCD dependiente del Primer Cuerpo del Ejército funcionaron de manera sucesiva, a modo de circuito represivo. Ello implicó la mudanza de detenidos y guardias a cada una de las sedes, a medida que se iba cerrando la anterior. El centro conocido como El Atlético funcionó desde mediados de 1976 hasta diciembre de 1977; era un predio perteneciente a la Policía Federal ubicado en el barrio de San Telmo, de la Ciudad de Buenos Aires. Cuando el lugar debió ser demolido por el trazado de una autopista, los detenidos fueron trasladados al predio conocido como el El Banco, perteneciente a la Policía Bonaerense, en el partido de La Matanza de la provincia de Buenos Aires, que funcionó hasta mediados de 1978. El último de los centros de

este circuito, El Olimpo, también perteneciente a la Policía Federal, funcionó desde agosto de 1978, en el barrio de Floresta, de la Ciudad de Buenos Aires.

Las vivencias en el último de los centros fueron expuestas por primera vez y con gran crudeza en el marco del primer debate oral desde la reapertura de los procesos judiciales por delitos de lesa humanidad, en el cual se condenó al ex policía federal Julio Héctor Simón por la privación ilegal de la libertad del matrimonio de Gertrudis Hlaczik y José Poblete, además de la apropiación de la hija de ambos.

En este primer debate, sorprendió la crueldad de los abusos a los que eran sometidos los detenidos, y sobre todo, que los hechos de violencia sexual expuestos habían tenido como protagonistas a detenidos varones. De acuerdo con lo expresado por los sobrevivientes, las prácticas vejatorias incluían el forzamiento a mantener relaciones homosexuales entre compañeros de celda y la violación sexual por parte de alguno de los represores del centro. Esos relatos volvieron a escucharse en el marco del debate que concentra los delitos cometidos en todo el circuito represivo, y algunos de ellos se intensificaron.

La posición del juzgado a cargo de la investigación de la megacausa “Primer Cuerpo del Ejército” respecto de la violencia sexual es similar a la de la Cámara Federal en la causa “ESMA”: el delito de violación se encuentra subsumido en el de tortura, un delito que debe ser entendido desde un concepto amplio, que contemple todos los tratos degradantes a los que fueron sometidos los detenidos durante su cautiverio en los CCD. En este sentido, los abusos sexuales en sentido amplio –desnudez, manoseos, falta de intimidad en los actos de higiene, entre otros–, así como la violación sexual, son considerados tratos que constituyen tortura. Este planteo es interesante pues va más allá de la clásica concepción de la aplicación de corriente eléctrica o golpes, que en general eran los únicos hechos calificados como tortura, e incorpora las condiciones de vida en los CCD como parte de ese delito. Ello implicó romper con la concepción de que sólo fue torturado el detenido que sufrió la picana eléctrica; implicó reconocer, en definitiva, que el mismo paso por la detención

75 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Gelman c/Uruguay. Fondo y reparaciones”, sentencia del 24 de febrero de 2011. En el consid. 97, la sentencia sostiene que “el estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía la condición de particular vulnerabilidad, por la cual se dio una afectación diferenciada en su caso [...]. Los hechos del caso revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Lo anterior es aún más grave si se considera, según fue señalado, que su caso se dio en un contexto de desapariciones de mujeres embarazadas y apropiaciones ilícitas de niños, ocurridas en el marco de la Operación Cóndor. Los señalados actos cometidos contra María Claudia García pueden ser calificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer, que habrían sido perpetrados por agentes estatales argentinos y uruguayos, que afectaron gravemente su integridad personal y estuvieron claramente basados en su género”.

clandestina constituía una tortura. Ahora bien, este planteo no admite la investigación concreta de la violación sexual como delito autónomo.

En este sentido, los debates orales celebrados en el marco de las causas “Simón” y “ABO” han contribuido a resaltar, como hemos visto, la existencia de esta práctica poco investigada. Tal como se dijo, la primera manifestación se produjo en el primer juicio desde la reapertura: allí los sobrevivientes hablaron de abusos sexuales, y no obstante la instrucción de la causa “ABO”, que fue posterior, no incluyó indagatorias a los imputados identificados como autores de esos delitos, a pesar de que el fiscal Federico Delgado así lo requirió en abril de 2007. En dicho requerimiento de instrucción, a partir de la información recogida en el juicio por la causa “Simón”, Delgado enfatizó la necesidad de investigar específicamente el delito de violación sexual. En ese documento, se detallan los testimonios que conectaban a determinados imputados con la comisión de este tipo de violencia, dándole al juez herramientas para avanzar con las imputaciones.⁷⁶

La causa “ABO” llegó a juicio tres años después, en noviembre de 2009. Durante las declaraciones testimoniales, una vez más surgieron relatos que daban cuenta de los delitos contra la integridad sexual cometidos en el circuito represivo. En julio de 2010, una de las querellas solicitó que se ampliara la acusación contra dos de los imputados, identificados como autores del delito de violación sexual a partir de los testimonios de sobrevivientes en el marco de las audiencias orales. Lamentablemente, el planteo fue desestimado por el tribunal, por considerar que no correspondía procesalmente a la instancia del juicio en que fue propuesto (concluidas ya las declaraciones testimoniales).

El CELS, querellante también en esta causa, desarrolló en su alegato la comisión de delitos sexuales y solicitó –como luego se hizo en la causa “ESMA”– que se extrajeran testimonios para que esos delitos ventilados en la audiencia, para los que no había acu-

sación, fueran investigados en la instrucción. Al dar a conocer los fundamentos de la sentencia dictada en diciembre de 2010, el tribunal rechazó el pedido del CELS y de otra de las querellas que se había expresado en el mismo sentido, y resolvió –sin dar demasiados argumentos, y sosteniendo el planteo de la instrucción– que los delitos sexuales estaban comprendidos dentro de la figura del “delito de tortura”.

La sentencia es confusa y carece de solidez en sus argumentos desde un aspecto central: sostiene que es “fácil” concluir, a partir de la descripción de los testigos, que los hechos relatados satisfacen la descripción típica objetiva del artículo 119 del Código Penal, referido a la violación sexual, así como los requerimientos típicos objetivos de la violación, a los que alude el Estatuto de Roma (art. 7). “Los requisitos probatorios estarían satisfechos”, afirma. Sin embargo, al referirse al aspecto subjetivo, es decir, la voluntad del imputado de cometer el delito, sostiene que:

parece claro que la voluntad realizadora se vincula más a la tipicidad del tormento que a la de las agresiones a la integridad sexual. Como ejemplo de ello basta recordar el caso de la secuestrada a la que se le ofreció que eligiera entre ser violada o torturada.

En este caso, no sólo se asume que una víctima secuestrada puede elegir a qué vejámenes ser sometida, sino que se emplea un argumento espurio que remite a cómo eran, efectivamente, dos conductas diferentes: torturar y violar. Finalmente, ¿cómo puede ser claro que una persona que comete una violación no tiene voluntad de violar sino de torturar mediante una violación? Con ese criterio, toda violación, en cualquier contexto, no sólo el de una detención clandestina, puede ser subsumida en otras conductas, como el robo o las lesiones.

El Vesubio

Este CCD se hallaba situado en la localidad de La Matanza, provincia de Buenos Aires, en la intersección de la autopista Ricchie-

76 Fiscalía Federal 6, requerimiento del 12/04/2007.

ri y el Camino de Cintura. Funcionó entre abril de 1976 y fines de 1978. Se componía de tres construcciones, identificadas como Casa 1, Casa 2 y Casa 3. La primera fue utilizada en 1976 como lugar de alojamiento de detenidos, y en 1977, como vivienda personal del jefe del campo, Pedro Alberto Durán Sáenz. La Casa 2, denominada también “Enfermería”, era el primer lugar de tránsito de los detenidos, ya que allí se encontraban las salas de tortura. Finalmente, la Casa 3 era el lugar destinado al alojamiento de la mayoría de los detenidos.

Hubo tres períodos en el funcionamiento de El Vesubio. Durante el primero, en 1976, estuvo a cargo del Servicio Penitenciario Federal, y durante el segundo y tercero, desde principios de 1977 hasta fines de ese año, el CCD pasó a la órbita del Ejército.

Durante este juicio un gran número de sobrevivientes relató haber sido víctima de violaciones y abusos sexuales. También en este caso el CELS solicitó en su alegato que los hechos de violencia sexual ventilados en las audiencias fueran debidamente comunicados a la instrucción para su investigación. Como para entonces ya eran conocidos los fundamentos de la sentencia de la causa “ABO”, se solicitó que, en caso de que el tribunal considerara habilitada su jurisdicción para esos sucesos y a fin de que ello no tomara por sorpresa a la defensa, se tuviera por probada la práctica de actos de violencia sexual, se calificara dicho obrar como violación sexual y, por ende, se condenara a los jefes del CCD imputados como autores mediatos de las violaciones y/o abusos sexuales perpetrados en El Vesubio, en los períodos en el que cumplieron las funciones que se les reprochan en el juicio. Asimismo, se imputó a Durán Sáenz como autor directo de violación de una de las detenidas, aunque esa acusación quedó nula, pues el imputado murió mientras se celebraba la etapa de alegatos del juicio.

El circuito Zárate-Campana

En este circuito represivo, compuesto al menos por catorce CCD ubicados dentro de lo que con posterioridad se denominó la Zona IV del Ejército Argentino, a cargo del Comando de Institu-

tos Militares sito en Campo de Mayo,⁷⁷ la mayoría de los detenidos y detenidas sobrevivientes relataron, en sus declaraciones ante la CONADEP o ante la justicia, haber sido víctimas de violencia sexual o haber tenido conocimiento contemporáneamente de que compañeros de cautiverio lo fueron.

La investigación de los crímenes cometidos en el marco de este circuito se encuentra incluida en la megacausa conocida como “Campo de Mayo”.⁷⁸ Dos de las ex detenidas de este circuito, al prestar declaración testimonial, contaron que fueron violadas. Por esos delitos fueron indagados Santiago Omar Riveros, en calidad de máximo responsable de las violaciones a los derechos humanos cometidas en ese circuito represivo, así como los jefes y segundos jefes de los CCD donde ocurrieron las violaciones. Al momento de definir la situación procesal, el juez de instrucción resolvió dictar procesamiento por todos los delitos imputados excepto por los delitos contra la integridad sexual, frente a los cuales dictó la falta de mérito, considerando que “los eventuales abusos sexuales” no estaban incluidos “dentro del plan estatuido por la junta militar”.

Los representantes legales de las víctimas apelaron la resolución, objetando el trato diferenciado otorgado a los delitos endil-

⁷⁷ Si bien los principales CCD estaban ubicados en el mismo predio de Campo de Mayo –por donde pasaron al menos cinco mil personas–, hubo numerosos centros con menor capacidad de alojamiento en lo que a partir de mayo de 1976 se llamaría oficialmente Zona IV. Fueron identificados los siguientes: 1) dependencias de las Fuerzas Armadas y/o de seguridad: Arsenal de Artillería de la Marina, Zárate; Instituto de Formación de la Prefectura Naval, Zárate; Prefectura Naval de Zárate; Prefectura Naval de Campana; el buque *Murature*, que según testimonios se encontraba anclado frente a la Base Naval de Zárate y al que los detenidos eran trasladados en una balsa desde el Instituto de Formación de la Prefectura; Comisaría de Zárate; Comisaría 1ª de Escobar; Comisaría de Campana. 2) Dependencias particulares: “El Tolueno”, fábrica de Tolueno Sintético; Fabricaciones Militares; Tiro Federal de Campana; Club Siderca; instalaciones propiedad de la empresa Dálmine-Siderca SAIC; Casa De Piedra, en Zárate, donde operaba Inteligencia de Campo de Mayo; Mansión Güerchi o Casa de la Barranca, en Zárate. 3) Otros: Reserva Natural Otamendi.

⁷⁸ Caratulada “Riveros, Santiago Omar y otros s/privación ilegal de la libertad y otros”.

gados y la adjudicación de responsabilidad. Si a los imputados se los procesaba por considerarlos partícipes necesarios en las privaciones ilegales de la libertad, los tormentos y los allanamientos, porque –en palabras del juez– sin su aporte personal y material habría sido imposible cometer esos delitos, resultaba contradictorio establecer una distinción entre esas mismas consideraciones y los delitos contra la integridad sexual. Asimismo, se destacó la sistematicidad y lo extendido de la violencia sexual como práctica vejatoria en este circuito represivo.

Al analizar la apelación, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín decidió mantener la resolución del juez de primera instancia. Resulta pertinente transcribir aquí lo sostenido por los jueces:

5) Las querellas, por su parte, solicitaron que se procesara al encausado en relación al delito de violación, por considerar que era un modo de contribuir al plan de aniquilación y degradación de la subjetividad de las personas que estaban alojadas en centros clandestinos de detención. Al respecto, no resulta posible establecer –por el momento– que ese delito haya sido cometido de modo sistemático, sino que habría ocurrido de manera ocasional (cfr. causa 8365, Legajo de apelación de Santiago Omar Riveros, 31/10/2007, del 9 de mayo de 2008, reg. 7484).

Repárese que si bien se advierte del total de las actuaciones que han venido a estudio del Tribunal que el ilícito se habría reiterado en diversas oportunidades y con otras víctimas, no puede dejar de considerarse que de haberse cometido como lo entienden las querellas todas las víctimas –o en su gran mayoría– habrían denunciado este hecho.

En el primer párrafo se considera este delito como ocasional, sin que el contexto merezca una mínima reflexión por parte de los camaristas. En el segundo párrafo se omite que la mayoría de las víctimas están desaparecidas, con lo cual resulta irrisorio asentar

que “habrían denunciado este hecho”. Además, los jueces omiten las dificultades para que estas denuncias se lleven a cabo y desestiman –indirectamente– el valor de los testimonios de autos, que son numerosos y coincidentes respecto a lo extendido de la violencia sexual en el circuito represivo.

Primera condena por delitos contra la integridad sexual en el contexto de un centro clandestino de detención en la Argentina: el caso “Molina”

La primera condena emitida por un tribunal oral federal por delitos contra la integridad sexual cometidos en un CCD fue dictada en la ciudad de Mar del Plata, el 9 de junio de 2010, y sus fundamentos se dieron a conocer el 16. En dicho proceso se juzgó a Gregorio Rafael Molina, ex suboficial de la Fuerza Aérea, que fue condenado a prisión perpetua por diversos crímenes, entre los cuales figuran cinco violaciones agravadas y una tentativa del mismo delito, cuyas víctimas fueron dos detenidas. Durante el juicio, se probó que Molina fue el autor directo de las violaciones.

La evolución de esta causa evidencia el derrotero de las víctimas para obtener justicia por estos hechos. La primera referencia a los abusos sexuales a los que eran sometidas en particular las detenidas mujeres del centro clandestino La Cueva se remonta al Juicio a las Juntas, y se repite en los Juicios por la Verdad realizados en la ciudad de Mar del Plata.

Finalmente, reabierto el proceso de justicia, en 2007 una de las víctimas se presentó como querellante, denunciando a Molina por la comisión del delito de violación sexual. Al analizar el caso, el juez de primera instancia había entendido que no existía prueba suficiente para imputarle la responsabilidad de los hechos –más allá de los dichos de la víctima– y decidió sobreseer al imputado por ese delito. Pero en una resolución del 13 de septiembre de 2006, la Cámara Federal de Mar del Plata había revocado esa decisión, entendiendo que existía prueba suficiente a partir del testimonio de la víctima y de otros sobrevivientes del CCD.

Luego de estos vaivenes, Molina fue efectivamente procesado por este caso y por otro que se sumó con posterioridad. La causa

fue elevada a juicio en septiembre de 2007, y en mayo de 2010 se celebró en Mar del Plata el primer juicio oral en todas las etapas del proceso de justicia, en el que la violación sexual fue considerada como delito autónomo, a partir de la denuncia de dos víctimas.

La resolución judicial sienta posición –y jurisprudencia– respecto de algunos de los puntos que aquí hemos planteado: parte de la consideración de que la violación en centros clandestinos de detención constituye un delito de lesa humanidad –por lo tanto es imprescriptible– y sorteando las presuntas dificultades probatorias en estos casos, otorgándole relevancia y credibilidad al relato de las víctimas. Asimismo, aborda los cuestionamientos respecto de la falta de denuncia anterior de estos hechos destacando que la demora es lógica y razonable debido a las dificultades, expresadas por las víctimas, de enunciar lo ocurrido.

Además, la sentencia explica la sistematicidad de estos delitos diciendo llanamente:

Supra se hizo referencia al plan clandestino de represión y a ello se remite el Tribunal para evitar caer en innecesarias reiteraciones y, en ese contexto, *era habitual que las mujeres ilegalmente detenidas en los centros clandestinos de detención fuesen sometidas sexualmente por sus captores o guardianes o sufrieran otro tipo de violencia sexual. Las violaciones perpetradas, como se dijo, no constituían hechos aislados ni ocasionales, sino que formaban parte de las prácticas ejecutadas dentro de un plan sistemático y generalizado de represión llevado a cabo por las Fuerzas Armadas durante la última dictadura militar* (informe de la CONADEP y sentencia en la causa 13/84. El destacado nos pertenece).

ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

La violencia sexual ha sido un aspecto más de la compleja y sofisticada metodología de terror ejercida sobre las víctimas en los CCD instaurados en el país. Nadie duda de la gravedad de estos

procedimientos, utilizados, entre muchos otros, para la construcción del horror cotidiano en el campo. Sin embargo, en relación particularmente con la violación, surgen diferencias apegadas a la definición de ese delito en su tipificación penal, y en tanto configuró una práctica diferenciada, con una dimensión específica, dentro del sistema represivo implementado. ¿Qué diferencia de gravedad o de potencial destructivo sobre la integridad de una persona puede plantearse si se ajusta a la definición estricta del tipo penal o si fue amenazada cotidianamente, desnudada y atada a una mesa de tortura con sus piernas abiertas, si le introdujeron objetos en su cuerpo durante la tortura mientras le auguraban que ya no podría tener relaciones sexuales o que jamás tendría hijos, o si la amenazaban con ser “guardada” para ser “usada” por algún represor en particular?

El arrasamiento del sujeto como tal fue claramente el propósito de todos los modos de tortura perpetrados. También fue el objetivo de la violencia sexual. Las violaciones como modo de “iniciación” inmediatamente después del secuestro ocupan el mismo lugar en la estructura de funcionamiento del CCD que el marco de impunidad en que se realizaban los secuestros, la privación sensorial, los golpes, la privación de la identidad, las amenazas o el resto de los tormentos físicos. Tormentos ejercidos sobre los cuerpos que tuvieron como objetivo quebrar la voluntad, los ideales, el compromiso solidario, los restos de esperanza; en síntesis, quebrarlos en su humanidad.

La naturalización de estas prácticas ligadas al orden social que hemos descripto facilita que desaparezcan de la consideración del sistema de justicia, aun cuando los testimonios insistan en ponerlas de manifiesto.

Es ostensible el valor reparatorio del proceso de verdad y justicia en relación con la experiencia traumática, como un modo de inscripción en el relato individual y colectivo. El reconocimiento de la responsabilidad de aquellos que cometieron los crímenes y de la responsabilidad del Estado en cuanto falta a su deber de resguardar los derechos humanos de los ciudadanos, el establecimiento y cumplimiento de las penas y la implementación de políticas reparatorias efectivas resultan enormes desafíos para todos

los actores comprometidos en el proceso, y fundan la posibilidad de representar a nivel social lo irrepresentable en la subjetividad individual. Estos dos movimientos, el individual y el social, son simultáneos y se superponen, se retroalimentan y hasta se contradicen dando cuenta de la complejidad y la riqueza del trabajo de elaboración.

Ante todo lo expuesto, claramente este es el momento de discutir estas cuestiones. Y deben ser discutidas, ya que emergen en el discurso de las propias víctimas. Los obstáculos resaltados para activar definitivamente la judicialización deben verse a la luz de la sentencia en el caso “Molina” y de la apertura de la causa por delitos sexuales en la ESMA, que demuestran que los temas presentados como conflictivos por parte del sistema judicial para avanzar responden más a construcciones que a obstáculos procesales o penales reales e insalvables.

Creemos firmemente en la capacidad potencialmente reparadora de la condena judicial de los delitos de lesa humanidad. Cada vez que una violación grave a los derechos humanos queda impune, cada vez que una herida irreparable de una víctima no encuentra en la justicia un marco de sentido que la diferencie de sus victimarios, el sistema de justicia todo no está a la altura de sus funciones. Así como la existencia de atrocidades hace necesaria la regulación de la ley, el ejercicio pleno de los derechos y la condena de los crímenes permite la reformulación de los vínculos sociales dañados en tiempos de horror.

La prueba de la identidad en la persecución penal por apropiación de niños y sustitución de su identidad

Marcelo Ferranté*

INTRODUCCIÓN

El plan de secuestro, tortura y homicidio masivos que llevó adelante la dictadura militar que usurpó el gobierno argentino entre 1976 y 1983 tiene muchos, demasiados aspectos macabros. Uno de ellos es el capítulo referido al tratamiento de los hijos pequeños de las personas desaparecidas –niños secuestrados junto con sus padres o madres, o nacidos durante el cautiverio de sus madres en los centros clandestinos de detención donde militares y sus cómplices las mantenían encerradas–. Se estima que quinientos niños y niñas fueron separados de ese modo de sus familias y entregados a centros de adopción como niños de identidad desconocida (llamados NN) o directamente a familias que los adoptaron irregularmente (fingiendo haber recibido al niño por una entrega voluntaria de sus padres biológicos) o que los registraron como hijos biológicos propios (simulando un parto que no existió).¹ Así vivieron y crecieron como miembros de otras familias, ignorando su verdadero origen e identidad.

* Agradezco especialmente a Karina Tchrian por su colaboración en la preparación de este trabajo.

¹ Abuelas de Plaza de Mayo, libro de casos *Niños desaparecidos, jóvenes localizados, 1975-2009*, disponible en <http://www.abuelas.org.ar/Libro/f_desaparecidos0.htm>. Al 20 de marzo de 2010, Abuelas de Plaza de Mayo había identificado 13 casos de niños que fueron secuestrados junto con sus padres y 180 casos de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres. Véase *Niños desaparecidos, jóvenes*

En el derecho penal argentino, el comportamiento de quienes sustraen niños de sus familias o alteran o sustituyen la identidad que les corresponde por otra distinta es considerado, desde siempre, un acto criminal.² Después del regreso a la democracia en 1983, se inició un número importante de procesos penales dirigidos a aplicar ese derecho penal a los hechos de sustracción de niños y sustitución de su identidad cometidos durante la dictadura.³ Así, hasta el momento, al menos veintisiete personas han sido condenadas por los delitos de supresión y suposición de la identidad, y sustracción, retención y ocultamiento de menores de diez años,⁴ y existen actualmente no menos de treinta y nueve personas sometidas a proceso por esos mismos delitos.⁵

En este trabajo considero un aspecto característico y central de estos procesos penales, al que denominaré *prueba de la identidad*. La prueba de la identidad es una medida probatoria dirigida a determinar la identidad genética de la persona que –se alega– ha sido sustraída de sus padres o familiares legítimos, y cuya identidad verdadera ha sido sustituida por otra. (Llamaré a estas personas “los hijos”.) La prueba consiste en obtener de los hijos una

muestra de material genético –típicamente, una gota de sangre extraída mediante una punción digital– y compararla con la información genética disponible de las víctimas directas de desaparición forzada cometida por la dictadura militar y de sus familiares directos.⁶ Si de este modo se detecta identidad genética entre el hijo y una persona desaparecida o uno de sus familiares directos, la prueba de la identidad contará, más o menos concluyentemente según los casos, en favor de la proposición de que el hijo ha sido víctima de una sustracción y que su identidad legítima –esto es, aquella que la prueba ha revelado– ha sido sustituida por otra.

En estos procesos penales, entre los acusados figuran de modo prominente quienes establecieron con los hijos relaciones parentales que sustituyeron las relaciones parentales legítimas –porque se los acusa de haber sustraído ellos mismos a los hijos, o de haber sido cómplices de esas sustracciones solicitándolas o favoreciéndolas de algún modo, o de haber sustituido la identidad legítima de los hijos registrándolos falsamente como propios o generando procedimientos de adopción fraudulentos–. (Llamaré a estas personas “padres adoptivos” y –sólo a fin de contrastarlos con estos– me referiré a las personas cuyo vínculo parental con los hijos fue quebrado o frustrado por la acción de sustracción y sustitución de la identidad como padres o familiares “legítimos” o “biológicos”.) La prueba de la identidad es, así, un elemento que contribuye al avance del proceso penal contra los padres adoptivos y a su eventual condena.

Frente a la posibilidad de que la prueba pudiera servir para condenar a sus padres adoptivos, algunos hijos han esgrimido la pretensión de no colaborar con su persecución penal, negándose a poner a disposición de las autoridades el material genético que probaría una relación parental legítima con una víctima de la desaparición forzada de personas. El tratamiento jurídico que se le ha dado a esa pretensión –a la que a menudo me referiré de modo simplificado como “pretensión de no colaboración”– es el punto en el que me interesa concentrarme en este trabajo.

localizados, 1975-2010, disponible en <<http://www.abuelas.org.ar/Libro2010/index.php>>.

2 El Código Penal (CP) argentino criminaliza estos comportamientos fundamentalmente en las reglas de los arts. 138 a 139 bis, y 146. Estas reglas han sufrido una modificación en 1995 (cfr. Ley 24 410, *ADLA* LV-A, 6 [1995]), pero en lo esencial provienen del texto original del CP de 1921.

3 A diferencia de lo que ocurrió con otros delitos cometidos por la dictadura militar, la persecución penal de los delitos cuyas víctimas son los hijos e hijas de los desaparecidos no fue interrumpida por las leyes de Punto Final (Ley 23 492, *ADLA* XLVII-A, 192 [1986]) y Obediencia Debida (Ley 23 521, *ADLA* XLVII-B, 1548 [1987]).

4 Esta información fue brindada por la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las Causas por Violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, del Ministerio Público Fiscal (UFDH).

5 La cifra de 39 procesados corresponde a la información que surge del listado de personas procesadas a junio de 2010, elaborado por la UFDH, disponible en <http://www.mpf.gov.ar/Accesos/DDHH/Docs/Listado_procesados_Junio_2010.pdf>. Sin embargo, de otras fuentes documentales que fueron provistas por la UFDH surge que la cantidad de procesados asciende a 50.

6 Las pruebas genéticas son realizadas en el Banco Nacional de Datos Genéticos, creado por la Ley 23 511, *ADLA* XLVII-B, 1529 (1987).

La suerte de la pretensión de no colaboración ha sido dispar. Algunos tribunales la han rechazado y han ordenado la extracción compulsiva del material genético necesario para llevar adelante la prueba de la identidad, mientras que otros la han acogido o han declarado inválidas las decisiones que ordenaban la extracción forzada de muestras corporales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió dos veces al respecto –una vez en 2003, en el caso “Vázquez Ferrá”, y otra en 2009, en el caso “Prieto”– y en ambas ocasiones lo hizo con mayorías complejas, que resultaron de votos que concurrieron en las decisiones sobre la base de distintos

7 Ambas decisiones se tomaron cuando aún no existía legislación que facultara expresamente a los jueces a ordenar esta medida de prueba. En “Vázquez Ferrá” (CSJN, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación”, V. 356. XXXVI, sentencia del 30 de septiembre de 2003), la causa fue iniciada por Inocencia Luca de Pegoraro, madre de una mujer llamada Susana que en 1977 desapareció estando embarazada de cinco meses. Susana dio a luz mientras estaba detenida en un centro clandestino de detención y su hija fue entregada a Policarpo Vázquez e inscripta como hija biológica de este y su esposa, Ana María Ferrá, bajo el nombre de Evelin Karina Vázquez Ferrá. En el marco de la investigación penal, la jueza de instrucción ordenó realizar compulsivamente una prueba hemática sobre la persona de Vázquez Ferrá a fin de determinar si era nieta de la querellante. La decisión fue recurrida hasta llegar a la CSJN, que, finalmente, revocó la decisión de la jueza. Si bien los jueces que conformaron la mayoría resolvieron el caso con votos divididos, los argumentos que emitieron fueron similares. Los jueces Belluscio y López, por un lado, y Petracchi, Moliné O’Connor y Fayt, por otro, y el juez Vázquez en su voto, concluyeron que la decisión de la jueza violaba el derecho a la intimidad asegurado por el art. 19 de la Constitución nacional, e hicieron extensivas al caso “Vázquez Ferrá” las normas procesales que prohíben admitir denuncias de descendientes contra ascendientes y citar como testigos a los descendientes de un acusado (arts. 163, 278 inc. 2, y 279 del Código de Procedimientos en Materia Penal [CPMP]). Los jueces agregaron que el examen sanguíneo no era necesario para determinar si los acusados habían cometido el delito por el que se los acusaba: ellos habían confesado haberlo cometido. Petracchi, Moliné O’Connor y Fayt consideraron también que el derecho de los testigos a no declarar en contra del círculo de parientes más próximo está entrañablemente unido a la garantía contra la autoincriminación. Por su parte, si bien el juez Boggiano consideró que las normas procesales que prohibían citar como testigos a los descendientes de los imputados no eran aplicables al caso –porque la extracción de sangre no es equivalente a la decla-

argumentos. En los dos casos, la Corte decidió que la resolución judicial evaluada violaba un derecho constitucionalmente protegido del hijo y, por ello, era inválida.⁷

ración testimonial y porque estaba acreditado que los imputados no eran los padres biológicos de Vázquez Ferrá–, también consideró que la medida de prueba no era imprescindible para determinar la verdad de lo ocurrido, porque existían pruebas suficientes que acreditaban que ella no era hija de los acusados. Finalmente, en su disidencia parcial, el juez Maqueda consideró que la prueba hemática ordenada no era equiparable a una declaración y que, en consecuencia, no eran aplicables al caso las normas del CPMP que prohibían la declaración de una persona en contra de sus ascendientes. Además, señaló que el derecho a la intimidad consagrado en el art. 19 de la Constitución nacional, en el que Vázquez Ferrá se fundaba, debía ceder ante la necesidad de perseguir penalmente delitos de lesa humanidad y de honrar el derecho de la querellante y la sociedad a la verdad. En el caso “Prieto” (CSJN, “Recurso de hecho deducido por Emiliano Matías Prieto en la causa Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años, causa n° 46/85 A”, G. 1015. XXXVIII, sentencia del 11 de agosto de 2009), se investigaba la responsabilidad de los padres adoptivos de los hermanos Guillermo y Emiliano Prieto por el delito de sustracción de menores de 10 años, cuyas víctimas directas habrían sido los hermanos. La jueza de instrucción ordenó a Emiliano Prieto someterse a la extracción de una muestra de sangre para determinar si era descendiente de la familia querellante. La Corte revocó la decisión. En su voto, los jueces Lorenzetti y Zaffaroni consideraron que los derechos que se encontraban en juego en el caso eran el derecho a la autonomía de Prieto (art. 19, Constitución nacional) y el derecho a la verdad de los supuestos familiares biológicos. Concluyeron que someter a Prieto a un examen genético compulsivamente violaba su derecho a la autonomía personal porque: 1) antes era preciso descartar la existencia de otras medidas que permitieran obtener las muestras de material genético de manera no invasiva en el cuerpo; 2) para satisfacer el derecho a la verdad de la familia querellante no era necesario que Prieto soportara todas las consecuencias negativas de la revelación de su identidad. Los jueces consideraron que, para que el derecho a la verdad de los querellantes no entrara en conflicto con la autonomía de la voluntad de Prieto, “la prueba debería disponerse al solo efecto de satisfacer el derecho a la verdad de la presunta familia biológica, quedando vedado bajo pena de nulidad cualquier pretensión de otro efecto o eficacia jurídica”. Los jueces Petracchi y Fayt se remitieron a sus votos en “Vázquez Ferrá”. La jueza Argibay consideró que el derecho de Prieto de negarse a realizar el examen genético estaba amparado por el art. 18 de la Constitución nacional, que protege la vida privada, y no por el art. 19. Si bien, de

Los argumentos con los que se respalda la pretensión de no colaboración son fundamentalmente dos.⁸ Ambos parten de la proposición que postula la existencia de un derecho del hijo a no contribuir con evidencia a la persecución penal de sus padres adoptivos. El argumento más fuerte atribuye a este derecho un peso o valor tal que necesariamente prevalece ante el interés de imponer un castigo a los padres adoptivos por la comisión de delitos vinculados a la sustitución de la identidad del hijo. En el argumento más débil, en cambio, el derecho a no colaborar del hijo se asemeja a los derechos constitucionales que protegen la privacidad del domicilio y de la correspondencia –esto es, derechos especialmente valiosos, pero cuya protección cede cuando es necesario para realizar la pretensión pública de imponer castigo a otras personas por la violación de otros derechos–. Este argumento combina esa concepción del derecho a no colaborar con

acuerdo con Argibay, el Estado puede interferir con la vida privada de las personas, tal como puede hacerlo con su domicilio y su correspondencia, es preciso que la intervención sea razonable (por ejemplo, que permita obtener los elementos de juicio imprescindibles para decidir el caso). La jueza consideró que las circunstancias que aseguran la razonabilidad no habían sido acreditadas y decidió que la medida de prueba debía ser revocada. En su disidencia, la jueza Highton de Nolasco calificó la conducta investigada como delito de lesa humanidad. El conflicto ocurría entonces entre el deber que el Estado tiene de perseguir a los responsables de esos delitos en virtud de varios tratados internacionales, cuyo incumplimiento acarrearía su responsabilidad internacional, y el derecho a la intimidad de Prieto. La jueza concluyó que es razonable y proporcional, y en consecuencia válido, que el Estado interfiera de ese modo con el derecho a la intimidad de una persona si ello es necesario para satisfacer el derecho a la verdad y llegar a la verdad material en el proceso penal. Finalmente, el juez Maqueda, en su voto disidente, se remitió a los argumentos esbozados en “Vázquez Ferrá”. Distinguió la declaración testimonial de la extracción compulsiva de ADN y consideró que, si los acusados por un delito pueden ser sometidos a este tipo de pruebas sin que se viole la garantía contra la autoincriminación, también es válido obligar a terceros, inclusive a las víctimas, cuando ello es necesario, adecuado, proporcional y razonable para llegar a la verdad material en el proceso penal en el que se persiguen delitos de lesa humanidad, y satisfacer el derecho a la verdad que tiene la querrela, en su carácter de víctimas del delito.

⁸ Quienes esgrimen esta pretensión ocasionalmente agregan un tercer argumento que no consideraré aquí: el relacionado con la integridad

la proposición de que la prueba de la identidad es innecesaria o impertinente en los procesos penales en los que la pretensión punitiva está dirigida a lograr una condena por delitos contra la identidad, tal como están legalmente criminalizados en el derecho penal argentino.

Si bien, de acuerdo con el argumento débil, el derecho a no colaborar carece del peso que le asigna el argumento fuerte, sí es lo suficientemente poderoso como para que las interferencias con él sólo estén justificadas si son necesarias para la realización del interés punitivo correspondiente. Luego, la observación de que la prueba de la identidad no es necesaria determina, de acuerdo con este argumento, la conclusión de que la interferencia con el derecho a no colaborar no está justificada.⁹

física del hijo, que se vería menoscabada por la extracción compulsiva de material genético (véanse el consid. 8° del voto de Belluscio y López en “Vázquez Ferrá”, y el consid. 2° del voto de Lorenzetti y Zaffaroni en “Prieto”). Este argumento tiene una pizca de verdad, pero no más que eso. El modo convencional de tomar una muestra genética es mediante una punción digital, esto implica, ciertamente, una invasión del cuerpo que, si no está consentida, puede ser descripta como una invasión al derecho a la integridad física. Pero esa invasión tiene tan escasa entidad que un interés estatal razonable, como la imposición de un castigo legítimo, la justifica. En efecto, una punción digital no es más invasiva que una toma de huellas digitales –la punción puede causar un sutil dolor momentáneo, a diferencia de la toma de huellas digitales, pero no parece que esa incomodidad sea más perturbadora que las molestias causadas por la tinta con que se toman habitualmente las impresiones digitales–, y esta es masivamente considerada como una invasión que está justificada por el interés estatal en la imposición legítima de castigo. No veo razón, entonces, para no extender esta conclusión al caso de la punción digital.

⁹ En el caso “Vázquez Ferrá”, ofrecieron versiones del argumento fuerte los jueces Petracchi, Moliné O’Connor y Fayt, por un lado, y Belluscio y López por otro (aunque todos lo acompañaron con una versión del argumento débil); el juez Boggiano ofreció una versión del argumento débil, y Vázquez Ferrá ofreció, primero, una versión del argumento débil y luego recurrió a una versión del argumento fuerte. La disidencia del juez Maqueda se fundó en el ejercicio de ponderación que caracteriza al argumento débil y lo rechazó porque consideró que la prueba de la identidad en los procesos penales de esta clase es pertinente. En el caso “Prieto”, los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, por un lado, y Petracchi y Fayt, por otro, defendieron ver-

En 2009, el Congreso de la Nación reguló expresamente la extracción compulsiva de muestras biológicas y el derecho a no colaborar.¹⁰ La medida es semejante a la regulación del derecho a la inviolabilidad del domicilio; esto es, permite a los órganos de la persecución penal obtener una muestra de material genético del hijo para llevar a cabo una prueba de identidad si esto es necesario para la consecución del fin al que apunta el proceso penal. Para ordenar la extracción de material genético de un hijo, la ley exige una decisión judicial que determine que la medida es necesaria para constatar “circunstancias de importancia para la investigación”, y, a su vez, para justificar la “necesidad, razonabilidad y proporcionalidad” de la adopción de la medida.¹¹ En suma, la ley de 2009 toma partido en contra del argumento más fuerte

siones del argumento fuerte, mientras que la jueza Argibay desarrolló una versión del argumento débil, considerando que las condiciones que justificaban la extracción compulsiva de material genético no estaban cumplidas en el proceso. El juez Maqueda, junto con la jueza Highton de Nolasco, en cambio, votó en disidencia alegando que la prueba de la identidad era pertinente.

10 Ley 26 549 (*ADLA LXX-A*, 51 [2009]), que introdujo el art. 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación. Después de la decisión de la Corte en “Vázquez Ferrá”, la familia biológica perjudicada por la decisión llevó el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en septiembre de 2009 arribó a un acuerdo de solución amistosa con el Estado. En ese acuerdo, el Poder Ejecutivo nacional se comprometió a enviar al Congreso un proyecto de ley “que resguard[ara] los derechos de los involucrados y result[ara] eficaz para la investigación y juzgamiento de la apropiación de niños originada durante la dictadura militar”. El proyecto se redactó y envió al Congreso y, con algunas modificaciones, sirvió de base a la Ley 26 549, sancionada en noviembre de ese año.

11 Entre las medidas que establece la ley de modo explícito, enuncia reglas especiales para los casos en los que, durante la investigación de delitos de acción pública, se ordena extraer una muestra biológica de la víctima del delito y esta se niega a consentirlo. En esos casos, de acuerdo con el régimen legal, los jueces deben, en principio, respetar la voluntad de la víctima e intentar obtener las muestras biológicas necesarias con independencia de ella –por ejemplo, disponer registros domiciliarios y el secuestro de objetos personales–, y sólo ordenar la extracción de una muestra biológica del cuerpo de la víctima, en contra de su voluntad, cuando no sea posible alcanzar el mismo grado de certeza a través de las otras vías autorizadas.

–pues da por supuesto que el derecho a no colaborar puede ser derrotado por el interés en la aplicación legítima de castigo– y fija algunas pautas para especificar el campo de aplicación del argumento más débil.

En las páginas que siguen, mi objetivo es explorar cuáles son los fundamentos más profundos de las premisas centrales de estos dos argumentos ofrecidos en defensa de la pretensión de no colaboración, para revelar, de ese modo, cuál es su alcance genuino. De esa exploración resultará, en pocas palabras, la siguiente conclusión: hay buenas razones para sostener que existe un derecho fuerte a no colaborar (esto es, un derecho que prevalece frente al interés en la aplicación legítima de castigo por delitos de sustracción de niños y sustitución de su identidad), pero la extracción compulsiva de material genético del hijo no interfiere con ese derecho –o al menos no tiene por qué interferir con él–. La prueba de la identidad sí puede interferir con el derecho a que no se menoscabe la relación parental que une, en los casos aquí relevantes, a los hijos con sus padres adoptivos. Este derecho, sin embargo, no prevalece sobre el interés en la imposición legítima de castigo, si es que ambos entran en conflicto entre sí –por ejemplo, si la prueba de la identidad que afecta de algún modo la relación parental existente es necesaria para la imposición legítima del castigo–. Sostendré, por último, que, si bien la prueba de la identidad no es estrictamente necesaria –en el sentido de que una condena por el delito de sustitución de identidad es legalmente posible sin ella–, siempre es pertinente, y esa pertinencia es suficiente para justificar su adopción.

LEALTAD

El primer tipo de argumentos que respaldan la pretensión de no colaboración gira alrededor del posible derecho de la persona cuya identidad ha sido sustituida a no cooperar con la persecución penal de sus padres adoptivos. (Me referiré a este como “el argumento de la lealtad”.) La forma habitual, y más simple, de

formularlo toma como punto de partida las reglas del derecho procesal penal que atribuyen a los hijos de los acusados el derecho de no actuar como testigos en los procesos penales en los que sus padres son acusados. Estas reglas –se sostiene– deben interpretarse extensivamente, de modo que alcancen no sólo a las declaraciones testimoniales sino también a toda otra forma de colaboración con el proceso, incluyendo, en especial, el aporte de material genético. No hacerlo implicaría establecer una distinción arbitraria, pues no existirían razones que justifiquen una diferencia de trato.

La interpretación extensiva de estas reglas que rigen la producción de prueba testimonial es correcta, porque es razonable pensar que la inferencia siguiente, que da fundamento a esas reglas, es correcta.

Las relaciones personales valiosas (especialmente aquellas con las que nos identificamos, como muchas de nuestras relaciones familiares) generan compromisos o deberes de lealtad. Los compromisos o deberes de lealtad son esenciales a esas relaciones, en el sentido de que no es posible fomentar o proteger esas relaciones sin fomentar o proteger, a la vez, esos compromisos o deberes de lealtad, y, a la inversa, socavar esos compromisos conlleva, a la vez, socavar las relaciones que los implican.

Decir que una persona es leal a otra quiere decir que está dispuesta a perseverar en la relación que es objeto de su lealtad (por ejemplo, evitando o rechazando opciones que puedan ponerla en peligro), tomando de un modo especial el bienestar o interés del objeto de lealtad, incluso arriesgando su propio bienestar o interés, o incumpliendo otros deberes generales (por ejemplo, el de tratar a todas las personas de igual modo).¹²

12 En esta concepción de la lealtad, he seguido fundamentalmente a John Kleinig: "Loyalty", en Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2008 Edition), disponible en <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/loyalty/>>. También, a Simon Keller, en *The Limits of Loyalty* (Cambridge University Press, Cambridge, 2007), quien defiende una concepción algo distinta.

Por otro lado, castigar a una persona es someterla a una forma de maltrato severo. Si el proceso es justo y la persona culpable, el maltrato es merecido e imponerlo en esas condiciones, permisible y acaso también debido. Pero la justicia del merecimiento no niega que el castigo y el proceso mediante el cual se lo impone sean formas especialmente brutales de maltratar a otros. Cooperar en la persecución penal de una persona facilitando la condena y la imposición de castigo significa, entonces, contribuir a la realización de ese maltrato.

De las observaciones anteriores parece seguirse que exigir a alguien que coopere con la persecución penal de una persona a la que está ligado por una relación familiar estrecha normalmente implicará comprometerlo a incurrir en un comportamiento desleal y, por lo tanto, a una acción capaz de socavar la relación generadora de deberes de lealtad. La conexión entre relaciones personales íntimas (como las familiares) y los deberes de lealtad asegura que, si tenemos razones para proteger o fomentar las primeras, tenemos razones para proteger o fomentar estos últimos.

Si damos por sentado –como creo que debemos– que existen razones poderosas para proteger y fomentar el desarrollo de relaciones personales como las familiares, esta inferencia sugiere que las reglas de excepción del deber de prestar testimonio en un proceso penal basadas en la relación parental estrecha con la persona acusada en el proceso tiene un fundamento importante, y, más aún, ese fundamento se extiende más allá de la declaración testimonial y cubre toda acción de colaboración con la persecución penal. Ese fundamento permite postular, en consecuencia, un derecho moral del individuo a no colaborar con la persecución penal de las personas que le son más cercanas. No parece haber ninguna razón para negar que sea correcto interpretar las reglas jurídicas del proceso penal de tal modo que reflejen este derecho.¹³

13 El argumento así reconstruido asegura el asiento constitucional del derecho esgrimido: o bien como derivación de la protección contra la discriminación arbitraria –en particular, contra el establecimiento de una diferencia de trato legal sin razones que justifiquen la diferen-

El argumento de la lealtad que acabo de reconstruir requiere una aclaración importante. Si este da fundamento a un derecho a no colaborar, todavía queda por determinar qué cuenta como colaboración. Mi propuesta es que, en la medida en que está apoyada en ese derecho, la pretensión de no colaboración alcanza sólo a aquellas prestaciones capaces de atribuir alguna forma de *responsabilidad* por el avance de la persecución penal.

La tesis que defiendo en esta sección es la siguiente: en un proceso penal por sustitución de la identidad, como los que estamos considerando, la obtención de material genético de los hijos de los acusados, realizada con el fin de probar la identidad anterior a la sustitución, no afecta el derecho de los hijos a no colaborar con la persecución penal de sus padres si en ella los hijos no intervienen de modo responsable. En otras palabras, para que la obtención de material genético de una persona pueda violar su derecho a no colaborar, esta tiene que resultar, de algún modo, de una acción de colaboración del titular del derecho, y, para que haya una acción de colaboración en este sentido, el titular del derecho debe intervenir como persona –y no simplemente como cuerpo físico– en el procedimiento por el cual se obtiene el material genético. Es a esta intervención *como persona* a la que me refiero al postular la condición de responsabilidad.

La noción de responsabilidad a la que alude mi propuesta es la noción más débil, la de responsabilidad como atribuibilidad personal. En este sentido, una persona tiene *alguna* responsabilidad por un evento si y sólo si está personalmente involucrada, aunque sea mínimamente, en la producción o el mantenimiento de ese evento. Más específicamente, una persona es responsable por un evento determinado (por ejemplo, una acción que realiza) si, y en la medida en que, ese evento sea expresión de las capacidades deliberativas que nos distinguen como personas. Un poco más es-

cia–, o bien por aplicación de la protección constitucional frente a la injerencia estatal en ámbitos de intimidad, como el de las relaciones personales más íntimas. Véanse, por ejemplo, los consid. 26, 27, 28 y, en especial, 30 del voto de los jueces Petracchi, Moliné O'Connor y Fayt en “Vázquez Ferrá”.

pecíficamente, es responsable de ese evento si, y en la medida en que, el evento o alguno de sus rasgos esenciales manifieste qué clase de cosas la persona toma como razones y cuál es el peso relativo que les reconoce.

Ser responsable en este sentido significa ser el objeto apropiado de una reacción moral de otro.¹⁴ Por reacción moral aquí han de entenderse todas aquellas actitudes que poseen un componente evaluativo moral, que dirigimos hacia otras personas –que son *objeto* de esas reacciones– y que reservamos a ellas; por ejemplo, gratitud, reconocimiento, admiración, resentimiento, reproche, condenación, etc. Si un evento no es atribuible a una persona –si el evento no es un reflejo de ella en tanto que persona, una expresión de rasgos de su identidad personal– no tiene sentido tomarlo como fundamento de una reacción moral dirigida a esa persona. En otras palabras, si notáramos que alguien toma un suceso no atribuible a una persona como fundamento de una reacción moral contra esa persona, o bien creeríamos que comete un error –creyendo atribuible lo que sin embargo no lo es– o bien, simplemente, no entenderíamos qué hace.¹⁵

14 Esta concepción de la responsabilidad como susceptibilidad a actitudes morales reactivas proviene principalmente de Peter Strawson: “Freedom and Resentment”, en G. Watson (ed.), *Free Will*, Oxford University Press, Oxford, 1982, p. 59. Véase también John Martin Fischer, “Recent Work on Moral Responsibility”, *Ethics* 110, 1999, pp. 93-139. Sobre la atribuibilidad personal como fundamento de la responsabilidad en el sentido de Strawson, véase Marcelo Ferrante, “Recasting the Problem of Resultant Luck”, *Legal Theory* 15, 2009, pp. 267, 272-278.

15 Imaginemos, por ejemplo, que alguien se enferma sin ninguna responsabilidad de su parte, y otro le reprocha el haberse enfermado. En un caso así, seguramente nos preguntaríamos si quien reprocha no está equivocado en su juicio de responsabilidad (quizá piensa que la enfermedad fue resultado de algo que el enfermo no debió haber hecho, algo que previsiblemente desencadenaría esa enfermedad). En ese caso, entenderíamos su reproche –aunque, claro, lo juzgaríamos equivocado–. Pero si supiéramos que no está equivocado acerca de su juicio de responsabilidad, entonces el reproche nos parecería ininteligible, porque estaría reaccionando con un reproche frente a algo (el caer enfermo) que sencillamente no encaja o no corresponde a esa clase de reacción.

Esta relación entre atribuibilidad de un hecho a una persona y susceptibilidad a reacciones morales dirigidas a esa persona en virtud de ese hecho es la que da fundamento a mi tesis sobre el derecho a la no colaboración con la persecución penal de una persona con la que se está unido por una relación personal significativa.

De acuerdo con el argumento de la lealtad, el derecho a la no colaboración se asienta centralmente en: 1) el reconocimiento de que al menos algunas relaciones personales estrechas –esto es, relaciones personales que generan compromisos de lealtad– son valiosas, y 2) la idea de que ese valor brinda razones para proteger esas relaciones y fomentar su desarrollo. El derecho a no colaborar presupone, en efecto, que, si tenemos una razón para proteger una relación personal estrecha y cierto hecho socavaría esa relación si tuviera lugar, entonces tenemos una razón que apunta en contra de ese hecho; en particular, tenemos una razón para no exigir a otro que realice o haga verdadero ese hecho.

Una relación personal puede verse socavada de muchas maneras, y la pretensión de un derecho a no colaborar parece requerir una distinción en este aspecto. Una relación personal puede verse socavada de modo *exógeno*, por la aparición de un obstáculo que impida o dificulte el contacto entre los miembros de la relación (en el caso extremo, la muerte de alguno de ellos). A su vez, la relación puede verse afectada de modo *endógeno*, no por la intervención de un obstáculo, sino por rasgos propios de las actitudes y el comportamiento recíprocos de los involucrados, que son constitutivos de esa relación (típicamente, la adopción de actitudes y la realización de conductas contrarias al compromiso de lealtad propio de la relación).

El derecho de los miembros de una relación personal como la parental a que no se los obligue a colaborar en la persecución penal de los otros miembros de la relación presupone una diferencia de peso o importancia entre uno y otro modo de afectación de la relación. Más específicamente, el derecho postulado presupone que hay algo distintivamente más serio en afectar una relación de manera endógena –en especial, obligando a sus miembros a adoptar comportamientos desleales– que en afectarla de manera exógena mediante la imposición de obstáculos. En efecto, el de-

recho a la no colaboración presupone que la pretensión punitiva del Estado no es lo suficientemente valiosa como para justificar la afectación de la relación personal que la colaboración implicaría. Sin embargo, esa misma pretensión punitiva estatal sí es lo suficientemente valiosa como para justificar afectaciones severas del mismo tipo de relaciones personales cuando estas se derivan, por ejemplo, de los obstáculos que crea la imposición del castigo penal; por ejemplo, impidiendo que los hijos convivan con sus padres cuando el castigo consiste en alguna forma de encierro o confinamiento. En otras palabras, el valor de la relación parental que daría fundamento a un derecho fuerte a no colaborar con la persecución penal de los padres en virtud de que esa colaboración resentiría la relación con ellos, no da, sin embargo, un derecho igualmente fuerte a que el Estado no castigue (merecidamente) a los padres cuando la sanción resienta de modo equivalente la relación con ellos.

Si este contraste ha de mantenerse –pues parece poco probable que alguien objete que el Estado obstaculice, con la imposición de una pena, una relación parental cuando sea necesario para cumplir con el objetivo de aplicar un castigo merecido, mientras que no sería permisible obligar a los miembros de la relación a colaborar en la persecución penal de los otros miembros aun cuando eso fuese necesario–, entonces se debe defender la asimetría entre los modos exógenos y endógenos de afectación de una relación personal.

Afortunadamente, no es necesario defender aquí esa asimetría.¹⁶ Bastará con identificar las condiciones en las que tiene lu-

16 No es necesario defenderla, creo, por las siguientes razones: lo que está en discusión es la existencia y alcance de un derecho fuerte a no colaborar que se agrega al derecho menos fuerte a que nuestras relaciones personales intensas (como las familiares más estrechas) no sean obstaculizadas o frustradas por otros. Nadie duda, en esta discusión, de la existencia de este último derecho menos fuerte, ni de que, como ocurre con otros derechos relacionados con aspectos de la vida privada, si este se interpone en el camino de una persecución penal legítima dirigida a aplicar castigo por la comisión de un delito importante, el derecho cede en la medida en que sea necesario para

gar una afectación endógena; en particular, las condiciones en las que el comportamiento desleal de los miembros de una relación personal significativa es capaz de socavar esa relación.

En general, tener una relación personal fuerte con otra persona *implica* estar vinculado a ella mediante una red de disposiciones recíprocas a actuar de determinada manera: hacer ciertas cosas y abstenerse de hacer otras, sentir ciertas emociones y no sentir otras, ponderar de forma particular los intereses del otro y la perduración del vínculo, etc. Resulta difícil caracterizar de un modo general cuáles pueden ser esas formas de actuar, de sentir o de ponderar los intereses del otro. Sin embargo, lo siguiente parece seguro: cuando algo representa sin ambigüedad una forma de maltrato hacia el otro, favorecerlo constituye ciertamente un comportamiento contrario a las disposiciones que implica una relación personal con ese otro. En la medida en que los miembros de una relación estén dispuestos a adoptar comportamientos de ese tipo, la relación se tornará más y más débil. En otras palabras, si la existencia de una relación personal fuerte entre dos personas ha de medirse, como propongo, en términos del comportamiento recíproco, la adopción por parte de ellas de un comportamiento precisamente contrario a la relación, o simplemente desleal,

la realización apropiada de la pretensión de aplicación de castigo. Como sostengo en el texto, lo único que puede dar un fundamento razonable a la existencia de un derecho más fuerte a no colaborar que se suma al derecho menos fuerte a la protección de las relaciones personales valiosas es una diferencia de importancia entre los modos endógenos o exógenos de afectación de una relación. Luego, si uno creyera que esta diferencia no captura algo de importancia moral, entonces no podría sostener que existe un derecho distinto (más fuerte) a no colaborar además del menos fuerte a la protección de las relaciones personales valiosas. Yo quiero conceder aquí que existe el derecho más fuerte a no colaborar y, por lo tanto, que la diferencia sobre la que debe asentarse es moralmente importante, pues mi objetivo no es defender la existencia de ese derecho, sino entender con alguna precisión qué se sigue de la existencia de ese derecho y por qué. Quien quisiera defenderla debería defender la idea de que la diferencia entre los modos endógenos y exógenos de afectar una relación personal tiene la importancia indicada para dar fundamento a la distinción entre las dos clases de derechos.

implicará cierta limitación, debilidad o estrechez de la relación. Cuanto menos leal sea el comportamiento, más débil será la relación. Y en el otro extremo, cuando entre dos personas no existe *ninguna* disposición que pueda contar como un compromiso de lealtad, no es posible decir que entre ellas haya una relación personal fuerte.

El comportamiento desleal en una relación existente no sólo socava la relación en ese sentido sino que puede tener un impacto aún mayor. Pues, en efecto, cuando las relaciones son recíprocas, la acción contraria al vínculo de uno de los miembros da razones al otro para adoptar alguna forma de reacción moral negativa (como el reproche o el resentimiento), que es, ella misma, contraria al vínculo. La dinámica de las relaciones personales puede, así, potenciar el carácter debilitador del comportamiento desleal.

El comportamiento de un miembro de una relación personal fuerte puede ser desleal o contrario al vínculo en parte en virtud de su capacidad para desencadenar consecuencias que cuentan, por sí mismas, como obstáculos exógenos. Normalmente (esto es, a excepción de escenarios de eutanasia u otros semejantes), atender contra la vida de un correlato de una relación personal fuerte cuenta como un comportamiento opuesto a los compromisos propios de una relación generadora de lealtad. Nótese, sin embargo, que el hecho de que cause la muerte no es necesario ni suficiente para convertir esa acción en un caso de comportamiento contrario al vínculo. Supóngase, por ejemplo, que *A*, necesitado de un trasplante, recibe un órgano de su padre *B* con tal suerte que el órgano de *B* desencadena una reacción en el cuerpo de *A* que termina provocando su muerte. A pesar de la muerte del hijo *A*, la acción de *B* no necesariamente es contraria al vínculo en el sentido aquí analizado. La acción, ciertamente, no sería contraria al vínculo si fuera el resultado de la intervención de otros que forzaron a *B* a dar su órgano en contra de su voluntad. Y no lo sería porque, en esas condiciones, no evidenciaría una limitación o estrechamiento del alcance de la relación, ni daría por ello razones a los otros miembros de la relación (a *A*, si sobreviviera, por ejemplo) para adoptar reacciones morales negativas en virtud de esa acción. En pocas palabras, para que una acción sea contraria

al vínculo debe ser la expresión de actitudes o disposiciones contrarias a ese vínculo. Si una acción o evento relacionado con un miembro de la relación impacta negativamente sobre el vínculo pero no es expresión de actitudes o disposiciones contrarias a este, entonces no será capaz de cuestionar la relación. En ese sentido, no constituye un factor de debilitamiento endógeno, aun cuando pueda estar de algún modo asociado a un factor exógeno que obstaculiza o destruye la relación (como, por ejemplo, la acción de *B*, *causalmente* asociada con la muerte de *A*).

Estas observaciones acerca de la moralidad de las relaciones personales fuertes permiten extraer algunas conclusiones sólidas sobre los derechos en juego en los casos de obtención de material genético de hijos para llevar a cabo pruebas de identidad que favorecen la persecución penal de sus padres adoptivos.

La persecución penal en general y la persecución penal por los delitos de apropiación de niños y sustitución de su identidad en particular pueden afectar –en sentido exógeno– la relación parental entre los perseguidos penalmente y sus hijos. Como esa relación es valiosa, la persecución penal debe avanzar con especial cautela. Por ejemplo, si la prueba de la identidad pudiera implicar un embate contra la relación parental entre hijos y acusados, quizá debería someterse su realización a un escrutinio previo muy estricto, semejante al previsto para los registros domiciliarios: esto es, una evaluación judicial razonada de la pertinencia de la medida y de la probabilidad de que cumpla con la pretensión probatoria de la parte que la propone.

Si esas condiciones están dadas, la prueba de la identidad estará justificada a pesar de que pudiera contribuir a un debilitamiento de la relación parental existente. Pero aun en esas condiciones, en las que está justificado obtener material genético para llevar adelante la prueba de la identidad, los hijos retienen el derecho a no colaborar con la persecución penal de sus padres. En otras palabras, el permiso para afectar exógenamente la relación personal existente que se deriva del objetivo de la imposición de castigo no se extiende a aquello que afectaría la relación de modo endógeno. El perseguidor penal podría invitar a los hijos a colaborar, aportando el material genético necesario para la prueba de

la identidad.¹⁷ Sin embargo, si los hijos ejercieran su derecho y se negaran a colaborar –como probablemente deberían negarse si estuvieran genuinamente ligados a los acusados por una relación personal sólida–, sería impermisible exigirles su colaboración. En este contexto, para los hijos, “colaborar” implicaría hacer aquello que daría razones a los otros miembros de la relación para adoptar actitudes morales reactivas inconsistentes con una relación de esa naturaleza. Y para que algo satisfaga esa condición tiene que ser algo de lo que el hijo es responsable –esto es, algo que le es atribuible en tanto que persona–, pues de otro modo no tendría sentido que se lo tomara como base de una reacción moral.

La delimitación precisa entre aquello por lo que somos responsables y aquello por lo cual ya no lo somos es una tarea difícil que, afortunadamente, tampoco es necesario encarar aquí.¹⁸ Dados mis objetivos en este trabajo, será suficiente sostener la tesis nada ambiciosa de que no somos responsables por tener la configuración genética que en efecto tenemos, ni por el hecho de que a partir de rastros de nuestro cuerpo –una gota de sangre, un resto de mucosa o piel, un bulbo capilar– se pueda determinar nuestra configuración genética. Finalmente –y esta también es una tesis difícilmente discutible–, no somos responsables por aquello que padecemos, por aquello que, por ejemplo, otros nos hacen: acciones o eventos de los que sólo somos víctimas u objetos.

17 Nótese que, en el caso de la prueba testimonial, algunas legislaciones procesales prohíben incluso esta invitación, al prohibir llanamente los testimonios de los hijos. Esta mayor amplitud de la prohibición –que incluye la invitación a colaborar si así lo desea el hijo– está fundada en consideraciones pragmáticas (p. ej., la observación de que una regla más estrecha, que permitiera la invitación, daría lugar a demasiados casos en los que se obtendría un testimonio forzado enmascarado en una invitación sólo aparente). Bien podría ser verdad que estas consideraciones sean aplicables a los casos de prueba no testimonial, como la obtención de material genético. Nada de lo que digo en el texto niega esta posibilidad.

18 Cfr., por ejemplo, Joseph Raz, “When We Are Ourselves”, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 5-21.

Esta observación acerca de lo que con seguridad no somos responsables –nuestra configuración genética y las cosas que otros nos hacen sin nuestra intervención activa–, junto con el fundamento del derecho a no colaborar, es suficiente para concluir que la obtención de material genético de los hijos para contribuir a la persecución penal de los padres no tiene por qué interferir con el derecho a no colaborar de los hijos. En efecto, si el perseguidor penal obtiene muestras genéticas sin la participación activa de los hijos –por ejemplo, mediante una detención momentánea y una punción digital, o mediante un registro domiciliario y el secuestro de objetos personales que puedan contar con rastros físicos apropiados– y esas muestras producen evidencia incriminatoria, no habría fundamento posible para un debilitamiento endógeno de la relación parental entre los acusados y sus hijos, pues la única conexión entre estos últimos y el castigo de sus padres por la comisión de los delitos de sustracción y sustitución de identidad sería una conexión física: rastros de sus cuerpos, obtenidos e incorporados al proceso penal mediante la acción de otros, son usados por los tribunales de derecho para condenar penalmente a los padres. No hay un sentido reconocible en que pueda afirmarse que esa conexión puramente física cuenta como una deslealtad o un comportamiento que manifieste actitudes o disposiciones contrarias a la relación parental.

Si mi argumento hasta aquí es correcto, la extracción compulsiva de material genético de los hijos para la prueba de la identidad en los casos de persecución penal por los delitos de sustracción de niños y sustitución de su identidad cometidos por la última dictadura, o bajo el amparo de ella, no es capaz de violar el derecho a no colaborar que los hijos, en efecto, pueden esgrimir.

Mi argumento no niega la posibilidad de que la prueba de la identidad pueda interferir con un derecho más general, y menos fuerte, a la protección de las relaciones personales respecto de los embates que pudieran menoscabarlo de cualquier modo. Una interferencia de esa clase estaría justificada, sin embargo, si fuera necesaria para la satisfacción del objetivo de la imposición de un castigo legítimo.

A continuación, evalúo la segunda clase de argumentos con los que se ha defendido la pretensión de no colaboración, que postulan, precisamente, que la prueba de la identidad no es pertinente en los procesos penales en juego en estos casos.

PERTINENCIA

El tipo de argumento que enfatiza el carácter impertinente de la prueba de la identidad (y que llamaré aquí “argumento de la pertinencia”) resulta de la conjunción de dos ideas. La primera es que la adopción de una medida de prueba de esta clase en un proceso penal se justifica sólo si es necesaria para la verificación o falsación de la acusación. Y la segunda es la observación de que, para asegurar una condena por un atentado contra la identidad en el derecho penal argentino –en particular, una condena por los delitos centrales de los artículos 138 a 139 bis del Código Penal–, la acusación necesita demostrar que los acusados dieron a un niño una identidad distinta de la que le correspondía. De acuerdo con esta observación, no es necesario determinar cuál era la identidad que en efecto le correspondía al niño si es posible demostrar, independientemente, que la que los acusados le dieron *no* era la que le correspondía. Por ejemplo, si la acusación mostrara que los acusados simulaban un parto y registraron al niño como hijo biológico cuando no lo era, eso sería ya suficiente para dictar una condena por un delito contra la identidad. La prueba de la identidad anterior del niño sería innecesaria y, de acuerdo con la primera idea del argumento de pertinencia, injustificada. De la misma manera, la obtención de la prueba de la identidad no estaría justificada si la acusación mostrara que los acusados fingieron haber recibido al niño de una familia que lo entregó voluntariamente y que obtuvieron, mediante ese engaño, una adopción por lo demás legal, cuando en realidad el niño no tenía una relación con esa familia sino que lo habían sustraído a quien lo había dado a luz en un centro clandestino de detención. La información acerca de la identidad de la madre biológica no

sería necesaria ante la evidencia de que el niño efectivamente fue sustraído de un centro clandestino de detención.¹⁹

Hay dos respuestas posibles al argumento de la pertinencia que quiero mencionar, aunque no voy a desarrollar aquí. La primera subraya el carácter contingente del argumento. Las cosas pueden darse de tal forma que, en un proceso particular, el modo más conveniente, o incluso el único disponible, para probar la sustitución de la identidad sea, sin embargo, la prueba de la identidad anterior del niño. En ese caso, sí estaría justificado obtenerla incluso de acuerdo con el argumento de la pertinencia.

La fuerza del argumento de la pertinencia depende, entonces, de la frecuencia con que se dan casos de sustitución de identidad en los que el modo disponible óptimo para demostrar la acusación no incluye la prueba de la identidad original del niño.

La segunda respuesta concede que la prueba de la identidad bien podría ser innecesaria en relación con el objetivo de imposición del castigo, pero postula la existencia de *otros* objetivos lo suficientemente valiosos como para justificar la interferencia con el derecho a no colaborar. Un ejemplo prominente es el del deber estatal de satisfacer un derecho a la verdad.²⁰

No obstante, no son esas las respuestas que deseo desarrollar aquí. Por el contrario, pretendo defender la tesis de que el argumento de la pertinencia es erróneo, pues la prueba de la identidad anterior del niño en un procedimiento penal por sustitución

19 El argumento de la pertinencia puede apreciarse en los consid. 13 y 14 del voto del juez Boggiano en “Vázquez Ferrá”, donde sostuvo: “Ningún dato relevante se aportaría con la investigación acerca de si la nombrada es o no nieta de la querellante, puesto que de las pruebas hasta ahora reunidas se desprende que no es hija de los procesados y esta circunstancia es suficiente para comprobar la infracción criminal que se examina [...] la extracción de sangre no guarda nexo con la comprobación del delito que motiva el proceso, el que se configuraría cualquiera fuese la filiación de Evelin Karina Vázquez Ferrá”. También, en el consid. 11 del voto de los jueces Belluscio y López en “Vázquez Ferrá”.

20 Véanse, por ejemplo, los votos del juez Maqueda en “Vázquez Ferrá” y “Prieto” y el voto de la jueza Highton de Nolasco en “Prieto”.

de la identidad es *siempre* pertinente. Negar esto –sostengo– obliga a comprometerse con un formalismo inadecuado.

El argumento de la pertinencia se funda en una característica común de las reglas que criminalizan conductas. Esas reglas definen clases generales de conducta, típicamente identificando las condiciones que harían de cualquier acción particular una violación de un derecho de cierto tipo. Por ejemplo, la regla que criminaliza el homicidio define esta conducta como la de matar a otra persona. Toda acción particular que satisfaga una definición general como esa tendrá también otros rasgos distintos en virtud de los cuales la acción concordará con la definición. Así, toda acción particular que cumpla con la definición de homicidio –esto es, la de matar a otra persona– tendrá muchos otros rasgos además de aquellos que remitan específicamente a matar a otra persona: por ejemplo, podría ser verdad que tuvo lugar durante un domingo nublado, que al acusado le tembló la mano al tirar del gatillo, que la víctima murió instantáneamente y no dejó descendencia, etc. Todos estos rasgos, sin embargo, son irrelevantes si lo único que importa es predicar que la acción constituye un homicidio. Variaciones en esos otros rasgos no alterarían esa conclusión.

El argumento de la pertinencia, como dije, se apoya en esa característica de las reglas de criminalización, y como esa característica no es exclusiva de las reglas que criminalizan los atentados a la identidad en el derecho penal argentino, el argumento excede los casos de sustitución de la identidad y es, en efecto, muy general. Véaselo en el contexto de un proceso por el delito de homicidio. Supóngase que está en duda la identidad de la víctima: es seguro que el acusado mató a otra persona, pero no se sabe si ese otro fue *A* o si, en cambio, fue *B*. Como el delito de homicidio consiste en matar a otra persona, sin que importe cuál sea la identidad de esa otra persona cuya vida el homicida extingue –la acción no es más o menos un homicidio si la víctima es una u otra persona–, y por hipótesis la acusación ha mostrado que el acusado ha matado a una persona, la prueba dirigida a identificar quién era esa persona sería impertinente y, por lo tanto, de acuerdo con el argumento de la pertinencia, no estaría justificado producirla.

El argumento de la pertinencia es incorrecto en el caso del homicidio y por la misma razón lo es en el caso de la sustitución de identidad: cuando el delito por el cual se lleva a cabo un proceso penal consiste en la violación de un derecho individual, la identificación del titular del derecho violado es siempre un dato pertinente.

Mi respuesta, entonces, al argumento de la pertinencia tiene dos partes. La primera asegura la analogía entre el valor de la prueba de la identidad en el ejemplo del homicidio de *A o B*, por un lado, y en los casos de sustracción y sustitución de la identidad de niños durante la última dictadura, por el otro. La segunda parte defiende la tesis más general de que la identificación del titular del derecho violado es siempre información relevante en el proceso por el cual se intenta imponer castigo por la violación a ese derecho.

La primera parte de mi respuesta es una interpretación de las reglas que criminalizan los atentados contra la identidad de las personas, como las reglas de los artículos 138 a 139 bis del Código Penal argentino. La interpretación que ofrezco es la siguiente: lo que el derecho criminaliza con reglas de esa clase es centralmente el comportamiento de aquel que quiebra una relación familiar existente o impide que se establezca una. Las relaciones familiares ligan o vinculan personas (las parentales, padres con hijos; las fraternales, hermanos; las matrimoniales, cónyuges, etc.) y son singularmente valiosas, de un modo especialmente difícil de articular pero muy fácil de reconocer. Y ese valor singular, claro está, alcanza a todos los miembros de la relación familiar –esto es, a todas las personas implicadas en la relación familiar–. Quien rompe una relación familiar, como lo hace el autor de un atentado contra la identidad, destruye o frustra el valor de la relación familiar, afectando de ese modo, de igual forma, a todas las personas que la relación familiar vinculaba o habría vinculado. Es así que sostengo que quien desempeña el papel del hijo en un proceso por sustitución de la identidad no es más o menos víctima del delito por el cual se lleva adelante el proceso que los otros miembros de su familia legítima. De ahí que concluya que la prueba dirigida a identificar a las personas que son familiares biológicos de la persona cuya identidad ha sido sustituida es equivalente a la prueba dirigida a determinar si la víctima del homicidio de mi ejemplo fue *A o B*.

El partidario del argumento de la pertinencia podría insistir en que la identificación de las víctimas del delito de sustitución de identidad –esto es, la identificación de los miembros de la relación familiar frustrada por el atentado contra la identidad– no es pertinente como no lo sería la identificación de la víctima en mi ejemplo del homicidio. En particular, si la disyunción “*A o B*” ya asegura las condiciones de la condena bajo la regla legal aplicable (esto es, la que criminaliza el homicidio como matar a otro), entonces la producción de la prueba sobre la identidad de la víctima sería impertinente (lo que implica que no hay razón que justifique el costo, cualquiera que este sea, de obtener la evidencia). La segunda parte de mi respuesta al argumento de la pertinencia muestra por qué esta posición es indebidamente formalista.

La importancia de la identificación de la víctima se deriva de la justificación de la condenación penal. Al condenar penalmente al responsable de una violación de derechos de otra persona reafirmamos los derechos que han sido violados. Identificar a las víctimas del delito por el cual condenamos a alguien es una parte de la tarea de identificación del derecho que reafirmamos al condenar y, por lo tanto, también parte de la tarea de asegurar que las condiciones que justifican la condenación penal están dadas en el caso. Por supuesto, uno puede concebir el derecho penal de otro modo; en particular, de manera que la idea de violación de derechos individuales no juegue un papel central en la justificación de la imposición de castigo. Pero, al no concebir el derecho penal como un mecanismo de reafirmación de derechos, perdemos algo muy importante. En este trabajo sólo puedo ofrecer una versión muy esquemática de una concepción del derecho penal en la que la reafirmación de derechos cumple ese papel central.

Castigar a una persona o imponerle una pena demanda una justificación. ¿Qué puede brindar esa justificación? Una respuesta positiva a esa pregunta señala la existencia de razones morales para hacer eso que llamamos “castigo”.²¹

21 Un tratamiento reciente de la cuestión conceptual de qué requiere justificar el castigo puede verse en Mitchell N. Berman,

La acción de castigar en el sentido empleado aquí es una acción expresiva, esto es, una acción que en parte se caracteriza por ser el vehículo para la expresión de una actitud. La actitud cuya expresión caracteriza al castigo combina juicios de reprobación y emociones de polaridad negativa, que habitualmente identificamos como reproche o condenación. El castigo no es, así, cualquier forma de maltrato impuesto por la autoridad de derecho en virtud de alguna violación jurídica, o cualquier mecanismo semejante dirigido a la prevención del delito. El castigo es en esencia, aunque no exclusivamente, una práctica social para la expresión de un reproche o condenación.²² Justificar el castigo implica, por lo tanto, y en parte, justificar esa expresión de condenación.

Ahora bien, ¿qué puede justificar la expresión de una condenación? Una respuesta convincente comienza con una idea básica sobre la noción de *deber*. La creencia de que alguien tiene el deber de hacer algo está estrechamente conectada con el compromiso de condenar a ese alguien por no haber hecho lo que debía hacer—donde *condenar* es aquí generar y expresar adecuadamente la actitud compleja de condenación moral—. Decir genuinamente de *S* que tiene el deber de hacer *a* es comprometerse a condenar a *S* en caso de que no haga *a*. Esta idea básica permite ofrecer una respuesta a la pregunta por la justificación de la expresión de condena. La respuesta es esta: si tenemos razones para imponer o reconocer deberes, tenemos razones para expresar condenación por la violación de esos deberes que imponemos o reconocemos. No es posible reconocer deberes sin comprometerse a expresar condenación por su violación.²³

²² “Punishment and Justificación”, *Ethics* 118, 2008, pp. 258-290.

[“Castigo y justificación”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 8.2, 2008, disponible en <http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2455&id_item_menu=4082>.]

²³ El trabajo analítico seminal en este aspecto es el de Joel Feinberg, “The Expressive Function of Punishment”, *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1970, pp. 95-118.

²⁴ Quien vio más claramente esta conexión entre la noción de deber

Este paso permite reducir la difícil cuestión acerca de la justificación de un castigo a la pregunta mucho más simple sobre las razones para imponer deberes. Esta última es relativamente simple porque: 1) resulta difícil negar que las personas tenemos derechos que debemos reconocer jurídicamente, y 2) existe una conexión necesaria entre el reconocimiento de derechos y el reconocimiento de deberes. La primera idea no necesita defensa. Quien esté dispuesto a negarla llevará la carga de la prueba. La segunda idea es igualmente robusta. En el ejemplo central del uso de la noción de derecho, los derechos están correlacionados con deberes de modo tal que, al decir que *A* tiene derecho a que *B* haga *a*, estamos (en parte) diciendo que *B* tiene el deber de hacer *a*.²⁴

La conclusión de este argumento que acabo de reconstruir esquemáticamente es la siguiente: la imposición de castigo está justificada si, y en la medida en que, al imponerlo expresamos condenación por la violación de un deber correlacionado con, y fundado en, un derecho de otra persona. La razón para reconocer este derecho es a su vez la razón necesaria para condenar, y el castigo es la práctica mediante la cual expresamos esa condenación. Castigamos justificadamente cuando, al hacerlo, reafirmamos en ese sentido un derecho genuino que ha violado aquel a quien castigamos.

Una concepción de la justificación del castigo como la que acabo de reconstruir asigna un papel central a la violación de un derecho. Castigar justificadamente es reafirmar un derecho que ha sido violado. De acuerdo con esta concepción, la información acerca de qué derecho reafirmaría el castigo que se pretende imponer es siempre información relevante. En efecto, esta revela las condiciones precisas en virtud de las cuales la imposición de castigo es apropiada. Una conclusión natural de esta concepción es que el proceso penal debe estar abierto a la producción de evi-

y la justificación del castigo ha sido Igor Primoratz, “Punishment as Language”, *Philosophy* 64, 1989, pp. 187-205.

²⁴ Véase, por ejemplo, Joel Feinberg, “In Defense of Moral Rights: Their Bare Existence”, *Freedom & Fulfillment*, Princeton University Press, Princeton, 1992, pp. 197, 203-205.

dencia que revele cuál ha sido el derecho violado, lo que incluye, naturalmente, la identidad de la persona cuyo derecho se espera que la imposición de castigo reivindique.

Por todo ello, sostengo que el argumento de la pertinencia es incorrecto, porque ignora estas condiciones sustantivas, de las que depende la justificación de la condenación penal. Por el contrario, el partidario de este argumento determina el alcance de la prueba pertinente apelando exclusivamente a la ley penal que define la conducta criminalizada (por ejemplo, la ley que define el homicidio, o la que define el delito de sustitución de identidad), como si esta fuera constitutiva de las condiciones que legitiman una condenación penal. En este sentido, el argumento de la pertinencia es indebida o exageradamente formalista.

En los casos centrales del derecho penal, las condiciones sustantivas de las que depende la justificación de la condenación de una persona no son creadas por la ley penal –la persona es legítimamente condenable si, en efecto, es culpable por una violación de un derecho genuino de otra persona–.²⁵ La sujeción a la ley penal (una ley penal anterior a los hechos juzgados precisa, creada por un órgano legislativo republicano e interpretada estrictamente por los tribunales) sirve a valores distintos de la reafirmación de derechos que justifica la condenación penal –sirve a los valores que rechazan la arbitrariedad en el ejercicio de la coerción estatal–.²⁶ Lo inapropiado del formalismo del argumento de la pertinencia reside en que atribuye a la herramienta legal para la contención de la arbitrariedad estatal –esto es, la ley penal– un papel normativo en la justificación de la imposición de una condenación penal que esta no puede cumplir.

25 Fuera de estos casos centrales de criminalización, la justificación de la criminalización es singularmente difícil. Véase, por ejemplo, Douglas Husak, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 103-119.

26 Sobre el principio de legalidad en el derecho penal argentino, véase Marcelo Ferrante, “Argentina”, en Kevin Jon Heller y Markus D. Dubber (comps.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford University Press, Stanford, 2010, pp. 12-48, 16-18.

Mi argumento ha hecho hincapié en la identificación del titular del derecho violado por la conducta sometida a proceso. Pero lo mismo vale para muchos otros rasgos de las conductas delictivas juzgadas, que son aceptados como pertinentes y que, sin embargo, exceden los elementos de la definición legal de la clase de delito correspondiente. Así, las decisiones judiciales de condena por el delito de homicidio normalmente toman en cuenta, entre muchos otros rasgos, el modo en que el acusado mató a la víctima –por ejemplo, si lo hizo de una manera especialmente agresiva, o causando dolor, o furtivamente, etc.– y las características de la situación de la víctima –si tenía largos años por delante, o si ya estaba en el ocaso de su vida, si otras personas dependían de ella, entre otras–. Estas propiedades no inciden en la conclusión acerca de si la acción condenada fue un homicidio en el sentido legalmente definido, o no lo fue. El carácter brutal o sutil del mecanismo homicida, o la juventud o vejez de la víctima no implican que la acción sea más o menos “matar a otro”. La información acerca de esas propiedades puede ser, sin embargo, pertinente para la decisión de la condena, y puede estar, por lo tanto, justificado producir evidencia para incorporarla al proceso penal correspondiente, si es que contribuye a la formación de un juicio de condenación correcto. Si en efecto contribuye, dependerá de cuál sea la teoría apropiada acerca de aquello de lo que depende la corrección de los juicios de condena.

El argumento que he desarrollado en este apartado demuestra por qué la información acerca de la identidad del titular del derecho violado por la acción delictiva juzgada –esto es, la que está en juego en la discusión sobre la prueba de la identidad– es una parte central de la información relevante para un juicio de condenación penal legítimo.

CONCLUSIÓN

Antes de terminar, quiero subrayar una limitación de los argumentos que he defendido aquí. Mis argumentos lidian con el choque posible entre el valor vinculado con la imposición de cas-

tigo por la comisión de crímenes muy graves que motivan este artículo, por un lado, y el valor de las relaciones personales entre los acusados por la comisión de esos crímenes y sus hijos, por otro. Si mis argumentos son correctos, entonces, la obtención de material genético sin la intervención responsable del hijo en esos procesos no tiene por qué interferir con un derecho del hijo a no colaborar con la persecución penal: la medida no tiene por qué afectar el interés que da fundamento a la pretensión de no colaboración. A su vez, si se admite que el interés en la reafirmación –mediante la aplicación de castigo– del derecho violado por el crimen de sustracción del niño y sustitución de su identidad justificaría cierta afectación del derecho a la protección de la relación parental que une al hijo (víctima) con sus padres adoptivos (acusados), no es posible objetar la obtención de material genético alegando que la prueba de la identidad es en estos casos impertinente: esta alegación, sostengo, implica un formalismo inadecuado.

Estos argumentos no postulan nada más allá del conflicto entre estos dos valores –el relacionado con la aplicación de castigo, por un lado, y el vinculado a las relaciones parentales, por otro–, en la medida en que ellos pueden entrar en conflicto alrededor de la obtención de material genético para la realización de la prueba de la identidad en los procesos que motivan este trabajo. En especial, los argumentos dirigidos a resolver esta tensión nada implican acerca de la *forma* en que ha de usarse la información producida por la prueba de la identidad. Por ejemplo, al votar en el caso “Prieto”, los jueces Lorenzetti y Zaffaroni hicieron especial hincapié en que el uso de la información de la prueba de la identidad debería ser sensible a consideraciones acerca de la justicia de la distribución de “las consecuencias emocionales y jurídicas del establecimiento de una nueva identidad formal o jurídica”.²⁷ En los casos en que el hijo esgrima su derecho a no colaborar con la persecución penal de sus padres adoptivos y su deseo de no establecer una relación con su familia original, esas consideraciones bien podrían exigir un uso estrictamente restringido de la infor-

27 CSJN, “Prieto”, consid. 19, *supra* n. 7.

mación derivada de la prueba de la identidad –que asegure, por ejemplo, que la información sea sólo revelada a los miembros de la familia originaria, quienes así podrían ver vindicados sus derechos violados por el delito, en la medida en que el castigo puede lograr esa vindicación–, sin que ello frustre el interés del hijo en no alterar su identidad actual.²⁸ Nada hay en mis argumentos que niegue el valor de esta clase de consideraciones.

28 En su voto en “Prieto”, Lorenzetti y Zaffaroni van más allá y sostienen que, en esos casos, la prueba de la identidad debe ser totalmente excluida del proceso penal. Creo que las consideraciones relacionadas con la justicia en la distribución de los costos emocionales del establecimiento de una nueva identidad no da fundamento suficiente para llegar tan lejos. Pero esa cuestión puede quedar aquí de lado.

Sobre los autores

Lorena Balardini es licenciada en Sociología por la Universidad de Buenos Aires (UBA) y candidata a magíster en Investigación en Ciencias Sociales. Desde 2007 se desempeña como investigadora en el CELS, coordinando proyectos y diseñando bases de datos sobre diversas temáticas; entre ellas, el proceso de justicia por crímenes de lesa humanidad en la Argentina, Chile y Perú. Es asesora académica de la Universidad de Butler (EE.UU.) en la Argentina. Actualmente integra un proyecto de investigación con sede en el Instituto Ambrosio Gioja, de la Facultad de Derecho de la UBA, donde ejerce el cargo de auxiliar docente de Metodología de la Investigación Social.

Pilar Calveiro es doctora en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), profesora investigadora de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP) y miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Ha publicado numerosos artículos en revistas nacionales y extranjeras y es coautora de libros que han sido traducidos a diferentes idiomas. Entre sus trabajos se destacan *Poder y desaparición* (Colihue, 1998), *Política y/o violencia* (Norma, 2005), *Familia y poder* (Libros de la Araucaria, 2005), *Redes familiares de sumisión y resistencia* (UCM, 2003).

Marcelo Ferrante es abogado por la UBA, y *master in laws* (2001) y *doctor of the science of law* (2005) por la Universidad de Yale. Se desempeñó como abogado penal y como funcionario judicial. En la función pública, se destaca su paso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), como letrado del juez

Enrique S. Petracchi. Es profesor investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT) y director de las carreras de Maestría y Especialización en Derecho Penal de esa casa de estudios. Sus principales áreas de investigación y docencia son el Derecho Penal y la Filosofía del Derecho. Es editor de la *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* y miembro del comité académico de la *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Entre sus publicaciones más recientes se destacan los artículos “Causation in Criminal Responsibility” (*New Criminal Law Review* 11, n° 3, 2008) y “Recasting the Problem of Resultant Luck” (*Legal Theory* 15, n° 4, 2009).

Leonardo Filippini es abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), máster en Derecho por la Universidad de Palermo (UP) y LL.M. por la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale. Es profesor de grado y posgrado en la UP y en la UBA, e investigador del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Se ha desempeñado como relator letrado en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, coordinador del Área de Reforma Institucional del CELS, y como asesor legal del procurador penitenciario de la nación. En las áreas de su especialidad, fue consultor para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y distintas organizaciones no gubernamentales. Publicó numerosos artículos en revistas especializadas, es coautor de *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional* (Ad-Hoc, 2008) y dirigió la investigación “El Estado frente a la Protesta Social” (Siglo XXI, 2003).

Fabrizio Guariglia es abogado por la Facultad de Derecho de la UBA y realizó estudios de doctorado en la Universidad de Münster (RFA) con una beca del Servicio de Intercambio Académico alemán. Como asesor de la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Argentina, participó desde 1996 en el proceso de negociación del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Es *legal officer* en la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) e integró el equipo de fiscales que llevó adelante el caso “Prosecutor v. Kordic and Cerkez”. Con

posterioridad, fue nombrado abogado de apelaciones de la Fiscalía del TPIY. Fue académico visitante (*visiting fellow*) en la London School of Economics, profesor adjunto regular de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la UBA (en uso de licencia) y docente invitado de la Universidad de Münster, y es profesor visitante en la UTDT. Ha dictado cursos y conferencias sobre derecho penal internacional, derecho penal comparado y derechos humanos en las universidades de Leiden (Países Bajos), Nottingham (Reino Unido), Frei Universität Berlin (Alemania), London School of Economics (Reino Unido) y Galway (Irlanda), entre otras. Se desempeña como fiscal principal auxiliar ante la Sala de Apelaciones (*senior appeals counsel*) de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Ha sido consultor ad hoc del International Centre for Transitional Justice (ICTJ), la Open Society Justice Initiative y Amnistía Internacional, en cuestiones de persecución penal de crímenes internacionales, entre otros temas de justicia internacional.

Diego R. Morales es abogado, director del área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del CELS. Hasta 2010 se desempeñó como director del área de Litigio y Defensa Legal de esa institución. Realizó estudios de posgrado en la Universidad de Chile y es docente de la Universidad Nacional de Lanús y de la Facultad de Derecho de la UBA. Además, es profesor invitado de la Universidad Santo Tomás de Aquino, de Colombia.

Ana Oberlin es abogada por la Universidad Nacional del Litoral y maestranda en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de La Plata. Representa a víctimas de terrorismo de Estado en procesos por delitos de lesa humanidad en diferentes jurisdicciones del país e integra el equipo jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo (Rosario).

Laura Sobredo es médica, especialista en Psiquiatría, por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Es psicoanalista, docente del Departamento de Salud Mental de la Facultad de Medicina de la UBA. Se desempeña como integrante del equipo de salud

mental del CELS en la asistencia a las víctimas de tortura y como especialista en asuntos psicosociales en diversos proyectos de la institución.

Jorge Taiana es licenciado en Sociología por la UBA y realizó estudios de posgrado en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Ha desarrollado trabajos de investigación con el apoyo del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la Argentina (CONICET) y ha ejercido la docencia en la UBA, en la Universidad Nacional de Quilmes y otras casas de altos estudios. Es miembro del Consejo Argentino de Relaciones Internacionales (CARI) y directivo del Consejo Profesional de Sociología de la Argentina. Se desempeñó como subsecretario de Política Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, fue designado embajador en la República de Guatemala, y secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA en Washington DC (1996-2001). En 2003 fue designado secretario de Relaciones Exteriores del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio y Culto de la República Argentina, ejerció el cargo de ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, con responsabilidad sobre las relaciones políticas y las negociaciones económicas de la Argentina a nivel internacional (2005-2010), y en 2010 fue designado representante especial para el Fortalecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Actualmente, es director general del Centro Internacional de Estudios Políticos de la Universidad Nacional General San Martín (UNSAM).

Carolina Varsky es abogada por la UBA. Cursa la maestría en Ciencia Política del Instituto de Altos Estudios Sociales (IDAES) de la Universidad Nacional de General San Martín. Fue directora del programa Memoria y Lucha contra la Impunidad del Terrorismo de Estado del CELS y actualmente es directora del área Litigio y Defensa Legal de la institución. Ejerció la docencia en Derechos Humanos y Garantías y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA y de Derecho a la Información en

la Facultad de Ciencias de la Comunicación de la misma institución. Es autora de diversos artículos publicados en libros y revistas especializados.