

#### MODULO IV

### DESAFÍOS ACTUALES EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS

#### Universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural

Como ya señalamos, una de las características fundamentales de los Derechos Humanos es la **universalidad**, entendida, tanto desde un punto de vista conceptual: Cuando hablamos de un derecho determinado todos entendemos lo mismo, tanto en su definición como en su contenido; como desde un punto de vista de vigencia territorial: El derecho de que se trate rige en todos los Estados, es decir, en todo el territorio del mundo, sin distinciones. Por último, por tales contenidos y ámbito espacial, este carácter hace al fortalecimiento de la vigencia y efectividad de los Derechos Humanos, las que se ven menguadas por interpretaciones diversas o vigencias territorialmente limitadas. Pero además, como ya lo señalamos, este criterio de universalidad se pretende plasmar, a partir de la generalización de un enfoque de los mismos, de claro origen occidental y cristiano.

Frente a este carácter de universalidad de los Derechos Humanos, nos encontramos con la realidad de la **diversidad cultural**, entendida tanto como diversidad política, diversidad jurídica, diversidad religiosa, diversidad lingüística, diversidad histórica, diversidad étnica, etc. que inciden efectivamente en la instrumentación práctica de esta característica, por un lado, y que por otro, aparecen como un factor de legítima resistencia, de finalidades hegemónicas, las que, desde este punto de vista, al menos, aparecen como cuestionables

La alternativa que el sistema de derechos humanos ha adoptado en relación a esta cuestión, sin solucionarla definitivamente, conforme lo desarrollaremos después, es el **reconocimiento de las minorías**. Este reconocimiento, surge normativamente consagrado, por ejemplo, en el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y dentro de nuestro texto constitucional, si le damos a éste un carácter interpretativo extensivo por analogía, vinculándolo con el anterior, en el art. 75 inc. 17, referido a las comunidades indígenas.

En principio, el **reconocimiento de las minorías parte de la existencia de una cultura hegemónica o dominante**, a la cual se opone, o al menos, con la cual disiente. Ello surge claramente de la propia definición que formula el art. 27 citado: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísti-

cas...." Lo que claramente indica que "existen" "mayorías" de etnia, religión o lengua. Por otra parte, el reconocimiento de las mismas y sus derechos corresponden al propio Estado sostenedor de la cultura hegemónica o mayoritaria, así el mismo art. 27 dice: "no se le negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros del grupo, a tener su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma". Esto genera ingentes dificultades ya que, históricamente, esa cultura ahora mayoritaria y hegemónica, logra tal carácter por la destrucción de otra que, como consecuencia de ello, pasa a ser minoritaria, pero que, en la etapa anterior era la mayoritaria y dominante. Esta situación es típica de Latino América, por ejemplo, ya que antes de la conquista los pueblos indígenas dominaban culturalmente, y luego como consecuencia de ésta y de las políticas de las repúblicas independientes (recuérdense aquí las precisas palabras con que Simón Bolívar definió el contradictorio rol emancipador de los "criollos") devinieron en minoritarias, lo que, seguramente, es una de las poderosas razones por las cuales su reconocimiento constitucional en la Argentina ha sido tan tardío (1994). Y ello sumado al hecho que tal nueva cultura dominante es tributaria del coloniaje previo, como es típico en los países de nuestro continente o del africano, empezando por lo lingüístico. Todo lo cual, ineludiblemente, nos obliga a ingresar en la relación Cultura y Poder, y sus implicancias concretas, en el eventual reconocimiento de las minorías y el ejercicio efectivo de sus derechos.

Pero aún hay más. En una obra reciente ("Du despotisme a la democratie") el jurista tunesino Mahamed Mouaqit analiza la **evolución del pensamiento árabe-musulmán en relación con los Derechos del Hombre**, marcando las divergencias respecto al concepto occidental de los mismos, y por ejemplo indica que, de un modo general, mientras en la concepción occidental ha primado una concepción racional de la dignidad de la persona, basado en el derecho natural, en el mundo árabe-musulmán prima el criterio que reside en Dios el origen y la fundamentación de los Derechos del Hombre y este es el postulado esencial del pensamiento oriental. Así destaca, en la etapa de la descolonización, el pensamiento de Allâl Al Fassi (1910-1974), correspondiente al período del **Estado Nacional Musulmán**, quien señala que el hombre es un ser esencialmente libre, cuyo origen reside en la esencia libre de Dios, del cual dimana el carácter divino de la dignidad y de la libertad humanas y el privilegio de entrar el hombre en el Reino de Dios sobre la Tierra, que determina y funda un orden social, donde el pluralismo y las libertades públicas, en un marco político parlamentario democrático son garantizados. Luego, en los años ochenta, correspondiente a la idea del **Estado Islámico**, con la restauración del modelo califal, desarrolla las ideas del líder islámico tunesino Rashîd Ghannouchî, dominada por una visión global del mundo islámico opuesto al mundo occidental, sobre todo después del jaque al comunismo, el que acentúa una visión islámica e islamista de los derechos del hombre en contraposición de modelos extranjeros, por el cual todos los derechos y libertades del hombre se deducen de la dignidad concedida por Dios al Hombre. El Estado islámico es en efecto un estado natural y puramente ejecutivo porque la potestad de hacer la ley es resorte de Dios, y por consi-

guiente, es independiente del Estado. El pluralismo y el derecho a la diferencia es garantizado en los límites de la unidad de la religión y de la sociedad. Finalmente, en el marco de la idea de la **Nación Islámica**, sintetiza las ideas del marroquí Mohammed Abed Al Jabri, quien plantea la posibilidad de una universalidad de los derechos del hombre y de la democracia, basada en el fundamento filosófico, por el cual, así como en occidente los derechos del hombre se fundan en el estado de naturaleza y el derecho natural, ello mismo en el sistema islámico, puede fundarse en la teoría islámica de la "Fitra", disposición divina del carácter innato en el hombre, a la unidad de su sumisión a un mismo Dios, y a un mismo ideal ético y normativo. Sin perjuicio de lo cual, situaciones vinculadas con la libertad de conciencia y de la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, constituyen problemas filosóficos y culturales, siempre difíciles de resolver. Finalmente, el referido autor desarrolla lo que denomina una **teoría antropológica radical**, siguiendo el pensamiento del tunesino Moncef Marzouki, Presidente de la Liga Tunesina de Derechos del Hombre. Su pensamiento parte de postular la sacralidad de la persona humana, secular y laica, definida a partir de las ciencias sociales, como una verdadera religión secular, sin otro dogma que la dignidad y la sacralidad humanas, de lo cual, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y los instrumentos jurídicos internacionales son su enunciación.

Para profundizar un poco más sobre la cuestión, y reflexionar, transcribo a continuación la definición de derecho islámico: "El Derecho Islámico se denomina "Sharia" término que representa un camino a transitar, y donde se establecen derechos y obligaciones del creyente. Los principios emanados de estos derechos y obligaciones proceden en primera instancia de dos fuentes principales: El Sagrado Corán, libro sagrado de los musulmanes y la Tradición profética, que son hechos concernientes a la vida del Profeta Muhammad." Y advierten: "El derecho islámico debe comprenderse dentro de un contexto islámico...es decir una sociedad donde viven musulmanes, individuos que creen en la omnipotencia Divina, manifestada a los hombres a través de los profetas y los libros sagrados". (Centro Islámico de la República Argentina- Colección Cultura Islámica).

Por otra parte, ciertos autores (Leclercq-17) advierten que, sin embargo, tanto en occidente como en oriente, existe, en el pensamiento sobre los derechos humanos una remisión común al origen divino, tomado como ejemplo para occidente la Declaración de la Independencia de Estados Unidos de 1776, el pensamiento de Santo Tomás de Aquino y el pensamiento de los dominicos y jesuitas españoles de los Siglos XVI y XVII y para oriente el preámbulo de la "Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre", de 1981, por iniciativa del Consejo Islámico.

En primer lugar, este rápido repaso doctrinario, nos permite **confrontar las tensiones (desde lo filosófico, como desde lo político)** que frente a diferencias culturales, plantea una aproximación conceptual universal de los Derechos Humanos, y nos permite preguntarnos: en cuanto resulta legítimo exigir un apartamiento de la propia cultura e historia para alcanzar un fundamento común, y en cuanto, las propias conductas bélicas de occidente (Gue-

rra del Golfo- Invasión a Irak) no culminan siendo causa eficiente de posiciones filosóficas y doctrinas, como las sostenidas por los teóricos del Estado Islámico. Por otra parte, violaciones flagrantes a la integridad física, psíquica y moral de las mujeres, (actos de amputación y esterilización), desigualdades notorias de oportunidades y de trato de éstas, (en el derecho a contraer matrimonio o en las relaciones familiares) o la aplicación de penas degradantes, y límites al ejercicio de la libertad de conciencia, parecen ser hechos que, por su contundencia, no pueden ser vistos con indiferencia por la comunidad internacional. Y finalmente, el rol que le cabe a los propios pueblos Árabe-Musulmanes en la construcción de una alternativa político-institucional que garantice el respeto y el ejercicio de los derechos humanos.

En síntesis, la diversidad cultural constituye una de los desafíos actuales de los derechos humanos, en tanto el logro de la universalidad debe obtenerse en el marco del respeto de dicha diversidad y del ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos.

#### La responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos

Ya hemos señalado, en los Módulos Dos y Tres, la evolución que en el campo del derecho internacional se ha producido, tanto en lo referente a la Responsabilidad Estatal por tal violación, con origen en el sistema convencional, tanto universal como regional, como con respecto a la Responsabilidad Individual por graves violaciones a los Derechos Humanos, a partir de tipificación y sanción de los Crímenes de Guerra, desde la segunda mitad del Siglo XIX.

Ahora nos adentraremos al tratamiento de algunas alternativas a tal responsabilidad, desarrolladas en el ámbito internacional, sus fundamentos y críticas.

Por la iniciativa de representantes de organismos no gubernamentales en el ámbito internacional, se ha insistido en la necesidad de extender la responsabilidad por violación de los derechos humanos, al Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y las organizaciones del interés económico multinacional. Fundamentan ello, en la responsabilidad que, en especial con relación a los países subdesarrollados, le cabe a los mismos por la implementación y control de gestión, de políticas económicas recesivas, de acumulación de capital e inequitativa distribución de la riqueza, generadoras de una creciente pobreza, que, como ya indicamos, es reconocida contemporáneamente como la causa fundamental de violación de los derechos humanos en plenitud, y la causante del creciente deterioro del medio ambiente.

Por iniciativa de los Estados, por su parte, se procura la extensión de responsabilidad por la violación de los Derechos Humanos, a organizaciones armadas no gubernamentales, que actúan hacia el interior de los respectivos Estados, como los denominados Movimientos de Liberación Nacional,

que argumentan, que en determinados momentos pueden tener hasta dominio territorial y poblacional autónomo, en detrimento de la propia autoridad estatal, y comenten violaciones a los derechos humanos, que les deben ser imputados.

En general, la oposición a su consideración como responsables, se fundamenta en el peligro cierto que representan en el debilitamiento de la responsabilidad Estatal frente a la violación, ya sea por acción, por omisión o por adquisición, por una mutua incriminación de los eventuales co-responsables, que restaría operatividad a los sistemas internacionales de protección, diluyendo su efectividad.

Es por ello que, como ya lo expusimos, el desarrollo del sistema ha progresado hacia el perfeccionamiento del sistema de responsabilidad estatal y/o individual, según el tipo de violación cometida.

Por otra parte, cabe analizar la situación particular creada por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar toda forma de Violencia contra la Mujer (o Convención de Belén do Pará) (aprobada por ley 24.632), ya que es el primer ejemplo en que el sistema de protección ingresa en la consideración de una violación que, por su naturaleza, en general, proviene del ámbito privado, consecuencia, en gran medida, de la situación de opresión de género que sufre la mujer, conforme ya lo explicamos en el Módulo anterior, y que es consecuencia del proceso de visualización del problema, llevado adelante por diversas organizaciones no gubernamentales que trabajan a favor de los Derechos de la Mujer, que concluyó plasmado en este tratado del sistema regional de protección. Y la responsabilidad Estatal deriva del no cumplimiento de sus obligaciones de investigación de los hechos y de la sanción de los responsables, y de las medidas adecuadas a los fines de su prevención.

Así, en relación con la aplicación de la Convención en tratamiento, y en especial, referido a los arts. 3, 4 y 7, y respecto a la responsabilidad Estatal, la Comisión Interamericana De Derechos Humanos (Informe 54/01. Caso 12.051. Brasil. Del 16-04-01), ha expresado "Esto significa que aun cuando la conducta no sea originariamente imputable al Estado (por ejemplo porque el agresor es anónimo o no es agente del Estado), un acto de violación puede acarrear responsabilidad estatal "no por el acto mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o responder a ella, conforme lo requiere la Convención" (Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en el Brasil. 1997)" (párr. 20).

Y por otra parte, respecto a la extensión de la responsabilidad, en el mismo caso ha expresado "Dado que la violación contra P. da M. forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo viola la obligación de procesar y condenar sino también la de prevenir estas prácticas degradantes". (párr. 56).

Finalmente, la Comisión Interamericana **funda su competencia** en relación con la aplicación de esta Convención, a partir de su ratificación por el Brasil, y en particular, en lo dispuesto en el art. 12 del referido instrumento, y en general, en su carácter de instrumento convencional del sistema regional de protección. (párr. 28).

### La lucha contra la impunidad

En principio podemos aproximar una **definición de impunidad**, como: la imposibilidad de investigar, individualizar y sancionar, a los presuntos responsables de graves violaciones de los derechos humanos, en forma plena y efectiva. Circunscribimos la misma a tales violaciones, ya que, por lo que ya vimos, las mismas no pueden estar alcanzadas por el instituto de la prescripción, ni de la acción ni de la pena; sus responsables no pueden gozar de los beneficios de la amnistía u otras formas de perdón; y los Estados tienen la obligación de extraditar y/o de someter a juicios en su propio territorio a los presuntos responsables.

O en su caso, podemos adoptar la definición más general ensayada por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en el "**Caso del Tribunal Constitucional**" - **sentencia del 31-01-01**, que dice: "Como lo ha señalado este Tribunal, la Convención Americana garantiza a toda persona el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, recayendo sobre los Estados Partes los deberes de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos. Con base en esta obligación. *El Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, la cual ha sido definida como* "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones a los derechos protegidos por la Convención Americana". (párr. 123, Informe Anual, 2001, T<sup>o</sup> 1, pág. 141).

Si bien estas son las definiciones de impunidad con las cuales trabajaremos el presente capítulo, no desconocemos **que pueden ensayarse otras definiciones** que, relacionadas con los delitos en general, pueden hacer hincapié: en la inoperancia del sistema estatal de prevención y de juzgamiento, en la existencia de grupos o clases beneficiadas por la ausencia de una adecuada persecución penal o, conforme los criterios más conservadores, en la ausencia de sanciones adecuadas o en la existencia de leyes que favorecen el no cumplimiento efectivo de la totalidad de la pena judicialmente impuesta.

La impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos es un **fenómeno de carácter continental**. En la etapa post-dictatorial, iniciada después de la caída de las dictaduras militares que dominaron el continente por más de dos décadas, en la segunda mitad del siglo XX, con las exclusivas excepciones del juzgamiento a las primeras tres juntas militares en la Argentina y el juzgamiento de García Meza en Bolivia, predominó la más abierta y absoluta impunidad. Se pretendía fundar ello en razones de reconciliación y

pacificación nacional, que se contradecían con el carácter de los delitos cometidos, como atroces y aberrantes, su sistematicidad y su masividad, afectando a una parte importante de la población civil, además de los efectos colaterales producidos, como ser, los exilios compulsivos. Ello además, frente a una conducta de las FFAA, reivindicativa de su obrar. Para ello se recurrió a metodologías diversas, desde leyes de autoamnistía, a leyes de caducidad o a reformas constitucionales, que por motivos diversos, que impidieron, el pleno y efectivo, juzgamiento de los responsables o el cumplimiento total de las condenas legalmente impuestas.

El Caso Argentino. La historia reciente de la impunidad de los delitos atroces y aberrantes cometidos durante la última dictadura militar (1976-1983) fue compleja y el tema mantiene, además, absoluta actualidad.

Desde la perspectiva histórica podemos reseñar la situación del modo que sigue: Inicialmente, debemos señalar que, **en plena dictadura militar**, las víctimas de las violaciones a los derechos humanos y sus familiares recurrieron a la justicia en sucesivos habeas corpus, todos los cuales, sistemáticamente, fueron rechazados, ante los informes negativos proporcionados por las fuerzas armadas, lo que motivó, posteriormente, la inclusión del rol del Poder Judicial, en el marco del proceso represivo, en el informe final de la Comisión Nacional sobre Desaparición Forzada de Personas. (Nunca Más, Capítulo III, Ed. Eudeba, 4<sup>a</sup> edición, 1984, págs. 391 y sigtes.).

Después, y sobre todo al finalizar la guerra de Malvinas, comenzaron a formularse denuncias judiciales vinculadas con las personas inhumadas como N.N. en distintos cementerios del país, lo que permitió los primeros reconocimientos de identidad de personas desaparecidas y la forma en que habían sido asesinadas. Como asimismo, causas penales en determinados casos de desaparición forzada de personas.

Efectivizando un compromiso electoral, el presidente Raúl Ricardo Alfonsín, al poco tiempo de hacerse cargo de la función (10-12-1983), por una parte, creó la **Comisión Nacional sobre la Desaparición Forzada de Personas**, (CONADEP), presidida por el escritor Ernesto Sábato, y con la cual los organismos no gubernamentales de derechos humanos colaboraron activamente (a excepción de Madres de Plaza de Mayo) que presentó su informe final en septiembre de 1984. Este informe, además de explicitar la metodología represiva, sistematizó, por primera vez oficialmente, una nómina de personas desaparecidas (inicialmente más de 7.000), de represores, de centros clandestinos de detención y de personas desaparecidas vistas en tales centros. Y asimismo, en su carácter constitucional de Jefe de las FFAA, ordenó el **juzgamiento de las tres primeras juntas militares, por tales hechos, por la justicia militar**. (Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas).

En el año 1984, se reformó el Código de Justicia Militar (ley 23.049), la que estableció una primera instancia castrense y otra civil posterior, (Las Cámaras Federales en lo Criminal y Correccional Federal), pero además fijó

que, los delitos atroces y aberrantes no estaban alcanzados por el beneficio de la Obediencia Debida, (art. 12), producto de una negociación parlamentaria, necesaria para la aprobación de la ley. Asimismo, se dio públicamente un debate en relación con los alcances del concepto de juez natural, en el cual se fijaron tres posiciones: La primera, sostenida por el sector militar que alegaba que, conforme el Código de Justicia Militar vigente al momento de los hechos, este le correspondía al Consejo Supremo de las FFAA., la segunda, sostenida principalmente por el gobierno, que se adoptó finalmente, de que, a los fines de que una sentencia dictada por un órgano administrativo con funciones jurisdiccionales sea constitucionalmente válida, debe prever su revisión por el Poder Judicial Constitucional, y que, conforme la jurisprudencia de la CSJN una modificación de naturaleza procesal y de aplicación inmediata, no afecta el principio en tratamiento. Y finalmente, la sostenida por los organismos de derechos humanos de que debía ser el Poder Judicial el encargado de enjuiciar directamente a los responsables, teniendo en consideración, para ello, la participación activa de las FFAA. en el proceso represivo y la jurisprudencia de la CSJN antes citada. (Este último criterio, exclusión de la competencia de los tribunales militares para el juzgamiento de los responsables de desapariciones forzadas de personas es el adoptado por la Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Desaparición Forzada de Personas, actualmente con jerarquía constitucional). La sanción de la reforma además representó que, las causas iniciadas antes de su sanción, y que tramitaban ante la justicia federal, fueran remitidas al Consejo Supremo de las FFAA., por razones de competencia.

Ante la reticencia de la justicia militar de juzgar efectivamente las responsabilidades penales, conforme el Código de Justicia Militar reformado, comenzó a "avocarse" a su tratamiento la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, en pleno. El juicio comenzó en abril de 1985, (Causa N° 13) y se dictó sentencia el 9 de diciembre del mismo año, con cinco condenas (las más graves, prisión perpetua para Videla y Masera) y cuatro absoluciones. Pero además, en su punto 30, decidió se continuara el juzgamiento respecto a otros responsables operativos del sistema represivo ilegal instrumentado, y que la sentencia tenía por probado. Dicho juzgamiento implicó, por una parte, la necesidad de recuperar las causas en poder del tribunal militar, efectuar una selección de los casos a imputar y la realización de extensas y estremecedoras audiencias que pusieron de manifiesto las atrocidades del terrorismo de estado, y por otro, un hito judicial, en la medida en que, aquello largamente denunciado por los organismos de derechos humanos y verificado por la CONADEP, se corroboró, por primera vez, judicialmente.

Como consecuencia de la sentencia antedicha, durante el año 1986, se impulsaron, a través de las respectivas Cámaras Federales competentes conforme los términos del Código de Justicia Militar Reformado, los juicios penales dirigidos, principalmente, a los responsables operativos de Cuerpo, Zona y Subzona Militar, Operaciones Navales, ESMA y Policía de la Provincia de Basas. (p. ej. Cuerpo I del Ejército y responsables de zona y subzona correspondientes a dicho cuerpo, intervino la Cámara de Apelaciones en lo

Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, ya que la sede principal de dicho cuerpo estaba en Campo de Mayo en la Ciudad de Buenos Aires); como asimismo, de las causas penales formadas como consecuencia de la remisión efectuada por el Ministerio del Interior de la Nación, de los antecedentes recogidos y sistematizados por la Ex. CONADEP, las que fueron dirigidas, por lo general, a los Juzgados Federales de Primera Instancia competentes. Por su parte las FFAA., así como inicialmente mantuvieron una disposición de cuerpo reivindicativa de lo actuado, sumaron en esta etapa una actitud de defensa, principalmente de los cuadros subalternos, llegándose al acuartelamiento de tales imputados en unidades militares ante citaciones judiciales.

En diciembre de 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirma la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en la Causa N° 13, seguida a las primeras tres juntas militares de la dictadura militar. A fines de diciembre del mismo año en Congreso de la Nación sanciona la ley 23.492, conocida como ley de "Punto Final", ya que la misma establecía un término de caducidad de sesenta días corridos, a partir de la publicación (que se efectuó inmediatamente), vencido el cual, ninguna nueva citación a indagatoria podía ser formulada, salvo que el imputado se hallara prófugo o hubiera sido declarado rebelde, en estas causas vinculadas con lo que se denominaba eufemísticamente "operaciones emprendidas con el alegado motivo de reprimir el terrorismo", por remisión al art. 10 de la ley 23.049. Asimismo excluía su aplicación con respecto a los casos de apropiación de menores y de sustitución de identidad de los mismos. Como puede advertirse dicha ley incluía el mes de enero, tradicionalmente de FERIA Judicial. A pesar de ello, la mayoría de los tribunales habilitaron la misma para proceder a las respectivas citaciones, sin perjuicio de lo cual, inicialmente, un número importante de presuntos responsables pudo sustraerse de la acción judicial, por su aplicación. Por otra parte, con respecto a las causas que tramitaban ante Juzgados Federales de Primera Instancia, como sucedió particularmente en Mar del Plata ante la sanción de esta ley, resolvieron, en general, declararse incompetentes y remitir las actuaciones a las Cámaras Federales, no habiendo habilitado la FERIA Judicial, lo que representó, su remisión sobre la fecha de vencimiento del término de caducidad.

A pesar de ello, la ley 23.492 no pudo poner fin a los procesos en curso o reducirlos, como era su pretensión, a un mínimo de procesados, entiendo personalmente, porque el Poder Judicial era consciente de que, si asumía pasivamente el desafío que le imponía la referida ley, iba a ser, en última instancia, el responsable político de la impunidad. Ello ya había quedado demostrado con claridad, con la actitud asumida por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, al sentenciar la Causa N° 13 y ordenar la formación de causas a otros responsables operativos del plan sistemático, en su punto 30. Con lo cual, la tensión entre el gobierno y la corporación militar no cesó.

En ese contexto, en la Semana Santa de 1987 se produce la sublevación "carapintada" encabezada por el Teniente Coronel Aldo Rico, que se acuartela

en Campo de Mayo. Moviliza a personal subalterno de la fuerza ejército, exigiendo una solución política al tema de las citaciones y formulando críticas a la conducción del ejército, a la que imputaban a los generales descargar las responsabilidades en sus subordinados. Ello generó una reacción popular muy importante que se concentró durante los cuatro días en las plazas de todo el país, y también un acuerdo político unánime en defensa de la institucionalidad. Finalmente, Alfonsín debió ir a negociar personalmente con los amotinados el día domingo. Como resultado de dicha negociación los amotinados (calificados por el presidente en su discurso final como "Héroes de Malvinas") depusieron sus armas y el gobierno se comprometió en dar una solución política al tema de las citaciones del personal militar subalterno. (Solución ésta, que según algunos analistas ya el gobierno tenía prevista antes del amotinamiento y para otros, fue consecuencia directa e inmediata del mismo). Por otra parte la negativa a reprimir el alzamiento, por parte de las Fuerzas Armadas, dejó de manifiesto el acuerdo tácito de toda la fuerza con el reclamo de los amotinados.

Poco tiempo después, el Congreso de la Nación sanciona la ley 23.521, conocida como de "Obediencia Debida". Dicha norma establecía una presunción de derecho, de que todo el personal militar, desde el grado de Coronel en el Ejército, y sus correspondientes en las restantes fuerzas, por los hechos acaecidos entre 1976 y 1983, habían actuado obedeciendo órdenes, sin posibilidad de proceder al examen de oportunidad y legitimidad de las mismas. Además derogó la disposición de la ley 23.049 que excluía su aplicación en los casos de delitos atroces y aberrantes. La ley 23.521 establecía algunas excepciones a su aplicación, como la referente a la apropiación y sustitución de identidad de menores acaecidos durante el referido período. Dicha norma fue, por mayoría, declarada constitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En su voto, los Dres. Caballero y Belluscio sostuvieron que "...La ley 23.521 ha establecido una causa objetiva de exclusión de pena que funciona como excusa absolutoria y aparta toda consideración sobre la culpabilidad del agente en la comisión de los delitos atribuidos que continúan siendo tales. Esta potestad proviene del art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional, en relación con el inc. 28..." (Actualmente arts. 75 inc. 12 y 32). Por su parte, en sus votos disidentes, los Dres. Petracchi y Bacque, sostuvieron: Que el Congreso carecía de potestades para imponer a los jueces y a la Corte una interpretación determinada de los hechos sometidos a su juzgamiento en una causa o controversia, arrogándose así, una facultad propia del Poder Judicial; Que en el derecho penal tan solo pueden aplicarse leyes con efectos retroactivos en la medida en que estas sean de carácter general, y esta no lo era. Por su parte el Dr. Petracchi entendía que la norma resultaba constitucional, en la medida en que se la interpretara como una amnistía, es decir, ejercicio por el Congreso de su potestad constitucional fijada en el art. 67 inc. 17. (Actualmente art. 75 inc. 20). A su turno el Dr. Bacque sostiene que no es una amnistía, ya que no produce la extinción del delicto y de la pena; y que si eventualmente, se considera tal, por imperio del art. 18 de la C.N. que quedan abolidas para siempre todo tipo de tormento y los azotes, y la Convención contra la Tortura, aprobada por ley 23.338, no pueden ser objeto de amnistía, declarando así su

inconstitucionalidad. (Un desarrollo de los argumentos en: Travieso Juan A. "Derechos Humanos y Jurisprudencia", pág. 84) La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, por su parte, en su oportunidad, se pronunció a favor de su inconstitucionalidad.

El argumento político utilizado para defender su legitimidad se basaba en los discursos del Dr. Alfonsín, en la campaña electoral de 1983, donde expresaba que había tres niveles de responsabilidad: Quienes dieron las órdenes, quienes las obedecieron y quienes se excedieron en su cumplimiento. Lo cierto es que este criterio en nada se contraponía con la existencia de responsabilidad de Obediencia Debida ya existente en el Código Penal, que la admitía, siempre y cuando el imputado probara la existencia misma de la orden, con lo cual se podía saber quien dio la misma y quien la obedeció, como asimismo, sobre la base de su contenido, verificar quién se excedió, como también, quedaba a la apreciación judicial, verificar si existió materialmente imposibilidad de revisión o de desobediencia. En realidad el problema central del instituto existente, radicaba en la prueba de la orden, ya que existía un pacto de silencio en las Fuerzas Armadas sobre dichos acontecimientos, que la referida ley legítimo, dándose el contrasentido de existir innumerables beneficiados por la Obediencia Debida, no habiéndose probado nunca, en las diferentes causas, una orden concreta en relación con un caso determinado

Otro punto discutible fue el referido a la aplicación temporal del beneficio, ya que, por una parte, la ley lo circunscribía al período 1976-1983, y por el otro, se argumentaba, con razón (ya que así lo consagra actualmente la Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Desaparición Forzada de Personas) que este delito es de carácter continuo o permanente, hasta el momento de la aparición con vida o del cadáver, del desaparecido, lo que, en la mayoría de los casos, se extendía más allá del año 1983. La solución a este planteo también fue política: Que debía presumirse que con el advenimiento de la democracia las desapariciones forzadas habían cesado.

Carlos Nino ("Juicio al mal absoluto"), Ed. Emecé Bs. As. 1997, págs. 281/283) justifica la sanción de estas leyes sobre la tesis de la selectividad del castigo, entendiendo el castigo como un mix de metas positivas, en el caso, preservación de la democracia, y derechos negativos, por el cual nadie tiene derecho a que ciertas personas sean castigadas, y consecuentemente, nadie tiene el derecho a no ser castigado, si otros no lo son; para concluir que, frente a la comisión de delitos de "manos múltiples" como las que caracterizan la violación a los derechos humanos, la pretensión de castigar a «todos», (fin retributivo) conlleva al resultado de que termine por no castigarse a nadie, siendo ello causa última de la impunidad generalizada.

Permítaseme disentir con este punto de vista, por las siguientes razones: El castigo de graves violaciones a los derechos humanos, como las provenientes del Terrorismo de Estado, constituye una meta positiva, destinada al fortalecimiento del orden constitucional, el sistema democrático y el adecuado funcionamiento de sus instituciones, el que no se preserva cediendo a la

presión o a la amenaza, más o menos institucionalizada, de quienes procuran su propia impunidad o que representan los grupos de interés o de poder que se beneficiaron con ella. Que en tal contexto, entiendo, el castigo no persigue un mero fin retributivo sino una meta positiva clara.

La conjunción de ambas leyes limitó la continuidad de los procesos penales a los militares de la más alta graduación, es decir, jefes de Cuerpo, de zona y, en algunos casos, de subzona, exclusivamente, (siempre que no hayan sido alcanzados por el Punto Final), es decir, que representó, en general, el desprocesamiento de todos los autores materiales de los hechos imputados y de parte de los responsables operativos.

Finalmente, esta tensión entre el reclamo de la sociedad civil y las pretensiones de la corporación militar, quedó resuelta en una forma que evidentemente beneficiaba las pretensiones de esta última, y constituyó un momento de inflexión en el apoyo popular a la gestión presidencial, el que fue resquebrajándose cada vez más, de allí en adelante, y como consecuencia de ello, también, fue debilitándose la participación popular por las reivindicaciones de Juicio y Castigo a los responsables del Terrorismo de Estado.

Alentados por los resultados ya obtenidos, por el paulatino debilitamiento del gobierno, consecuencia de un creciente proceso inflacionario y el seguro apoyo institucional de las fuerzas armadas, los "carapintadas" no cesaron en su acción militar, pero reclamando ya, abiertamente, la reivindicación de lo actuado, en lo que ellos denominaban "la lucha contra la subversión" y la finalización definitiva de los procesos penales pendientes. Así Aldo Rico, quien se había fugado de su lugar de detención, encabezó un alzamiento en Monte Caseros (Corrientes) en enero de 1988 y posteriormente, el Coronel Seinel-din, encabezó un amotinamiento a las puertas de la Capital Federal a fines del mismo año. Finalmente, en enero de 1989 se produce el asalto al Cuartel de La Tablada, por un grupo civil armado, mal pertrechado y escasamente organizado, que fue drásticamente reprimido por el Ejército, el que reivindicó así su imagen de "guardián" de las instituciones ante la sociedad, y que, como bien señala Luis Alberto Romero: "Podía anticiparse que, a la larga, la cuestión militar abierta se solucionaría con la reivindicación de los militares, el olvido de los crímenes de la "guerra sucia" y el entierro de las ilusiones de la civilidad...", proceso éste que se había iniciado con la sanción de las leyes 23.492 y 23.521.

Finalmente, la crisis hiperinflacionaria, la ausencia de respaldo internacional, y la pérdida de toda iniciativa política, sumado a una elección presidencial muy anticipada (mayo de 1989) llevaron a que el Presidente y Vicepresidente de la Nación renunciaran anticipadamente y que asumiera la presidencia, el 9 de julio de 1989, Carlos Saúl Menen, del Partido Justicialista. Era conocido, desde antes, la posición favorable del Peronismo, como de la derecha política (Unión del Centro Democrático, p. ej.) a una amplia amnistía en relación con los delitos cometidos durante los años 1976-1983, en el marco del Terrorismo de Estado. Dicho propósito se concretó, inicialmente, con el

Decreto 1002/89, de indulto presidencial a los aún procesados en dichas causas, cuyo efecto procesal fue clausurar las mismas ante la imposibilidad material de someter a algún presunto responsable a juicio.

El referido decreto generó discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales, en la medida en que, por una parte, basado en el criterio interpretativo predominante, se sostenía que siendo el indulto una atribución presidencial de perdón de la pena y sus efectos, exigía la existencia de una condena previa, lo que en el caso no existía, además de afectar la presunción de inocencia del procesado, y un ataque al principio republicano de gobierno (Zarini-365-366) como asimismo, tiene el efecto de paralizar el proceso judicial e impedir el efectivo ejercicio del derecho de acceso pleno a la jurisdicción, y por ende, resultaba inconstitucional; por la otra, se rescataban antecedentes en que el beneficio se aplicó a procesados (partiendo de caso "Ibáñez" durante la presidencia de Hipólito Irigoyen, y luego, durante la presidencia de Uriburu y de Perón), lo que a parte de la doctrina constitucional (Sagüés, II, 134) le permite afirmar que, conforme el derecho constitucional consuetudinario, los indultos a procesados están admitidos, y que, ante la inexistencia de condena, tales indultos, no afectan el principio de inocencia, como asimismo, no constituyen ejercicio de funciones judiciales por el Presidente de la República (Midón, 800), aunque este último los critica desde el punto de vista político, por su uso abusivo. (Midón, 800/01). La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca declaró su inconstitucionalidad y la Corte Suprema de Justicia de la Nación su constitucionalidad. (CSJN- "Riveros" DJ-1991-1-566; doctrina confirmada en "Aquino"-JA-1993-I-45).

Desde mi perspectiva, y a los fines específicos del tema en tratamiento, más allá de la constitucionalidad o no, en general, del indulto a procesados, cabe señalar que, por aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1, 2, 8 y 25) vigente en la Argentina a partir de su ratificación en septiembre de 1984, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en el caso contencioso "Barrios Altos" (Informe Anual, 2001), frente a graves violaciones a los derechos humanos, las leyes de amnistía, perdón, prescripción, etc. que impidan el efectivo y pleno acceso y ejercicio del derecho a la jurisdicción, son inconstitucionales.

Que igualmente cabe señalar que, a fin de justificar un alegado fin de pacificación nacional, los referidos indultos incluían también como beneficiarios a miembros de las organizaciones armadas sometidas a proceso. Que asimismo, frente al pedido judicial de algunos de ellos de renunciar al beneficio para ser sometidos a juicio, la CSJN sostuvo que el indulto es una potestad discrecional del titular del PEN, de carácter irrenunciable. (Caso "Daleo").

Finalmente, al año siguiente, 1990, el presidente de la República indultó a los integrantes de las tres primeras juntas militares condenados por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Capital Federal, en la Causa N° 13, con lo que se pretendió cerrar definitivamente la intervención del Poder Judicial para investigar, e individualizar y sancionar a

los responsables del Terrorismo de Estado, entre los años 1976-1983. Asimismo se indultó a los condenados pertenecientes a organizaciones armadas con sentencia firme (Eduardo Firmenich).

Asimismo, este proceso estuvo jalonado por otras cuestiones menores, pero que configuran el proceso de impunidad: Instrucciones a los Fiscales a fin de que no planteen la inconstitucionalidad del indulto a procesados; Remoción de fiscales que no acataban tales instrucciones; o limitaciones a las facultades de los Particulares Damnificados en el ámbito del Código de Justicia Militar, a fin de invalidar sus planteos de inconstitucionalidad, etc.

Agotados los recursos internos desde distintos puntos del país, incluyendo Mar del Plata, se recurrió mediante el procedimiento de denuncia individual, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311. Informe Anual-1992-1993). La misma, mediante Informe definitivo N° 28/92, del 2-10-1992 concluyó que las leyes 23.492, 23.521 y el Decreto 1002/89, son incompatibles con el artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y con los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al impedir el ejercicio de las garantías judiciales consagradas en el art. 8.1 de la Convención consistentes en el derecho que toda persona tiene "a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para de terminación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Vulnerar el derecho a la protección judicial, (art. 25 CADH) e incumplir las obligaciones de investigar, individualizar a los responsables y sancionarlos, contenida en el art. 1.1. Del mismo instrumento internacional; y recomienda al gobierno de la Argentina la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar.

Atento no haber la Comisión Interamericana remitido el caso a conocimiento de la Corte Interamericana ni tampoco haber el gobierno argentino cumplido con la recomendación explicitada al final de párrafo anterior, lo que tornó imposible la continuación de las causas penales respectivas, las víctimas, familiares de estas y organismos de Derechos Humanos, instaron la iniciación de trámites judiciales en forma autónoma o en relación a las causas penales ahora paralizadas, a los fines de averiguar el destino final de las personas desaparecidas y la verdad sobre todo lo sucedido, en dicho contexto, lo que se conoce genéricamente, como los juicios por la verdad.

Este derecho a la verdad, ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el dictado de su primera sentencia en caso controvertido, y ha ido perfeccionándose en sus alcances por fallos posteriores. Así podemos señalar los siguientes: por aplicación del art. 1.1 de la Convención Americana, en el fallo de la primera cuestión controvertida sometida

da a su conocimiento "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29-07-1988) sostuvo: "El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso si en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance". (párr. 181).

Más recientemente, por aplicación de los art. 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana, ha reconocido expresamente este derecho como Derecho a la Verdad, al titular el Capítulo XVI de su fallo "Derecho a la Verdad", y sostener: "Es incuestionable que la situación reseñada impidió a J.H. y a los familiares de la víctima conocer la verdad acerca de la suerte corrida por ésta... De todos modos, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y juzgamiento que previenen los arts. 8 y 25 de la Convención" (Caso Bámaca Velásquez, sentencia del 25-11-00, párrs. 200 y 201, Informe Anual, 2000, pág. 574). Y que en fallo de Caso Barrios Altos además de titular el Capítulo VIII como Derecho a la Verdad y Garantías judiciales en el Estado de Derecho", sostuvo que "En el presente caso, es incuestionable que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos en Barrios Altos". (párr. 47). "Pese a lo anterior, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención" (párr. 48) (sentencia del 14 de marzo de 2001, Informe Anual, 2001, T° I, pág. 440). Y asimismo, la Corte Interamericana ha ubicado el derecho en análisis, además, en el marco de la justa reparación, conforme lo reglado por el art. 63.1 de la Convención Americana: "La Corte considera, de conformidad con el art. 63.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a investigar los hechos que produjeron las violaciones. Inclusive, en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de las víctimas a conocer integralmente lo sucedido". (Caso Las Palmeras, fallo del 6-12-01, párr. 69, en Informe Anual, 2001, T° II, pág. 1138).

Como puede advertirse conforme la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el Derecho a la Verdad, se encuentra fundado tanto en el reconocido como derecho en el marco de los art. 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana, y como integrando una justa reparación en los términos del art. 63.1 de la misma. En el primero de los casos, cuando este derecho a la

verdad se subsume con las obligaciones de investigar y sancionar a cargo del Estado, y en el segundo, cuando éste se ejerce autónomamente.

Pero además podemos advertir que el contenido de dicho derecho a la verdad, ha evolucionado en la jurisprudencia del tribunal interamericano, desde el derecho de sus familiares a conocer el destino de las víctimas, y en su caso, recuperar sus restos, hasta el de conocer integralmente lo sucedido.

Que finalmente, si bien la Corte Interamericana ha subsumido el Derecho a la Verdad, con la obligación de investigar los hechos y sancionar a los responsables, a cargo del Estado Parte, como regla, también es cierto que ha señalado que en los casos en que esto último no fuese posible subsiste igualmente dicho derecho en cabeza de las víctimas sobrevivientes y de los familiares de las víctimas fallecidas, con lo cual le ha otorgado autonomía de la investigación penal propiamente dicha.

Sin perjuicio de ello, además, es de señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha interpretado que el Derecho a la Verdad tiene un carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a tener acceso a la información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con un ser querido, lo que permite una forma de reparación, basado ello en una interpretación dinámica de los tratados de derechos humanos, y en específico, de los arts. 1.1, 8, 25 y 13 de la Convención Americana. (Caso Bámaca Velásquez, párr. 197- Informe Anual, 2000, pág. 573) (CIDH-Caso 10.488 "Ellacuría Ignacio y otros c/ El Salvador", Informe N° 136/99 del 22-12-1999, Informe Anual, 1999).

Por su parte, en la argentina, Carmen Aguiar de Lapacó, en 1995, en causa caratulada "Suárez Mason Carlos G. y otros" (causa N° 450, y sus anexos, de trámite ante la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, iniciada como consecuencia del punto 30 de la sentencia dictada por la misma Cámara el la causa N° 13 seguida a los Ex Comandantes de las primeras tres juntas militares, en la cual ya no existían procesados con motivo de la aplicación de las leyes 23.492, 23.521 y el Decreto 1002/89) solicitó a la referida Cámara, en primer término, un oficio informativo al Ejército Argentino, a los fines de que informe sobre el destino final de las personas desaparecidas en el ámbito del Primer Cuerpo de dicha fuerza, el que fue contestado negativamente, ante lo cual requirió otras medidas investigativas, las que fueron rechazadas por la Cámara ordenando sigan los autos según su estado, lo que determinaba su paralización por lo antedicho. Ante ello planteó Recurso Extraordinario Federal, el que le fue conferido, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 13-08-1998, dictó sentencia (DJ-1998-3-593), la que por ajustada mayoría (5 votos confirmatorios y 4 votos revocatorios) sostuvo que "Dado que las diligencias tienen por finalidad comprobar la existencia de un hecho punible y descubrir a los autores (art. 178 Cód. Proc. en lo Criminal), no resulta admisible su realización en el estado actual de la presente causa, al haberse agotado su objeto procesal".

Por su parte los Ministros Petracchi y Bossert (según su voto) y Fayt (según su voto), centraron su posición contraria al fallo recurrido, señalando, por una parte, la contradicción existente entre la admisión inicial de la pretensión (basada en antecedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana) y su posterior desestimación, y la existencia de fundamentos insuficientes o sólo aparentes, que tornaban arbitraria la resolución; y por su parte, Boggiano (Según su voto) señaló que el fallo vulneraba el derecho de habeas data consagrado en el art. 43, apartado 3, de la Constitución Nacional, y el imperativo del preámbulo de "asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros y para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino". (Posteriormente la CSJN modificó su criterio mayoritario admitiendo el derecho a la información de un familiar de una persona desaparecida, a fin de conocer sobre su destino y en su caso dónde se encuentran sus restos, por medio de una acción autónoma de Habeas Data en el "Caso Urteaga Facundo c/ Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas" - 05-10-1998- Fallos-321-2767). (LL, 1998-F-237).

Ante ello, Carmen Aguiar de Lapacó, con el patrocinio de la mayoría de las ONGS. de DD.HH. de la Argentina y del Cejil, interpuso denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Caso 12059), en el marco de cuya tramitación se arribó a una solución amistosa acordada con fecha 15-11-99 y que fue aprobada por la Comisión con fecha 29-02-2000, mediante Informe N° 21/00, publicada en el Informe Anual del organismo. En dicho acuerdo "El Gobierno Argentino acepta y garantiza el derecho a la verdad que consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento acerca de lo sucedido con las personas desaparecidas. Es una obligación de medios y no de resultado, que se mantiene en tanto no se alcancen los resultados, en forma imprescriptible". El gobierno asimismo asume el compromiso de gestionar la normativa que garantice la competencia exclusiva de las Cámaras Federales. (Norma que a la fecha no se ha dictado, 2004). La creación de un cuerpo de Fiscales Especiales Coadyuvantes (que se concretó en la órbita del Ministerio Público Fiscal de la Nación) y la Suspensión de la presente acción mientras se cumpla el acuerdo. A su vez, la Comisión decidió supervisar el cumplimiento del acuerdo por parte del Gobierno Argentino. (Anualmente los ONGs. patrocinantes elaboran un informe de seguimiento del cumplimiento del acuerdo, de carácter general, respecto a la garantía del derecho a la verdad en todo el país).

En dicho contexto legal, se iniciaron y prosiguieron los denominados Juicios por la Verdad, en distintos puntos de país (entre otros, por ejemplo, La Plata, Mar del Plata, Bahía Blanca, Córdoba, Mendoza y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) a cargo de órganos jurisdiccionales diversos (Juzgado Federal de Primera Instancia, Cámara Federal o Tribunal Oral Criminal Federal) atento la inexistencia de una ley específica, y aplicando normas procesales diversas: Código de Justicia Militar, actual Código Procesal Penal de la Nación o el vigente al momento de los hechos, en lo pertinente, habiendo fijado la Cámara Nacional de Casación Penal (Caso Corres-Causa N° 1996-13-09-00, Reg. N° 2787- sala IV-Fallos de la Cámara de Casación, Año II, N° 3, 2001, págs. 377/400) el criterio de que debía aplicarse el Código

Procesal Penal de la Nación vigente (ley 23.984), a este tipo de juicios, descartando tanto la aplicación de la ley 23.049 como la ley 2372, por no resultar aptas, pero fijando criterios restrictivos vinculados con la posibilidad de citación de testigos, afirmando (con relación a Barrera y Cruciani) que "encontrándose los antes nombrados amparados por la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, la citada Cámara (Bahía Blanca) deberá abstenerse de volverlos a citar para que presten declaración testimonial". (Considerando XIV). Más recientemente, ya vigente la ley 25.779 de nulidad absoluta e insanable de las leyes 23.492 y 23.521, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, avaló la continuidad de este tipo de juicios y la competencia del tribunal que inicialmente intervino en la causa (Tribunal Oral Federal de Mar del Plata) por aplicación de los principios de progresividad y preclusión, atento encontrarse firme la cuestión de competencia, revocando el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, que dispuso remitir las actuaciones a la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, para su continuación. (CSJN-Rivarola Ricardo H-27-05-04-DJ-2004-3-1023). Posteriormente la CSJN reiteró su aval a la continuidad de los juicios por la verdad en autos "Defensor Público Oficial ante la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza s/ Recurso de Casación", mediante fallo de fecha 05-10-04, por el cual revocó resolución de inadmisibilidad del recurso de casación dictado por la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Por otra parte, se fue produciendo una evolución en la jurisprudencia de la CSJN, respecto a la interpretación del art. 10 de la ley 23.049 (Operaciones emprendidas con el alegado motivo de reprimir el terrorismo, entre 1976-1983), ámbito de aplicación de las leyes 23.492 y 23.521. Inicialmente la Corte estableció un criterio amplio, incluyendo a aquellos delitos desvinculados de objetivos suficientemente ligados a la represión del terrorismo pero que para su comisión se utilizaron los medios proporcionados por el aparato represivo. (CSJN-Sánchez Juan Jesús-02-12-1986-Fallos-308-2383). Este criterio fue luego atenuado al sostener que: "posee una amplitud que resulta adecuada si se refiere a la determinación de los tribunales militares encargados de su juzgamiento, como es el precedente de caso antecitado (Fallos-308-2383), pero impropia si se trata de conceder un beneficio especial fundado en el interés social, y destinado a quienes han mantenido en su accionar antisubversivo y por causa de él, un vínculo incontestado con las instituciones cuya reconciliación con el resto de la sociedad se persiguió mediante el dictado de aquella norma de excepción". (CSJN-López Fader, Rafael Félix y Fossa Roberto Guillermo-06-04-1993-Fallos-316-532).

Ello permitió a los tribunales inferiores que abrieran investigaciones de casos de personas desaparecidas objeto de sustracción extorsiva de bienes, producidas en dicho período, a fin de determinar si efectivamente encuadraban en las previsiones del art. 10 de la ley 23.049. (CNCrim. y Correcc. Federal de Capital Federal-Causa 16.071-"Astiz Alfredo s/ Nulidad"-04-05-2000-Reg. 17.491).

Que asimismo, en tal precedente, como en otros posteriores, como los vinculadas con el asesinato del Ex Jefe del Ejército de Chile, General Carlos

José Santiago Prats y su esposa (CCCFed. sala II-Causa N° 16.596-"Iturriaga Neuman Jorge-04-10-2000-Reg. 18.015, entre otras) y en casos de sustracción, ocultación y retención de menores (CCC:Fed. Sala I -Acosta J-09-09-1999-Reg. 747-DJ-2000-3-181, entre otros) la jurisprudencia sostuvo el carácter de imprescriptibles, por constituir delitos de Lesa Humanidad, interpretando el art. 18 de la C.N. conforme los términos del art. 118, del mismo cuerpo legal, siguiendo el criterio de interpretación integrativa de la Constitución, fijado por la Corte Suprema desde antiguo (CSJN-Calvete-Fallos-1-300) y rescatando el antecedente del máximo tribunal federal en el Caso Priebke (Fallos-318-2148-02-11-1995) donde afirma el carácter imprescriptible del delito de genocidio, por aplicación de los arts. 75 inc 22 y 118 de la Constitución Nacional, y donde sostiene que "la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional" (Considerando 4°). El criterio antedicho ha sido confirmado, por mayoría, recientemente, por la CSJN en el caso Arancibia Clavel (24-08-2004-Suplemento de Derecho Constitucional-La Ley-13-10-2004) (Nos remitimos aquí a lo desarrollado sobre el tema en el Módulo Segundo).

Finalmente, este proceso evoluciona hacia la declaración judicial de invalidez e inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521. Ello acontece en la causa "Del Cerro J. A." (correspondiente al caso de desaparición forzada de José Liborio Pobrete-Gertrudis Marta Hlaczik y Claudia Victoria Pobrete), primero, por resolución del titular del Juzgado de primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal N° 4, a cargo del Dr. Gabriel Cavallo, Secretaría N° 7, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (14-03-01), y confirmada por la Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala II, en expte. N° 17.890, con fecha 09-11-01, reg. N° 19.191. A cuyo fin meritúa: El carácter de delito de Lesa Humanidad de la desaparición forzada de personas (conforme antecedentes del mismo tribunal); el criterio de supremacía de los tratados sobre la ley a partir del precedente "Ekmekdjian c/ Sofovich" (Fallos-315-1492) y la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22); la obligación, por parte del Estado, de respetar y garantizar los derechos humanos, conforme los términos en que los tratados de derechos humanos constitucionalmente jerarquizados lo imponen y el obstáculo que para su cumplimiento representan las leyes 23.492 y 23.521; la procedencia de la declaración de invalidez de las referidas normas y su sustento en el fallo de la Corte.I.D.H. en "Barrios Altos" y en la Convención Contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (arts. 2 y 12) (ley 23.338) (art. 75 inc. 22 C.N.) y cita como dato confirmatorio del criterio seguido, los principios consagrados por el "Proyecto Princeton sobre Jurisdicción Internacional" adoptados entre el 25 y el 27 de enero de 2001.

Por su parte, el Congreso de la Nación, mediante ley 24.952 (1998) derogó las leyes 23.492 y 23.521, y posteriormente, mediante ley 25.779 (2003) declaró las mismas insanablemente nulas y sin efecto jurídico alguno.

Con motivo de la sanción de la última ley referida se reanudó la tramitación de las causas judiciales, cuya prosecución se vio impedida como consecuencia de la sanción de las leyes ahora nulificadas.

La sanción de la ley 25.779 generó controversias respecto a su constitucionalidad, las que sucintamente analizaremos siguiendo los argumentos de dos fallos judiciales contrapuestos.

**Inconstitucionalidad de la ley 25.779.** En tal sentido se pronunció la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín (22-11-04, Reg. N° 6273), sosteniendo que: El Congreso Nacional carece de facultades nulificantes de una ley; que invade funciones propias del Poder Judicial, única habilitada para resolver la inconstitucionalidad de una ley; que desconoce derechos adquiridos al disponer retroactivamente la declaración de nulidad; que el antecedente de la ley 23.040 (nulidad absoluta e insanable de la ley 22.924) no es asimilable al presente caso, por tratarse ésta de una ley de facto; que la derogación de las mismas leyes por la ley 24.952 representa reconocer su existencia y su efectiva vigencia desestimándose su nulidad; lo que impone la declaración de su inconstitucionalidad; y que finalmente, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de la CSJN a favor de la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, el principio de seguridad jurídica y de la consolidación de derechos adquiridos en cabeza de los beneficiarios, no corresponde revisar los efectos oportunamente producidos por las referidas normas.

**Constitucionalidad de la ley 25.779.** En ese sentido se ha pronunciado la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II (Causa N° 21.961, Reg. N° 23.243, del 16-12-04). Sus fundamentos centrales son: El antecedente de la ley 23.040 y la confirmación de su constitucionalidad por la CSJN (Fallos-309-1689); que atento haber sido aprobadas las leyes 23.492 y 23.521 por los procedimientos constitucionales, corresponde examinar su contenido, el que resulta inconstitucional en la medida en que, entendidas tales leyes como verdaderas leyes de amnistía, vulneran la prohibición contenida en el art. 29 de la C.N. y la jurisprudencia de la CSJN (Fallos-234-16; Fallos-247-387); que tratándose de una declaración no invade funciones judiciales; Que el estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y de adecuar su legislación a la normativa internacional; Que dicha obligación de adecuación es precisada con citas jurisprudenciales de la Corte I.D.H. (Caso "La última tentación de Cristo"-05-02-01; Caso "Bulacio" 18-09-03); Que a partir del precedente "Ekmekdjian c/ Sofovich" de la CSJN los tratados tienen mayor jerarquía que las leyes, debiendo estas adecuarse a los mismos, y que, al momento de la sanción de las leyes 23.492 y 23.521, regían en nuestro derecho interno, a partir de su aprobación (CSJN-Fallos-202-353), La Convención Americana sobre Derechos Humanos (01-03-1984), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (17-04-1986) y la Convención contra la Tortura (30-06-1986); el fallo de la Corte I.D.H. en "Barrios Altos" (14-03-01) reafirmó la incompatibilidad de las leyes de impunidad con la C.A.D.H., y que las mismas carecen de efecto jurídico alguno, frente a graves violaciones de los DD.HH.; Que los valores fundamentales del Estado de Derecho son la seguridad jurídica y la justicia material y que el legislador se encuentra habilitado para decidir, en una situación concreta, a cuál de ellas da preeminencia en la medida en que tal decisión no resulte arbitraria; Que la ley 25.779 no es arbitraria teniendo en cuenta la

categoría de delitos de lesa humanidad que atentaban contra derechos fundamentales. (La vida, la integridad física, la salud, la libertad) que las normas nulificadas impedirían juzgar y que sus beneficiarios no podían razonablemente, frente a tales delitos, pretender la existencia de derechos adquiridos que garantizaran su no juzgamiento.

Por otra parte, los Juzgados Federales de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de Capital Federal donde tramitan las denominadas "megacausas" de Cuerpo Uno y Esma, reanudadas por disposición de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, de dicha ciudad, con motivo de la sanción de la ley 25.779, (2004-2005) y el Juzgado Federal N° 4 de Rosario (Santa Fe) (2004) resolvieron la **inconstitucionalidad del Decreto 1002/89** de indulto a procesados. Por su parte, en igual sentido, y en relación a los Decretos de Indulto N° 1002/89 y 2746/90, la *Cámara Criminal y Correccional Federal de Capital Federal, sala I*, (expte. 36.773-Suárez Mason Guillermo y otros -Reg. 228- 01-04-2005) con los siguientes fundamentos: Que el indulto a procesados es contrario a la Constitución Nacional, y vulnera el principio de división de poderes y la relación de pesos y contrapesos por ella dispuesta, respecto al marco de control de un poder sobre otro de la constitución; Que el art. 29 de la Constitución no sólo prohíbe la concesión de facultades extraordinarias sino también la asunción de tales facultades y poderes; Que los delitos cometidos por aplicación del referido artículo no pueden ser amnistiados, y por ende, tampoco ser objeto de indulto; Que los delitos cometidos constituyen delitos de lesa humanidad, cuya obligación de investigar, individualizar a los responsables y sancionarlos corresponde al Estado, siendo contrarias a los mismos las leyes que impiden el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la justicia, siendo las mismas sin valor jurídico alguno, ello por aplicación de Convenciones internacionales vigentes en el país al momento de su dictado y su interpretación por los órganos de aplicación (Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Convención contra la Tortura - Convención Interamericana contra la Tortura); Que a los fines de la procedencia de la Cosa Juzgada, en sentido material, se exige la existencia de un trámite anterior contradictorio, de carácter regular, y con efectivo ejercicio del derecho de defensa en juicio y del debido proceso; Que frente a graves violaciones de los Derechos Humanos, la revisión de las sentencias es constitucional aun tratándose de absoluciones; Que tal criterio se compadece con lo dispuesto en el art. 20.3 de la Convención de Roma de 1998 (aprobada por ley 25.390); Que vincula la garantía de la Cosa Juzgada con el principio del "Non bis in idem" que en sentido amplio significa que nadie será perseguido dos veces por un mismo hecho; Que los requisitos de procedencia exigen que se trate de la misma persona, que se traten de los mismos hechos históricos y que haya distintas pretensiones punitivas; Que debe haber existido, para su procedencia, persecución penal o riesgo de condena, límite o excepción esta, a la aplicación de la figura, de carácter normativo; Que siguiendo la jurisprudencia de la Corte Federal de los EE.UU. señala que dicho riesgo de condena se da, en los juicios por jurados, a partir del juramento de estos, y en los que no lo son, a partir del juramento del primer testigo, criterios que la doctrina unifica en la

existencia de acusación; Que en sentido concordante cita los votos de Petracchi y Boggiano en la causa "Videla J.R." (21-08-03-CSJN); Define que en el caso del Código de Justicia Militar, ello se cumple cuando se produce la acusación reglada por el art. 361; Que a tenor de no existir dicho acto en relación a los apelantes, la excepción de cosa juzgada y del "Non bis in idem" no se configura en el caso.

Como asimismo, la *Cámara Federal de Apelaciones de San Martín* (2005) se pronunció a favor de su constitucionalidad ("Riveros Omar"-03-02-05-sala I-Reg. 6329) con los siguientes argumentos: El indulto es una potestad presidencial, de carácter político e individual, de ejercicio discrecional dentro de los límites constitucionales; aplicable a procesados; irrevisable a tenor de estar ante una decisión judicial firme, una situación consolidada, siendo la cosa juzgada y la estabilidad de las decisiones institutos con amparo constitucional, avalado ello por la CSJN; que por lo tanto se está ante un derecho adquirido, cuyo amparo surge de una interpretación amplia del derecho a la seguridad personal consagrado por diversos tratados de DD.HH.; que lo contrario representaría una especie de "Reformatio in pejus", que con relación a los tratados de DD.HH. vigentes, al momento de fallar la CSJN sobre la cuestión, debe entenderse que consideró al indulto compatible con ellos, y que con respecto a los posteriormente vigentes y a las interpretaciones posteriores de los organismos internacionales de control, por tal razón, no pueden ser considerados.

*Algunas reflexiones en torno a lo hasta aquí expresado:*

En primer lugar, este breve recorrido, refleja la indubitable voluntad de las víctimas del terrorismo de estado, de sus familiares y de las ONGs. de DD.HH., de recurrir invariable y constantemente a la justicia, en su lucha permanente contra la impunidad, y de perseverante reclamo de "Juicio y Castigo". Asimismo, consecuencia de esta decisión, el avance de las actuaciones judiciales respectivas, y la impugnación de aquellas resoluciones adversas a la continuación de las mismas, salvo honrosas excepciones, se ha debido principalmente, a la iniciativa de las víctimas, los familiares y los organismos no gubernamentales. Este último aspecto, si bien justificado en una primera etapa, en la medida en que las ONGs. durante la dictadura habían desarrollado una actividad de sistematización de la información, a partir de la denuncia; posteriormente, a partir de importante acopio de información de carácter público recopilado a través de diversas actuaciones judiciales, la iniciativa autónoma de un Poder Judicial y un Ministerio Público independientes sería lo deseable, como reflejo de un claro compromiso con la defensa de la democracia, y ello, salvo excepciones, como he dicho, no se ha materializado, como era de esperar; y el carácter imprescindible de la participación de las víctimas, y sus familiares, y de los organismos no gubernamentales, después de casi treinta años de trajar los pasillos tribunales y los despachos de los magistrados y funcionarios, lo sigue siendo como el primer día. Por último, si de alguna forma, la consolidación jurídica de la impunidad no ha sido posible, ello se ha debido también, en gran medida a la labor constante de los equipos y abogados de Derechos Humanos, que con su tenacidad, no han abandonado el ruedo.

En segundo lugar, con relación a la constitucionalidad de la ley 25.779, expresar que, respecto a las facultades de nulificar con carácter absoluto e insanable una ley anterior por parte del Congreso, la misma surge, inicialmente, de las facultades implícitas contenidas en el art. 75 inc. 32 de la C.N. (las facultades derogatorias también lo son); en el carácter esencialmente legislativo de la obligación de adecuación del derecho interno, a los términos de la Convención Americana (art. 2 CADH) y finalmente a que, conforme la jurisprudencia de la Corte I.D.H., vigente al momento de tal adecuación, las leyes de autoamnistía, o similares, que impiden el juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos, son sin valor jurídico alguno.

Por otra parte, me interesa abordar aquí dos fundamentos utilizados por la CCCFed. sala II, en su resolución del 16-12-04, que considero de indudable importancia y de ineludible tratamiento. Dice la Cámara:

"Frente a la imputación de tal categoría de delitos no parece razonable que sus eventuales autores pudieran suponer válidamente que poseían un derecho adquirido a las soluciones parciales y temporarias que limitaron su juzgamiento.

Por el contrario, existe una expectativa razonable en que el Estado asuma la obligación derivada del artículo 118 de la Constitución Nacional —no sólo ante sus nacionales, sino frente a la comunidad internacional— de juzgamiento de los delitos contra el derecho de gentes —de los que forman parte los crímenes contra la humanidad— como categoría de ilícitos de persecución obligatoria".

Deseo agregar a ello que, esta irrazonable expectativa de impunidad, no sólo está abonada por la naturaleza de los delitos (ya hemos desarrollado en el Módulo II el tema en el marco del derecho internacional), sino también, por la forma en que efectivamente concluyó, en su momento, el control de legitimidad de las leyes 23.492, 23.521 y el Decreto 1002/89. Como ya se explicó, ello fue a través del informe elaborado por la Comisión Interamericana en 1992, recomendando al gobierno argentino, investigar los hechos e individualizar a los responsables, con relación a las violaciones a los derechos humanos acaecidas en la última dictadura militar. Con lo cual, también resulta razonable pensar que el gobierno en algún momento iba a cumplir las mismas, teniendo en cuenta, los compromisos internacionales asumidos al ratificar la Convención Americana y que tales recomendaciones no están sujetas a plazo alguno de caducidad o prescripción.

Tal expectativa de cumplimiento resulta razonable, aun careciendo las mismas de carácter obligatorio, teniendo en cuenta lo expresado por la Corte I.D.H. en el sentido de que:

"Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado por el art. 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado Parte suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de Estados Americanos, que tiene como función "promover y la observancia y la defensa de los derechos humanos" en el hemisferio". (Caso Loayza Tayaño-17-09-1997-párr. 80).

Y lo expresado por el Dr. Bossert en su voto disidente en el caso "Felicetti Roberto" (DI-2001-2-156) al expresar:

"Que como fuente del derecho, los informes y las recomendaciones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los estados miembros que deben tomar en cuenta razonablemente para adoptar decisiones en el derecho interno con miras a armonizarlas en todo lo posible con aquellos criterios establecidos por la comisión" (Considerando 15).

El otro punto que considero de importancia es el referido a lo que debe entenderse por Estado de Derecho y los valores esenciales que lo integran y las facultades del Poder Legislativo, frente a ellos. A dicho respecto la Cámara sostiene:

"Sin embargo, "El Estado de Derecho significa no sólo seguridad jurídica, sino justicia material. Estos dos aspectos del principio del Estado de Derecho no siempre pueden ser respetados por el legislador de igual forma (BVerfGE 3, 225/ 237; 7, 89/ 92). En el conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia será el legislador quien, en primera línea, tendrá la tarea de decidir por una u otra. Si ello tiene lugar de una manera no arbitraria, la decisión legislativa no podrá ser impugnada por motivos constitucionales..." (Liser, Albin y Burkhardt, Björn, "Derecho Penal", pág. 49 y sigtes., Ed. Colex, Madrid, 1995)". (La Cámara señala además que la actuación del legislativo no es arbitraria, por lo ya transcrito más arriba).

No es usual en nuestro derecho constitucional un abordaje del Estado de Derecho que vaya más allá del apego irrestricto al orden jurídico formal de carácter coactivo. Un antecedente de ello a nivel nacional lo podemos hallar en la obra de Juan Casiello (Derecho Constitucional Argentino. Ed. Perrot, Bs. As., 1954) quien afirma:

"Todo Estado, en efecto, requiere un ordenamiento jurídico coactivo integrado por normas jurídicas, para subsistir. Pero para que un Estado merezca el calificativo de "Derecho", es indispensable investigar cuál es la justicia del contenido de aquel orden normativo y en qué forma ese orden se impuso". (págs. 82/83).

En este orden de ideas me permito señalar que a mi entender Estado de Derecho es Seguridad Jurídica al servicio del logro de la Justicia Material, y que la impunidad constituye, sin lugar a dudas, la contracara, la negación más absoluta, de cualquier forma de justicia material, y por ende, del propio Estado de Derecho.

Y además sostengo, que, de modo alguno puede afirmarse que nuestra Constitución tolera o acepta la impunidad. Cuando nuestra Carta Magna histórica, en su art. 18, garantiza que nadie puede ser condenado sin juicio previo, también está garantizando, para quien pretenda tal condena, el acceso pleno a la realización de dicho juicio. La garantía exige la subsistencia de las dos variables, y por ende se violenta la misma, tanto cuando se condena sin juicio previo, como cuando no existe el efectivo y pleno acceso al juicio previo para condenar. Esta interpretación es además plenamente compatible, en los términos del art. 75 inc. 22 de la C.N., con el derecho de acceso a la justicia que consagran actualmente, los arts. 8.1 y 25 de la C.A.D.H, por ejemplo.

Por otra parte, en el orden internacional, un amplio estudio vinculado a la "Promoción y Protección de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad", fue efectuado por los Sres. Louis Joinet y El Hadji Guissé, por mandato de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la ONU, tanto en relación con los derechos civiles y políticos, como a los derechos económicos sociales y culturales (Conjunto de Principios-Documento ONU E/CN.4/sub.2/1996/18 al 20 de junio de 1996). En él se abordan *los diversos factores que generan impunidad*: Amnistías, las medidas de gracia, la función de las jurisdicciones de excepción (en especial la militar), la prescripción, la falta de un sumario eficaz, la neutralización del habeas corpus, la no ejecución de las penas; y en relación a *la organización de la lucha contra la impunidad*: El establecimiento de normas específicas, el buen funcionamiento de la administración de justicia, las comisiones especiales de investigación, el rol de las organizaciones no gubernamentales, la reparación a las víctimas. Sólo ello deja entrever la importancia institucional del tema.

Recientemente, la CSJN ha confirmado tanto la validez de la ley 25.779, como ha declarado la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, con argumentos como los siguientes: "La ley 25.779, por medio de la cual el Poder Legislativo declara insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521, es el de intentar dar cumplimiento a los tratados constitucionales en materia de derechos humanos por medio de la eliminación de todo aquello que pudiera aparecer como obstáculo para que la justicia argentina investigue debidamente los hechos alcanzados por dichas leyes, y de este modo, subsanar la infracción al derecho internacional que ellas continúan representado. Las leyes 23.492 y 23.521, en cuanto se orientan, como toda amnistía, al "olvido" de graves violaciones a los derechos humanos, se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables - arg. Art. 75, inc. 22, Constitución Nacional", (CS-14-06-05 "Simón Julio H. y otros", en Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, 25-07-05, págs. 7/18).

No podemos cerrar este apretado relato, sin un análisis de la llamada "Teoría de los dos demonios". Mediante la misma, se establece un paralelismo entre la violencia generada por las organizaciones armadas (ERP-MON- TONEROS-FARC) y el Terrorismo de Estado desplegado por la última dictadura militar, afirmando que fue "aquel primer demonio" el que dio origen a este "segundo demonio". En pocas palabras, que la violencia de las organizaciones armadas es el padre de la criatura.

Esta lógica está plagada de falacias. Si nos atenemos al origen, las organizaciones armadas se organizaron para resistir a la dictadura militar iniciada por Juan Carlos Onganía en 1966, y el terrorismo de Estado se organizó para perseguir a todo aquel que se consideraba enemigo ideológico (La famosa frase del General Saint Jean lo sintetiza: Perseguiremos primero a los activistas, luego los simpatizantes y finalmente a los indiferentes). Si nos atenemos

al contexto internacional, los movimientos armados de liberación nacional se desarrollaron en el marco de luchas contra la dependencia política y económica; en cambio, las dictaduras militares en el hemisferio lo fueron a la sombra de la Doctrina de la Seguridad Nacional impulsada por los Estados Unidos de Norteamérica (A la que nos hemos referido en el Módulo III). Si analizamos su actitud frente a la democracia, también hay claras diferencias, las expresiones políticas de las organizaciones armadas (Juventud Peronista- Partidos Socialista de los Trabajadores, p. ej.), participaron activamente en el proceso democrático, y hay que señalarlo, además, muchos de ellos fueron vilmente asesinados por la acción de la Triple A (organizada por el Ministro "constitucional" de Bienestar Social López Rega), durante dicho proceso (Como el caso del asesinato del diputado Ortega Peña), a lo que debe sumarse el relajamiento de principios democráticos básicos originados en el decreto de aniquilamiento de las organizaciones armadas que habilitaba a las fuerzas armadas a intervenir en cuestiones de seguridad interior, (detención de personas, y eventual liberación, por el ejército, sin conocimiento judicial inmediato, por ejemplo) como con el "Plan Independencia" en Tucumán, que con el alegado fin de reprimir a la subversión, terminó reprimiendo toda organización social progresista y combativa en la provincia; todo ello durante el año 1975; mientras que la Dictadura Militar (a partir del 24-03-1976) y el Terrorismo del Estado por ella implementado fueron la negación más absoluta de la democracia, poniendo a todas las instituciones y poderes del Estado al servicio de la represión ilegal. (Desapariciones Forzadas-Torturas-Asesinatos-etc.).

El origen de las dictaduras militares y del terrorismo de Estado por ellas implementado en América Central y América del Sur, en la época, por las fuerzas armadas de los respectivos países, está en la aplicación consensuada de la Doctrina de la Seguridad Nacional como estrategia impulsada por EE.UU., que no distinguía entre coyunturas políticas diversas para su implementación (Chile y la Argentina, p. ej.) sino que tenía en cuenta a quienes consideraban el enemigo ideológico común, es decir, aquellos que sostenían modelos económicos y políticos alternativos a su pretensión hegemónica, siguiendo así la tradición norteamericana en el continente, desde la Doctrina Monroe en adelante. (Como ya lo analizamos en el Módulo III).

Esta lucha contra la impunidad trasciende, en su importancia, el mero interés sectorial. La impunidad instala, una imagen de impotencia y/o de complicidad, del Estado Democrático (aún ello en sentido formal) con los crímenes más graves, y en la conciencia social, la de una justicia degradada y dependiente del poder de coacción y de la condición social de quienes deben someterse o recurrir a ella. Como ya lo expresamos, vacía de todo contenido de justicia material, al concepto de Estado de Derecho. Reafirma el rol de control social del derecho penal, con la implementación de sistemas punitivos selectivos, entre impunidad y sanción. Enturbia el desarrollo de los procesos democráticos, además de lo antedicho, porque permite que agentes del terror y del golpismo, se enmascaren tras fachadas institucionales de aparente legitimidad. Reafirma pautas de conducta

social de desapego a la legalidad, y de predominio de la "viveza criolla": El argentino "vivo" es el que las hace y no las paga.

Por todo ello, el "Nunca Más" no sólo representa afianzar la institucionalidad democrática, rechazando toda vulneración al derecho a la libre determinación de los pueblos, sino también, como parte de ese contexto, el juicio y castigo a los responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos.

### La reparación

Nos centraremos aquí en el análisis del tema de la reparación, desde el punto de vista del derecho internacional, y sus eventuales repercusiones, en el derecho nacional, en la medida en que puedan aparecer criterios disímiles o abiertamente opuestos, tanto en lo referente al tipo de reparación, a la determinación de sus beneficiarios y a los rubros que la integran y la cuantía de las mismas.

Si bien el criterio predominante en materia reparatoria es el pecuniario, es decir, compensar el daño sufrido por una indemnización de carácter económica, el art. 63.1 de la Convención Americana que regula el tema distingue, en principio, tres tipos de reparación: a) Garantizar al lesionado en el goce del derecho o libertad conculcados; b) Que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y c) el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Ello engloba el concepto general de "Restitutio in integrum" (plena restitución). (Corte I. D. H. Velásquez Rodríguez - Indemnización compensatoria - sentencia del 21-06-1989 - párr. 26). Implica la restitución a la situación anterior, y la reparación de las consecuencias, y el pago de una compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral. A su vez también ha afirmado que: "...en cuando a las diversas formas y modalidades de reparación, la regla de la in integrum restitutio se refiere a un modo cómo puede ser reparado el efecto de un acto ilícito internacional, pero no es la única forma cómo debe ser reparado, porque puede haber casos en que aquella no sea posible, suficiente o adecuada". (Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones - 10-09-1993-párr. 49).

Esta reparación se funda en la propia C.A.D.H. y en los principios de Derecho Internacional aplicables a la materia, independientemente de las imperfecciones, defectos o insuficiencias del derecho nacional y con independencia del mismo. (Corte I. D. H., ant. cit. párrs. 30 y 31).

Si bien la Corte I.D.H., por mayoría, inicialmente sostuvo un criterio restrictivo del concepto de partes en el proceso de determinación de la reparación (Velásquez Rodríguez - sentencia sobre el fondo - 29-07-1988 - Párr. 189) limitándolo a la Comisión Interamericana y el Estado Demandado; a partir de la modificación de su Reglamento en 1996, incluyó a los representantes de las víctimas o sus familiares para intervenir en forma autónoma en la etapa de reparaciones. (art. 23).

En el contexto del concepto de **reparación de las consecuencias**, la Corte Interamericana sostiene que se integra con el deber de investigar qué le corresponde al Gobierno, mientras subsista la situación de incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. (Recuérdense aquí los antecedentes expuestos en el tema anterior sobre el Derecho a la Verdad). A ello debe sumarse el deber de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables directos de las mismas y finalmente, que la sentencia sobre el fondo constituye, en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para los familiares de las víctimas. (Velásquez Rodríguez- Sentencia sobre reparaciones-párrs. 33/36). Por otra parte la Corte ha ordenado como **medidas de satisfacción a favor de las víctimas**: La investigación de los hechos, y la individualización y sanción de los responsables; la obligación de combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares; el derecho a conocer la verdad sobre lo sucedido y donde se encuentran los restos de las víctimas, tanto para los familiares como para la sociedad toda; La obligación de prevención de las graves violaciones a los Derechos Humanos; La obligación de localizar y hacer entrega de los restos mortales de la víctima a sus familiares por parte del Estado y que el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana; La implementación de un programa nacional de exhumaciones; La realización por parte del Estado de un acto público de reconocimiento de su responsabilidad en relación con los hechos del caso; Publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional por una sola vez, la parte resolutive de la sentencia de fondo y del capítulo de los hechos probados del mismo; Adecuación del orden jurídico interno a las normas internacionales de Derechos Humanos y Derecho Humanitario; Cumplimiento del artículo VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (formación del personal y funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley); Dar cabal aplicación a los arts. 1, 2, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura. (Caso Bamaca Velásquez - Reparaciones - 22- 02-2002 - párrs. 73/87). Que en un caso, habiendo la Corte previsto en la indemnización fijada para los herederos de las víctimas, una suma destinada para que los menores puedan estudiar hasta una determinada edad, para dar efectividad a dicho propósito, ordena además, que el Estado está obligado a reabrir una escuela y dotarla de personal administrativo y docente para que funcione permanentemente y la reapertura y puesta en condiciones de operatividad de un dispensario, en el lugar donde viven la mayoría de los hijos de las víctimas. (Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones - párr. 96).

Con relación a la expresión "justa indemnización" sostiene la Corte Interamericana que al estar referida a la "parte lesionada" la misma tiene **carácter compensatorio** y no sancionatorio, conforme el estado actual del Derecho Internacional. (Velásquez Rodríguez-ant. cit. párr. 38).

Que a los fines del **cálculo del daño material (lucro cesante)**, sobre la base del principio de su apreciación prudente y razonable, debe partirse del

sueldo que efectivamente percibía la víctima y hasta su posible fallecimiento por muerte natural. Calculando para ello su haber hasta el momento de su jubilación y de allí en más el que le hubiere correspondido como pensión y la aplicación de intereses. (Velásquez Rodríguez-ant. cit. párr. 46) (Caso Aloeboetoe y otros-Reparaciones-párr. 87). En el caso de no existir tal ingreso efectivo de la víctima, lo sustituye por el salario mínimo vigente en el Estado denunciado. (Caso Neira Alegría y otros - Reparaciones - 19-09-1996 - párr. 49) (Caso Villagran Morales y otros- Reparaciones- párr. 79) o como salario básico un monto no menor al costo de la canasta alimentaria básica, por ser una cifra superior al salario básico rural al momento de los hechos. (Caso El Amparo-Reparaciones - 14-09-1996 - párr. 28). En fallos más recientes, ante la ausencia de prueba efectiva y cierta de los ingresos la Corte ha fijado un monto estimado basado en principios de equidad. (Caso Bamaca Velásquez - Reparaciones - párr. 51, ap. B).

Posteriormente también el tribunal internacional distingue dos situaciones: Si el **beneficiario** es directamente la víctima afectada de incapacidad total y absoluta el monto resultante le corresponde en su totalidad. (Velásquez Rodríguez-Reparaciones-párr. 47). Si en cambio, el beneficiario es un familiar, corresponde efectuar sobre dicho monto un descuento del 25% correspondiente a gastos personales de la víctima. (Caso El Amparo - 21-09 - 1995 Reparaciones - párr. 28). Cuando el monto ha sido fijado por razones de equidad y los beneficiarios eran familiares, sobre el mismo, no efectuó descuento alguno. (Caso Bamaca Velásquez - Reparaciones - párr. 51-b).

Con respecto al **rubro gastos** correspondientes a las averiguaciones y gestiones realizadas con el objeto de obtener información sobre las víctimas, ha establecido el otorgamiento, por razones de equidad, en el caso de no existir prueba alguna de los mismos, la suma de dólares estadounidenses dos mil. (Caso El Amparo-Reparaciones-párr. 21). En otro caso, ante la inexistencia de prueba documentada de los gastos de búsqueda, pero ante el reconocimiento de la realización de erogaciones por parte de familiares de la víctima, por parte del Estado, la Corte fijó en consideraciones de equidad la suma de veinte mil dólares estadounidenses. (Caso Bamaca Velásquez - Reparaciones - párr. 54, ap. C).

Con relación a **las costas y gastos**, inicialmente, admitiéndose exclusivamente la intervención de la Comisión Interamericana, como parte en el proceso, la Corte negó la posibilidad de su fijación. (Caso Aloeboetoe y otros-Reparaciones- párr. 110 a 115; Caso El Amparo - Reparaciones - párr. 63). Posteriormente, frente a las modificaciones de su Reglamento, por la Corte I.D.H., en los años 1996 y 2001, el que amplió la intervención autónoma de las víctimas y sus familiares, como parte, la misma comenzó a fijar costas, a favor de los representantes de las mismas, por aplicación del principio de equidad y tomando en cuenta a los fines de la valoración de la calidad y pertinencia de la tarea cumplida, no necesariamente una proporción de la indemnización acordada a sus representados, sino: el aporte de elementos probatorios para sustentar los hechos; el consejo legal brindado a sus representados; la diligencia demostrada y el grado de conocimiento de la jurisprudencia interna-

cional, entre otros elementos. (Caso Paniagua Morales y otros - Reparaciones - 25-05-2001 - párrs. 212/217) (Caso Villagrán Morales y otros - Reparaciones - 26-05-2001 - párrs. 104/109).

Con relación a la **determinación del daño moral o inmaterial**, inicialmente la Corte vinculó su existencia con los padecimientos psíquicos sufridos por la familia de la víctima, probadas pericialmente. (Caso Velásquez Rodríguez - Reparaciones - párrs. 50/51). Posteriormente las ha vinculado con las injurias y los malos tratos sufridos por las víctimas y las sufridas por los familiares de las víctimas como consecuencia de ellos conforme las circunstancias del caso y cuantificadas sobre la base del principio de equidad. (Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones - párrs. 91/92). (Caso Villagrán Morales - Reparaciones - párrs. 88/93). Finalmente, en el caso de personas dependientes de las víctimas ha señalado que el daño moral debe ser específicamente probado en su existencia. (Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones - párr. 75). Asimismo ha considerado los efectos de profunda angustia que genera la situación de impunidad. (Caso Bamaca Velásquez - Reparaciones - párr. 64).

Finalmente, en lo que se refiere a la **determinación de los beneficiarios**. Si bien la Corte Interamericana, por regla general, ha establecido el carácter de beneficiarios, por la misma condición de víctima o por el carácter de herederos o sucesores de este y la acreditación de tales, conforme el Derecho Nacional. (Caso Velásquez Rodríguez - Reparaciones - párr. 58 - Caso Paniagua Morales y otros - Reparaciones - párr. 84 - Caso Villagrán Morales y otros - Reparaciones - párr. 67), también ha sostenido que en los casos en que el Estado no proporcione a toda la población los elementos necesarios para tal acreditación (identidad y filiación) conforme su derecho interno, son de aplicación para ello las reglas de la costumbre de la comunidad, partiendo de los conceptos generalmente admitidos de "Cónyuge", "hijo" y "ascendiente". (Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones - párrs. 62/64). Que asimismo familiares y terceros vinculados con la víctima pueden reclamar indemnización por derecho propio, pero siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos o condiciones, como ser: Que hubiera existido una relación de dependencia efectiva y regular entre el reclamante y la víctima, de modo que permitan presumir razonablemente que las prestaciones recibidas por aquel continuarían si la víctima no hubiese muerto; y de que el reclamante hubiera tenido una necesidad económica que regularmente era satisfecha con la prestación efectuada por la víctima. Ello debe ser probado por los familiares de la víctima, entendido este como un concepto amplio que abarca a todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano, incluyendo a los hijos, padres y hermanos, los cuales podrán ser tenidos como familiares y tener derecho a recibir una indemnización, en la medida en que cumplan los requisitos fijados por la jurisprudencia del Tribunal. (Bamaca Velásquez - Reparaciones - párrs. 33/34). (Caso Villagrán Morales y otros - Reparaciones - párr. 68).

Finalmente, con relación a la **modalidad de cumplimiento**, la Corte ha señalado que el pago de los beneficios otorgados directamente a las víctimas sobrevivientes y a familiares de las víctimas, mayores de edad, deben efec-

tuarse directamente a las mismas y si fallecen a sus herederos, en el plazo de seis meses. Igual procedimiento es aplicable con relación a los beneficiarios de las costas y gastos. Si por algún motivo los beneficiarios no pudieran percibir directamente el beneficio, el gobierno deberá depositar las sumas acordadas en una cuenta o depósito en una institución bancaria solvente del país, dentro de los seis meses, y mantener dicho depósito por el plazo máximo de diez años, a partir de dicha fecha, de no ser reclamado, quedará el beneficio e intereses devengados a favor del Estado demandado. En el caso de beneficiarios menores de edad, se efectuará un depósito de las mismas características y condiciones que el anteriormente descrito, al que se le acumularán los intereses devengados, los que quedarán a disposición de estos cuando cumplan la mayoría de edad. Los pagos estarán exentos de todo impuesto, y la moneda de pago es en dólares estadounidenses o en la moneda nacional en su equivalente en la plaza de Nueva York, el día anterior al pago. En caso de que el Estado demandado incurra en mora pagará intereses sobre la suma adeudada, correspondiente al interés moratorio bancario vigente en el Estado demandado. Finalmente la Corte se reserva la facultad de supervisar el cumplimiento íntegro de la sentencia. (Caso Paniagua Morales y otros - Reparaciones - párrs. 220/228 - Caso Villagrán Morales y otros - Reparaciones - párrs. 114/122). Que asimismo, en un caso, a los fines de la debida protección de las indemnizaciones fijadas, tanto en relación a los beneficiarios mayores como a los menores de edad, a tenor de su carácter generalizado de analfabetos, la Corte procedió a la creación de una Fundación destinada a la administración de las mismas, fijando las condiciones de su administración y de su posterior retiro. (Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones - párrs. 103/107).

**La vinculación de dichos antecedentes con el derecho nacional** sobre la materia abre algunas cuestiones que me permitiré ahora analizar en general:

Es sabido que **la Argentina formuló reserva** a la Convención Americana en el sentido de que no admitirá la revisión de lo que los tribunales nacionales entiendan por "**indemnización justa**", pero ello referido al art. 21.2 de la C.A.D.H. vinculada a los casos de expropiación, solo aplicable a esa situación particular, no pudiendo ser interpretada en que conduce a limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma en mayor medida que la prevista en la reserva y en el contexto general del objeto y fin de la Convención, conforme lo ha sostenido la Corte I.D.H. (Opinión Consultiva N° 2-24-09-1982-párrs. 29 y 35; Opinión Consultiva n° 4-19-01-1984-párrs. 65-66).

Una cuestión que puede suscitar controversias es la referida a los **posibles beneficiarios por derecho propio de la indemnización por daño moral**, y el alcance y contenido del mismo, frente a graves violaciones a los derechos humanos.

Respecto a la segunda de las cuestiones ha dicho la Corte I.D.H. "**Daño Inmaterial**: La Corte pasa a considerar aquellos efectos lesivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial. El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las

víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, el consuelo de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir". (Bamaca Velazquez - Reparaciones - párr. 56). (Conf. caso Cantoral Benavidez - Reparaciones - 03-12-2001 - párr. 53; Villagrán Morales y otros - Reparaciones - párr. 84).

En las mismas actuaciones (Bamaca Velazquez) además, la Corte I.D.H. señala que en los casos de desaparición forzada de personas, ausencia de sanción de los responsables y desconocimiento del paradero de los restos mortales, ello ha ocasionado sufrimientos en los miembros de la familia: Padre, esposa, y hermanas de la víctima. (párr. 61) y que probado el grado de relación y afecto entre la víctima y los declarados beneficiarios, no es necesario probar la existencia misma del daño moral. (párr. 65). (Conf. caso Cantoral Benavidez - Reparaciones - párrs. 61.a y 61.d. Caso Villagrán Morales y otros - Reparaciones - párr. 66. Caso Paniagua Morales y otros - párr. 108, entre otros).

Siendo que el derecho a la reparación está garantizado por el sistema regional de protección de los Derechos Humanos, del cual la Argentina es parte (Derecho éste constantemente reconocido, tanto por la Comisión Interamericana como por la Corte Interamericana) y la Jerarquía Constitucional, de la Convención Americana como de la Declaración Americana, y el criterio de la CSJN de que los Instrumentos de derechos humanos jerarquizados deben ser interpretados en los términos en que lo hacen los organismos supranacionales de control y aplicación, entiendo que los criterios de la Corte I.D.H. vinculados tanto con la extensión del daño moral o inmaterial, como de los posibles beneficiarios de tal indemnización son de aplicación en el derecho argentino y deben ser recepcionados por la jurisprudencia nacional.

Lo expuesto, de modo alguno, carece de interés práctico actual. En primer lugar, por el carácter de delito permanente de la Desaparición Forzada, (lo confirma la Convención Interamericana sobre la materia con jerarquía constitucional) y por la actualidad de sus consecuencias, como la situación de impunidad o imposibilidad de dar con el paradero de los restos mortales de la víctima, lo que me entender impide sostener que el derecho respectivo pudiera encontrarse prescripto, el daño es actual y se sigue produciendo. Por otra parte, porque los eventuales beneficiarios, exceden los criterios imperantes, por ejemplo, en la ley 24.411 mod. por la ley 24.823, que establece una

indemnización a favor de la víctima, que se transmite por vía sucesoria a quienes son considerados sus causahabientes, pero que, pero que de modo alguno contempla la situación de los beneficiarios por derecho propio, y que por otro lado, en caso de aceptarse, sólo compromete la conformidad de quienes aceptan el mismo. Por ello, entiendo, queda abierta la posibilidad de reclamar dicho daño inmaterial por otros beneficiarios directos no incluidos en la ley o que no hayan aceptado la indemnización tasada legal.

El segundo aspecto al que deseo dar tratamiento es el vinculado con la **aplicación de la costumbre de los pueblos indígenas**, en relación con la interpretación de la Convención Americana, y su reconocimiento en la dilucidación de controversias jurídicas o judiciales, en el contexto del derecho nacional.

Ha expresado la Corte I.D.H. que "Ya la Corte ha reconocido la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". (Bamaca Velazquez-Reparaciones-párr. 81). (Conf. caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastigñi - Sentencia - 31-08-2001 - párr. 149; Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones-párr. 62). Lo que se encuentra reafirmado por las normas constitucionales, que en el caso particular de la Argentina, se desarrollan en el art. 75 inc. 17, incorporado por la reforma de 1994.

En el Caso Aloeboetoe, como ya se explicó, ante la imposibilidad de acreditación de la filiación o vínculo familiar por los medios establecidos por la legislación general del país, por no haber el Estado facilitado los medios para ello, se determinaron éstas por aplicación de la costumbre de la comunidad indígena. En el caso Comunidad Mayagna, la Corte aplicó la costumbre arraigada en ésta para afirmar, en coincidencia con los términos de la Constitución de Nicaragua, el reconocimiento de la propiedad comunitaria, y afirmar que el Estado había infringido el art. 21 de la Convención Americana al no haber delimitado la misma, lo que le ordena hacer, como asimismo, hasta tanto ello sucede, ordena que agentes del Estado o Terceros se abstengan de ejecutar actos que afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad. (párrs. 153 a y b). En el Caso Bamaca Velásquez, se remite a la tradición maya, para reforzar los fundamentos sobre la importancia de la ubicación y entrega de los restos mortales de la víctima a sus deudos, ordenando la realización de exhumaciones en presencia de los familiares y la implementación de un programa nacional de exhumaciones. (párrs. 81/83).

Los criterios antedichos, por aplicación de los arts. 42 y 14 de la Constitución de Río Negro, art. 2 de la ley provincial 2641, el art. 14 del Convenio de la OIT 169/1989 aprobado por ley 24.071 y art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, reconociendo la propiedad comunitaria de la Comunidad Ancalao, a la que pertenecían los demandados, aún no habiendo agotado los trámites administrativos definitivos para ello, fueron sostenidos por el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5, de la III Circuns-

cripción de Río Negro, rechazando así la acción de desalojo intentada en autos "Sede Alfredo c/ Vela Herminia y otros s/ Desalojo". (En diario judicial del 24-08-2004).

Considero que tanto los diversos antecedentes de la Corte I.D.H. citados, como lo establecido por nuestra Constitución Nacional en el art. 75 inc. 17, hacen procedente la consideración de la costumbre de las comunidades indígenas al momento de la resolución de controversias judiciales, en las cuales las mismas o algunos de sus miembros son parte en el país.

#### La indemnización de daños y perjuicios por error judicial

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.6) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 10) hacen referencia al derecho de ser indemnizado por error judicial, cuando una sentencia condenatoria firme luego sea revocada (ambos tratados) o cuando se conceda el indulto al haberse verificado un hecho que pruebe plenamente la comisión de un error judicial (en el primero de los tratados mencionados). Por otra parte, al ratificar el Gobierno Argentino la Convención Americana interpretó la referida cláusula, en el sentido de que dicho error judicial debe ser establecido por un Tribunal Nacional.

Las referidas normas, de jerarquía constitucional, evidentemente consagran tal derecho frente a una sentencia firme luego dejada sin efecto, con motivo del error judicial verificado, o ante el otorgamiento del beneficio del indulto por igual motivo, y por ende, conforme nuestro ordenamiento jurídico interno, ello habilita su reclamación en sede civil.

Ahora bien, la cuestión controvertida se plantea frente a la Prisión Preventiva. Un lúcido defensor de la procedencia de la indemnización frente a la prisión preventiva por error ha sido el Dr. Carlos Colautti. (Derechos Humanos- págs. 127 y sigtes.). Como él lo señala con claridad, y lo comparto, parece un contrasentido poco sustentable el otorgar mayor protección al derecho de propiedad (exigencia de contracautela para la traba de Medidas Cautelares, en muchas ocasiones hasta de carácter real) que a la privación cautelar de la libertad. Sólo explicable, desde nuestro punto de vista, a través de una ideología dominante en el Estado y en parte de nuestra sociedad, que claramente privilegia la propiedad sobre la libertad, y en cuyo contexto, también son entendibles las recientes reformas al Código Penal y a los Códigos Procesales sobre la materia. Por otra parte, dicho autor señala con certeza que el criterio dominante respecto a la Prisión Preventiva es su excepcionalidad, y por ende el privilegio de la libertad sobre su privación cautelar; lo que acrecienta la responsabilidad frente a su aplicación errónea. Ello también, en la práctica actual, por iguales motivos, cada vez más cuestionado.

Ahora bien, ingresando en la consideración de su procedencia, en primer lugar hay que señalar que, conforme lo ha sostenido en forma reiterada la

CSJN (Fallos-302-1022) la Prisión Preventiva es una medida cautelar que cuenta con respaldo constitucional, y que, teniendo en cuenta su diversa naturaleza en el proceso, frente a la sentencia definitiva posterior absolutoria, si ésta no reconoce la arbitrariedad del auto de procesamiento y prisión preventiva, y además, la misma se basa en una apreciación razonada de los elementos del juicio existentes al momento de su dictado y en aplicación de las normas procesales vigentes, no resulta procedente la indemnización por el solo hecho de la absolución posterior, con lo cual desestimó la demanda de daños y perjuicios contra el Estado Nacional (Poder Judicial de la Nación). (CS-"Cura Carlos A."-27-05-2004-DJ-2004-3-484).

A este respecto me permito comentar lo siguiente: Si el imputado es absuelto por aplicación del beneficio de la duda, por ejemplo, entiendo que puede establecerse una relación de legitimidad de la prisión preventiva con respecto a la sentencia posterior absolutoria. Pero en cambio si tal fallo absuelve por la ausencia o clara insuficiencia probatoria de la responsabilidad penal o tiene por no probado el delito, considero que puede ingresarse al análisis de si ha existido "una apreciación razonada de los elementos existentes al momento de su dictado" en referencia a la Prisión Preventiva, aun en sede civil.

En este fallo de la CSJN ("Cura Carlos A."), en cambio, se admitió la procedencia de daños y perjuicios contra la Provincia de Bs. As., a tenor de que el allanamiento, cuya nulidad e invalidez de los actos procesales subsiguientes, declaró el tribunal de juicio, que dieron origen a la absolución dictada, fue ejecutado por agentes de la Policía Provincial. Siendo dicha declaración de nulidad sobreviviente al dictado de la Prisión Preventiva, esta última, como ya dijimos, no resultaba ni arbitraria ni irrazonable.

A este respecto, si bien la Corte admite la viabilidad de los daños frente a la nulidad de actos esenciales del proceso, que en el caso concreto han generado la prisión efectiva del imputados por dos años y 46 días, esta tajante separación entre responsabilidad de los agentes policiales que intervienen en el acto nulificado y la actuación del Poder Judicial (En este caso de la Nación por tratarse de la presunta comisión de delito de narcotráfico), como criterio de carácter general, no la comparto. El trámite de instrucción, tanto a nivel nacional como de la Provincia de Bs. As. está bajo el control de Jueces y Cámaras de Apelaciones, y siendo estos los primeros responsables en la aplicación del derecho (principio *iura curia movit*), y en el control de regularidad de los procedimientos, y estando las nulidades, máxime en materia penal, descriptas en la ley procesal, no puede descartarse en la práctica que la advertencia tardía de su existencia, se deba a culpa o negligencia del órgano jurisdiccional, en esta etapa del proceso, la que por supuesto quedará en mayor evidencia y por ende, más fácilmente probada, cuanto más grosero haya sido el apartamiento al ordenamiento procesal, que motiva la misma, lo cual torna también responsable al órgano jurisdiccional, no bastando, para eximirlo de ella, la sola declaración de nulidad "a posteriori" del dictado de la prisión preventiva.

Finalmente, a este respecto, tampoco resulta ocioso recordar aquí que, conforme la jurisprudencia de la Corte I.D.H., las violaciones a los arts. 7 y 8 de la C.A.D.H. (Duración razonable del proceso penal y Garantías Mínimas del Proceso Penal) corresponde, también, sean indemnizadas. (Caso Loayza Tamayo - Sentencia sobre reparaciones - 27-11-1998; Caso Suárez Rosero - sentencia sobre reparaciones - 20-01-1999, entre otros). Ello implica, desde nuestro punto de vista que, el concepto de error judicial, también deberá ser examinado a la luz de la verificación del estricto cumplimiento de las garantías mínimas del proceso penal, tanto consagradas por los tratados internacionales de Derechos Humanos, como por la propia constitución o por la ley.

Por supuesto que, a los fines de la procedencia de dicha responsabilidad, deberán aplicarse las reglas generales en la materia, y evaluarse judicialmente, la conducta de las partes intervinientes, a fin de determinar la existencia del hecho dañoso, la culpa y el grado de responsabilidad frente a ella.

#### La contradicción existente entre desarrollo normológico y vigencia efectiva de los derechos humanos

Otro de los problemas actuales en materia de Derechos Humanos es la contradicción existente entre su desarrollo normológico, entendido como la proliferación de reconocimientos formales, tanto constitucionales, como convencionales o legales de los derechos humanos y la vigencia efectiva de estos, entendido ello como su goce efectivo por la mayoría de la población.

Esta realidad, es fácilmente palpable en la Argentina de hoy, donde un marcado proceso de concentración de la riqueza que no cesa, ya que el mayor nivel de riqueza (crecimiento del producto bruto interno) poco o nada significan, en el un proceso de distribución de la riqueza de carácter elitista (donde el 20% de la población total acapara el 70 o el 80% del total de la riqueza producida), y deja en la marginalidad social a más del 40% de la población total, se contraponen con el sistema constitucional nacional que con mayor énfasis explícita la amplia gama de derechos humanos consagrados.

Este proceso tiene profundas raíces históricas y se enmarca en una práctica política afín a dichos resultados. En relación a lo primero, algunas pautas ya hemos desarrollado en el Módulo III del presente, las que invitamos a repasar. Es lo que algunos autores han denominado "erosión constitucional", es decir un paulatino desapego a las formulaciones constitucionales en la práctica institucional y en el desempeño social, y que el suscripto ha vinculado, principalmente, a profundas razones de dependencia política y económica, como allí a quedado esbozado. Pero además, la práctica política, aun de gobiernos formalmente democráticos, ha acentuado esta realidad. Primero, porque se ha generalizado la creencia en la solución de los problemas (sin efectividad de los derechos humanos) por vías formales: Desde afirmar que se respetan los mismos porque se ha ratificado un tratado, o afirmar que se resuelven los problemas de la delincuencia porque se ha reformado un código

penal o de procedimientos; o que se pone un límite al problema de la pobreza, criminalizándola. Segundo, por un formalismo institucional que ha llevado paulatinamente, y por distintos medios, a un proceso de concentración del poder, que en el caso particular de la Argentina, está centrado en el Poder Ejecutivo, que por su propia conformación, es el menos democrático de los poderes del Estado, y que sujeta la efectividad de los derechos humanos, a las mejores o peores intenciones de éste. Finalmente, metas esencialmente electoralistas, han propendido al desarrollo de un discurso político facilista, donde las eventuales soluciones o los posibles problemas son abordados con superficialidad, y que en definitiva, no hacen más que favorecer alternativas continuistas sobre alternativas de cambio, tan necesarias para la efectiva vigencia de los derechos humanos.

Ante ello, la efectividad de los derechos humanos, como principio propio de esta disciplina, exige, como ya lo expresamos, abordar en conjunto, tanto las dificultades jurídicas como las estructurales que impiden o entorpecer su realización. Ello implica una metodología de estudio y análisis de los derechos humanos, que integre ambos aspectos, tanto intradisciplinariamente como multidisciplinariamente, a fin de superar esta contradicción, y cuyas ideas primarias hemos desarrollado en el Módulo Primero de este Manual.

Por otra parte, ya en el Módulo III hemos expuesto una introducción general sobre el desarrollo político, con especial referencia a América Latina y la evolución de dicho proceso, en el contexto de la bipolaridad política y lo que denominamos la globalización, (aunque algunos autores prefieren distinguir entre globalización, referida a la concepción de dicho proceso por el discurso único, y el de mundialización, en referencia a discursos alternativos de significación) a lo cual, en principio, nos remitimos, y creemos necesario se repase ahora.

Esta relación inicial que proponemos nos permite coincidir con lo afirmado por Néstor García Canclini (a quien seguiremos en gran medida en esta exposición) que "Así como se estableció que las construcciones imaginarias hacen posible la existencia de las sociedades locales y nacionales, también contribuyen a la arquitectura de la globalización". (La globalización Imaginada, 2000, págs. 32/33). Pero que para determinar, cuánto hay de realidad y cuánto hay de imaginario en este proceso globalizador "habrá que diferenciar quiénes se benefician con el ensanchamiento de los mercados, quiénes pueden participar de él en las economías y culturas periféricas y cuántos quedan descolgados de los circuitos globales". (pág. 32). Para finalmente señalar con él que la globalización no es ni un paradigma científico ni económico, como tampoco lo es político, sino que "La globalización, más que un orden social o un único proceso, es resultado de múltiples movimientos, en parte contradictorios, con resultados abiertos, que implican diversas conexiones "local-global y local-local." (Mato, 1996). Los conocimientos disponibles sobre globalización constituyen un conjunto de *narrativas*, obtenidas mediante aproximaciones parciales, en muchos puntos divergentes". (pág. 47).

Esta visión dinámica del proceso globalizador, de construcción, es lo que nos permite analizar críticamente la nueva realidad mundial, como asimismo, el rol del Estado, de las ONGs, y de la sociedad, en dicho proceso. Lo que el autor citado refiere en especial al campo de la cultura respecto al Estado, podemos extenderlo a otros campos (político-económico-social) por analogía. "No corresponde al Estado indicar a los artistas qué deben componer, pintar o filmar, pero tiene responsabilidad sobre el destino público de esos productos a fin de que sean accesibles a todos los sectores y que la diversidad cultural pueda expresarse y valorarse". (pág. 189). Así como lo que afirma respecto a colocar en el lugar protagónico del desarrollo a las personas no a los capitales ni a otros indicadores mercantiles, lo que representa revertir la tendencia a la simple privatización y desnacionalización de las instituciones o los programas, y a la inserción de programas e instituciones culturales regionales que acompañen la integración comercial entre naciones, (págs. 189/196), por ejemplo, reflejan, en general, los desafíos que el proceso de construcción de la globalización genera, y también las posibilidades que abre, en la medida en que comprendamos que el mismo no representa lo que el "discurso único" nos define como tal. Es decir, se trata de superar visiones a-críticas que pregonan la irreversibilidad de la globalización y como consecuencia de ello, sus exigencias, (confiabilidad-estabilidad-competitividad) (p. ej. Ernesto López - Globalización y democracia - págs. 41/44).

En el campo particular de los Derechos Humanos, podemos afirmar que el concepto y desarrollo de la Justicia Universal, puede perfectamente ubicarse en este proceso de globalización, como un mecanismo útil para la superación de los procesos de impunidad de carácter nacional. Como asimismo, la utilización alternativa del Internet y la comunicación global (García Canclini, págs. 203/204) no sólo han permitido intensificar la relación "local-local" entre organizaciones y profesionales en la lucha contra la impunidad (la Red de Abogados de Derechos Humanos en Argentina es un ejemplo) sino que, además, han permitido fortalecer la relación "Local-Global", afianzando el intercambio de experiencias entre personas y organizaciones de países (especialmente Latinoamericanos) en situaciones similares, y también, organizando campañas de solidaridad, divulgación, especialización y entrenamiento, que en definitiva, se constituyen en un intento válido para tratar de superar la ubicación de "aislamiento" (es una incumbencia y preocupación de pocos) en la que, el discurso dominante, tanto político como disciplinar, pretende colocar a los Derechos Humanos (como ya se explicó en el Módulo Primero), para ir tomando conciencia, por una parte, que "no somos tan pocos" y por otra, que es una responsabilidad de todos.

Por supuesto que en el marco de esta construcción contradictoria y divergente de la globalización, también hay múltiples alertas a tener en cuenta, vinculadas con los derechos humanos, y que sobre todo, provienen del discurso único, el que, enarblando preocupaciones legítimas (Terrorismo - Narcotráfico - Ayuda Económica y Humanitaria) pone en peligro, o viola abiertamente, derechos básicos, como la libre determinación de los pueblos, tanto política como económica, y los derechos civiles, políticos, económicos, socia-

les y culturales de sus habitantes, justificando la violencia más brutal (hasta la guerra preventiva) y las ocupaciones militares sobre terceros países, o los condicionamientos económicos o los procesos de integración (ALCA) que no hacen más que profundizar las desigualdades sociales y económicas. O de políticas de financiamiento promocionadas por los centros del poder económico, a ONGs, de distinto tipo, que terminan condicionando su visión crítica o exigiéndoles, aun indirectamente, no renovando el mismo, que ésta no se emita, tomando distancia así del problema de la pobreza del pueblo.

En pocas palabras, la contradicción entre existencia formal y vigencia efectiva de los derechos humanos, requiere de la elaboración de estrategias, que en el contexto de la globalización, permitan una inserción favorable a los intereses de los países latinoamericanos y al desarrollo de un mayor grado de autonomía de los mismos, de elaboración colectiva, en una democracia participativa.

#### La relación entre democracia y derechos humanos

La relación entre Democracia y Derechos Humanos, desde el punto de vista normativo, y en especial, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, surge tanto, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 28) como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Preámbulo-art. 29 .c y 32.2). Lo que se ha reafirmado, más recientemente, con la aprobación de la Carta Democrática Interamericana (2001) por los Estados de la OEA, donde se hace incapié en la relación entre Democracia, desarrollo integral y lucha contra la pobreza, haciéndose expresa referencia a la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales y al respeto de la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas.

Por su parte, la Constitución Nacional reformada en 1994, contiene referencias al sistema democrático en su art. 36, en el art. 75 inc. 19 tercer párrafo y en el inc. 24 primer párrafo.

Esta relación de articulación entre Democracia y Derechos Humanos ha sido reconocida expresamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Del Tribunal Constitucional - 31-01.2001 - párr. 111) al momento de juzgar la responsabilidad estatal: "Para establecer si la conducta del Estado, en el caso en análisis, se ajustó o no a la Convención Americana, esta Corte considera oportuno recordar que el Preámbulo de la Convención reafirma el propósito de los Estados Americanos de "consolidar en el Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos y deberes esenciales del hombre". Este requerimiento se ajusta a la norma de interpretación consagrada en el artículo 29 .c de la Convención. Los hechos del presente caso contrastan con aquellas exigencias convencionales".

La cuestión que sí genera debate es ya definir que entendemos por democracia y cuál es su relación efectiva con los Derechos Humanos.

Una definición que podemos denominar **instrumental** de Democracia, y que establece un determinado nivel de relación con los Derechos Humanos es la aportada, por ejemplo, por Guillermo O'Donnell (La Democracia en América Latina, pág. 152): "Por Régimen Democrático entiendo uno en que el acceso a las principales posiciones de gobierno se logra mediante elecciones que son a su vez competitivas e institucionalizadas y en el que existen, durante y entre esas elecciones, diversas libertades habitualmente llamadas "políticas", tales como las de asociación, expresión, movimiento y de disponibilidad de información no monopolizada por el estado o por agentes privados". "...es una mediación entre la sociedad y el Estado: consiste en un conjunto de instituciones, reglas y prácticas que regulan el acceso desde la sociedad a las más altas posiciones en el estado".

Esta definición instrumental de Democracia, como vemos, implica una relación con los Derechos Humanos, entendidos en sentido más estricto como derechos o libertades políticas, y en sentido más general, como los clásicos derechos y garantías individuales. Es decir, la relación Democracia-Libertad es imprescindible y la relación Democracia-Igualdad es subsidiaria y prescindible, aunque, como advierte A. Squella Narducci (Estudios sobre Derechos Humanos, pág. 63): "...ello no tiene que ser presentado, sin embargo, al modo de un obstáculo inseparable que impediría o tornaría ilegítima, toda demanda o exigencia a la democracia en orden a obtener sociedades más igualitarias..."

Una definición sustancial de la democracia la podemos hallar en las palabras de Harold Laski, citadas por Alf Ross: "...aquellos que viven en condiciones desiguales (económicas, sociales, culturales) no piensan en forma igual, y que, por ende, el sentido común de los valores y la voluntad de comprensión recíproca, que son requisitos previos de la democracia, pueden quebrarse si las condiciones llegan a ser excesivamente desiguales. Una comunidad con desigualdad vive siempre temiendo divisiones intestinas. La gente de una comunidad solo tendrá un interés similar en la libertad, cuando, para decirlo con términos precisos, tengan un interés similar en sus resultados. La libertad, pues, y a la larga, no podrá subsistir sin igualdad. La igualdad es una condición necesaria de la democracia, y la democracia, por su parte, de la libertad". (En Squella Narducci, pág. 36). Estas afirmaciones son confirmadas por una encuesta desarrollada por la Corporación Latinobarómetro, entre noviembre y diciembre de 1997 (citada por García Canclini, págs. 22/23) en 17 países de la región, y donde salvo Costa Rica y Uruguay, en el resto el 65% de los encuestados se mostraba "poco o nada satisfecho" con el desempeño de la democracia, dando como razones para ello: la crisis de gobernabilidad, las devaluaciones junto al aumento del desempleo y la pobreza, entre las más importantes; y en países como Paraguay y México, casi se duplicaba el número de partidarios de salidas políticas autoritarias.

Esta concepción sustancial de la democracia, se vincula mucho más ampliamente con el concepto de Derechos Humanos, y sobre todo, con la efectividad, también, de los derechos económicos, sociales y culturales, como objetivo y fin del régimen democrático.

### Otras consideraciones en torno de la democracia

La palabra democracia proviene del griego que significa Soberanía del Pueblo.

La primera aproximación teórica sobre la democracia proviene de la **filosofía Aristotélica** (Política), como vimos la idea de "Polis" como comunidad de ciudadanos, partía de la idea de constituirse por el devenir de la **ley natural**, consecuencia de la sociabilidad propia de la condición humana, y representaba la participación efectiva de los ciudadanos en la toma de las decisiones colectivas. Se asentaba en dos principios fundamentales, la igualdad de los ciudadanos y la igualdad de palabra en la Asamblea. Aunque excluía de la categoría de ciudadanos a los esclavos, a los extranjeros y a las mujeres.

Posteriormente, un defensor acérrimo de la soberanía popular, de carácter indelegable, fue, en el marco de las **teorías contractualistas**, **Juan Jacobo Rousseau**, quien así fue partidario de la denominada democracia directa, rechazando la representación, pero circunscribiéndola al ejercicio de la función legislativa. Sin perjuicio de haber expresado sus dudas sobre las posibilidades de la democracia: "Bajo este régimen el ciudadano debe armarse de fuerza y de constancia y repetir todos los días, en el fondo de su corazón, lo que decía el virtuoso Palatino en la dieta de Polonia: prefiero la libertad con peligro que la esclavitud con sosiego". (El Contrato Social).

Por su parte, la **relación entre democracia y el liberalismo**, tampoco fue pacífica. Pensadores como **Benjamín Constant**, (1767-1830), estableciendo una diferencia entre la **libertad de los antiguos y la libertad de los modernos**, señalaba que, si para los primeros implicaba la participación directa de los ciudadanos en la formación de las leyes a través de una democracia asamblearia, para los segundos representaba la libertad individual respecto del Estado, de la que son manifestación concreta las libertades civiles y políticas, aunque no necesariamente extendida a todos los ciudadanos. De allí que aparece principalmente una resistencia a la democracia directa o participativa.

Luego, progresivamente, fue ganando fuerza la idea de que se podía **establecer una relación entre el Estado Liberal**, entendido como aquel que reconoce y garantiza derechos civiles, con la **democracia parlamentaria o representativa**, donde la tarea de hacer las leyes no concierne a todo el pueblo (ciudadanos) reunidos en asamblea, sino a un cuerpo restringido de representantes elegidos por aquellos ciudadanos a quienes se les reconozcan los derechos políticos.

De allí en más, a lo largo de un desarrollo prolongado, se ha asistido a un **proceso de democratización** que se ha constituido más en una **transformación cuantitativa** (extensión del número de ciudadanos habilitados para ejercer los derechos políticos. Voto universal) que a una **transformación cualitativa** del régimen de representatividad. (Saborido, 2002). Sin perjuicio de señalar que esa transformación cuantitativa generó formas concretas de orga-

nización participativa para su logro, como los movimientos de mujeres sufragistas, por ejemplo.

Por otra parte, una cuestión que divide a la teoría política contemporánea es la referida a la **relación de la democracia con la igualdad de derechos**, interpretada ésta como igual satisfacción de las necesidades fundamentales, o igualdad de oportunidades o nivelación de la riqueza, etc. Así, Jorge Saborido (2002) cita las posiciones de **Robert Nozick (1938-2002)** (Anarquía, Estado y utopía) partidario de un Estado mínimo cuya única función es la de proteger a los individuos y sus propiedades (Recuperando las ideas del liberalismo clásico) y a **John Rawls (1921)** (Teoría de la Justicia) para quien una sociedad "bien ordenada" es aquella que comparte un ideal de justicia que se resume en tres principios fundamentales: 1) Igual libertad para todos; 2) Igualdad de oportunidades y 3) Principio de diferencia, consistente en repartir los bienes básicos con el criterio de dar más a quien menos tiene.

Tampoco puede dejar de señalarse la relación directa, afianzada en el tiempo, entre **democracia y partidos políticos**, entendidos estos como el vehículo a partir del cual se institucionaliza la participación política. Ni tampoco la crisis que los mismos han ido sufriendo al ser, en muchos casos, vehículo de ambiciones personales, relacionados con la perpetuación en la dirección de los mismos y en el ejercicio de la función pública.

Debemos señalar asimismo, al menos como enunciados, los efectos negativos que ha ejercido sobre la democracia como práctica política **la corrupción generalizada, y las interrupciones cíclicas, mediante golpes de estado, de la continuidad institucional**, minando la credibilidad pública en las efectivas respuestas, a los problemas sociales, que ésta puede brindar.

Por supuesto que el **problema de la democracia** en América Latina, y en el mundo en general, es mucho más complejo.

Siempre recuerdo que la mejor definición de democracia la vi en una nota periodística de Pasquini Durán, hace ya algunos años atrás: **Democracia es distribuir el poder**.

No podemos de dejar de señalar aquí, asimismo, que **la organización del Poder**, constitucionalmente vigente, es decir, en sentido formal, encierra una **contradicción intrínseca**, en su relación con la democracia. Esta consiste en que, paradójicamente, mientras uno solo de dichos poderes tiene una organización de carácter horizontal (El Poder Legislativo), los dos restantes cuentan con una organización de carácter vertical, donde la voluntad presidencial o la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede imponerse a la del resto de sus integrantes. Ello representa un análisis crítico profundo, que de modo alguno podemos agotar en estas páginas, pero que inicialmente, representa la necesidad de superar, con respecto al Poder Judicial, y en referencia específica al control de constitucionalidad, la contradicción existente entre el carácter difuso de la facultad para ejercer el control y el carácter concentrado del poder de decisión sobre dicho control. Patéticamente esta tensión

ha quedado reflejada en el voto de los Dres. Belluscio y Maqueda en el "Caso Bustos" (DJ-2004-3-709). Considerando 15º al sostener: "Que, finalmente, no se puede dejar de señalar la irritante desigualdad que ha producido entre los depositantes *la desorbitada actuación de los tribunales inferiores*, que por medio de medidas cautelares denominadas "autosatisfactivas" descalificadas por esta Corte, provocaron un notable trastorno económico que incluso puso en riesgo la regularización de los compromisos asumidos por la Nación frente a organismos internacionales de crédito... Por lo tanto, *la desigualdad es responsabilidad propia de los tribunales que dictaron y ejecutaron las medidas*". (lo destacado me pertenece). En este caso, o es difuso, tanto la atribución como el poder, y se reglamenta en términos restrictivos la intervención de la CSJN, respetando, especialmente, la autonomía judicial de las provincias y el poder de decisiones de los tribunales inferiores, ejercidos en condiciones de validez constitucional (criterio que en general comparto) o se establece un sistema concentrado, de la atribución del control y del poder de decisión, en relación a determinadas materias, como ser el control constitucional, que al menos sinceran el sistema.

Por otra parte, la referencia al riesgo en el cumplimiento de los compromisos asumidos por la Nación con los organismos internacionales de crédito (asimismo en voto Dr. Boggiano, Considerando 23º) los "pinta de cuerpo entero" (si se me permite esta frase popular) en la ideología desde la cual se emiten estos juicios de valor sobre la actuación de los tribunales inferiores y también, encubre el análisis de las causas reales de dicho riesgo: Gobiernos que abusaron del crédito y organismos internacionales que actuaron negligentemente en su concesión, amparados en la promoción de políticas económicas afines al discurso único. Y por otra parte, transfieren las razones de la crisis económica, que debe buscarse en todos aquellos que retiraron el dinero del sistema financiero argentino, antes del corralito y el corralón (en general los grandes inversionistas) y la inoperancia del gobierno para evitarlo por medios legales que estaban a disposición o a su irresponsabilidad política al legislar la intangibilidad de los depósitos, o la promesa de que "El que depositó pesos cobrará pesos y el que depositó dólares cobrará dólares" (Eduardo Duhalde al asumir su interinato presidencial) y que poco después desconocieron olímpicamente, y no en las medidas autosatisfactivas a las que alude el fallo, porque ello es poner el peso de la responsabilidad en quienes confiaron en el país dejando su dinero en el sistema financiero.

**James Petras**, en un artículo titulado "Democracia o neoautoritarismo" (Globaloney, 2000, págs. 73/93) analiza el **proceso de transición democrática en América Latina**. En primer lugar, a los fines de demostrar de que en realidad estamos ante un neoautoritarismo, señala la diferencia entre Estado (Como el conjunto de instituciones políticas y relaciones legales y de propiedad, lo que aporta una comprensión acerca de la construcción de las instituciones políticas permanentes y sus vínculos con las relaciones dominantes de propiedad y la estructura de clase) y Régimen (como instituciones políticas temporales que elaboran cotidianamente la política a través del presidente, el congreso y los legisladores locales, en el caso de la democracia) De allí que el Régimen político depende, y se inserta dentro de los parámetros

del Estado: Su poder y sus limitaciones operan dentro de ese marco de clase preestablecido. De allí que resulte pertinente hablar de Democracia Capitalista o de Democracia Socialista y que el cambio de Régimen (de una dictadura militar a un gobierno civil) no significa sin más el cambio del Estado (en sus relaciones de dominación de clase) y es esta faz autoritaria de las instituciones del Estado, las que terminan condicionando lo que se puede hacer y lo que no. Con lo cual estamos en presencia de verdaderos regímenes híbridos que combinan el autoritarismo estructural y la variable liberal, democrática, que funciona dentro de aquel marco político. Otro aspecto que analiza es el vacío de sentido de las campañas electorales, ante la disociación entre éstas y la posterior gestión de gobierno, lo que también define una desilusión que conlleva a un neoautoritarismo. Luego la proliferación de lo que el denomina "Los civiles del dedo", que recurren a los decretos (de necesidad y urgencia en nuestro caso) para las decisiones estratégicas, soslayando tanto el debate parlamentario como la consulta popular lo que también refuerza una conducta neoautoritaria. Por otra parte, muchas de esas decisiones (ajustes-flexibilizaciones-privatizaciones) son tomadas por funcionarios no elegidos o pertenecientes a organismos internacionales (FMI-Banco Mundial-Banco Interamericano de Desarrollo), muchas veces extranjeros. Y finalmente la cultura política del terror: Que vuelven los militares, que se van los inversionistas, que vuelve la hiperinflación, que nos caemos del mundo si no arreglamos con el FMI, etc. y que paralizan toda propuesta o debate de cambio. Con lo cual no estamos ante "paradojas" del régimen, sino en las consecuencias de decisiones tomadas en el contexto de estructuras autoritarias que acentúan las desigualdades.

Por otra parte, esta relación entre el restablecimiento de hegemonías, relaciones de propiedad y de clase, y el sistema democrático, en el contexto del capitalismo, surge clara si se analiza la conducta de los EE.UU., frente a determinados gobiernos democráticos (elegidos por el voto popular) (Salvador Allende-Chile-1971-1973) cuestionadores de las relaciones capitalistas de propiedad y de clase, y en otros casos, de apoyo a la institucionalidad democrática, cuando abiertamente responden a tales intereses. Es decir se aplica el criterio de clase para evaluar a la democracia.

Esta relación entre democracia formal, y Estado Clasista, la plantea, con algunas variantes, en su modelo de "Institucionalidad de la democracia burguesa", Heinz Dieterich. (Democracia participativa y Liberación Nacional-2003-pág. 136).

Esto genera también un achicamiento de los espacios públicos para el debate de los temas trascendentes para la sociedad toda y la necesidad de generar alternativas.

Esto constituye también un nuevo desafío, que desde la óptica de Heinz Dieterich, parte de la idea de construcción de un nuevo socialismo sobre la base de la democracia participativa, como forma de recuperación de la sociedad global y la economía de equivalencias (Arno Peters), y que como proyecto de transición, consiste en la construcción de un bloque regional de poder,

retomando la idea Bolivariana de Patria Grande, como solución parcial estructural. (págs. 137 y sigtes.).

Desde mi perspectiva personal, hago mía la siguiente cita de James Petras (ob. cit. pág. 92): "Entonces, un estudioso serio, respetado y reputado, pasa a ser aquel que acepta la definición imperialista de elecciones libres y mercados libres. Es aceptar que bajo el imperialismo uno puede luchar a favor de transformaciones con conceptos amorfos, como el de sociedad civil... La sociedad civil está dividida en clases, latifundistas y peones forman parte de la sociedad civil. El problema de la sociedad civil es el de la lucha de clases dentro de la sociedad civil".

En ese contexto se desarrolla la lucha por la democracia, y la lucha por los Derechos Humanos, y su vigencia efectiva.

Los problemas básicos que hacen a la violación de los derechos humanos, como la pobreza y la extrema pobreza, conforme lo han señalado en forma reiterada los organismos internacionales de contralor (Comisión Interamericana-Comité de Derechos Humanos, p. ej.) son de carácter estructural y por ende, exigen soluciones de igual naturaleza, que en mayor o menor grado afectarán tales relaciones estructurales.

Del mismo modo, cabe dilucidar si la participación popular es, o no, parte sustancial de la democracia, y en su caso, si se limita al ejercicio periódico de los derechos políticos o a intervenir activamente en la toma de decisiones. Desde mi punto de vista, cuando hablamos de democracia participativa, lo hacemos desde esta última perspectiva. Cuando nos referimos a "distribuir el poder", queremos indicar que deben legitimarse, tanto desde el poder formal, como desde la propia sociedad, mecanismos de participación con poder decisorio.

Finalmente, considero que, cuando hablamos de participación, hablamos de proyecto de poder político, desde quienes actúan, única forma de no ser meros "quejosos" que nada pueden cambiar, funcionales a la "pluralidad de opiniones" dentro del sistema, ya que, solo así, pueden vislumbrarse posibles cambios estructurales que modifiquen las causas que generan la violación de los derechos humanos y las prácticas autoritarias. Y cuando hablo de proyecto de poder político (conforme lo afirma James Petras) no hablo exclusivamente de "asalto al poder", sino de ir desarrollando un discurso y una actitud crítica de las relaciones económicas estructurales como razón de las desigualdades.

Tomaré para ello un ejemplo de actualidad por lo recurrente; Una cosa es afirmar "Los aumentos salariales traen aparejado un proceso inflacionario". (Aumentos salariales que son la materialización de derechos constitucionales como el salario mínimo, vital y móvil y la retribución justa), en términos universalistas y a-críticos, es decir, neutrales, a decir, "En el actual contexto de concentración de la economía y de los beneficios que ella produce, los aumentos salariales se trasladan a los precios", y más aún "En ese contexto las

empresas que concentran la actividad económica y son formadoras de los precios, pueden generar procesos inflacionarios preventivos para evitar tales aumentos". Ello, de por sí, es el paso inicial de un programa de poder, ya que son el principio para preguntarnos ¿Qué hacer frente a ello? ¿Qué cambios se deben producir? ¿Qué rol tiene nuestra participación frente a dicha realidad? Es, si se me permite la expresión, un primer despertar hacia la conciencia, y a la búsqueda de estrategias propias y comunes.

Y este Manual pretende, modestamente, ser un pequeño aporte inicial en ese camino.

No deseo cerrar esta parte sin hacer al menos una breve reflexión sobre lo que denomino "Modelo de Participación" y que algunos autores refieren como de ciudadanía. Hay coincidencia en señalar que dicho modelo, y su influencia en la construcción de una determinada identidad nacional, en América Latina, en general, y en particular, en la Argentina, fue introducido y desarrollado "desde arriba" por una elite intelectual. (Tulio Halperin Donghi-Susana Villavicencio). Esta tensión entre modelos y formas de participación propuestas, dirigidas o controladas desde el poder, y aquellas construidas desde la sociedad, que si a su vez cuentan con un programa de poder, aún incipiente, pueden ir transformándose en organizaciones de "contra-poder", es total y absolutamente actual. Lo que se denomina "Criminalización de la protesta social" no es más que una muestra de esta tensión. El Movimiento Piquetero, integrado principalmente por excluidos sociales (desocupados - pobres - indigentes) consecuencia ello de las reglas económicas impuestas por las clases dominantes, visibilizan su condición y su propuesta a través de un modelo participativo que, necesariamente, no puede conllevar el acatamiento y aceptación de tales reglas (expresadas superestructuralmente por el orden jurídico, p. ej.), razón de sus propios padecimientos, generando el corte de rutas y de calles, p. ej. Ahora bien, como "disciplinar" este movimiento, es decir mantenerlo dentro de la institucionalidad y el poder, dominantes: Por una parte, incorporándolo a dichas estructuras para controlarlo o, si ello no es posible, ilegalizar sus métodos, como una forma de terminar ilegalizando sus posicionamientos ideológicos. (Esto también sucedió en los 60 y los 70 en la Argentina). En síntesis, cómo y para qué participar, requiere profundizar este tipo de análisis, para el logro de un diagnóstico adecuado y un proyecto sustentable.

#### La defensa de la democracia en la Constitución Nacional

Finalmente, cerraremos este Módulo, con algunas breves reflexiones (ya que en caso particular de nuestra facultad el tema es propio de Teoría Constitucional) sobre el art. 36 de la Constitución Nacional, introducido por la reforma de 1994.

Lo primero que debemos señalar es que la Constitución propone la defensa de la democracia formal, lo que no es poco, frente a lo que denomina "actos de fuerza contra el orden institucional o el sistema democrático", pero

se muestra indiferente frente a violaciones vinculadas con los contenidos propios del sistema, y ello se refleja claramente, cuando, al dar tratamiento al derecho a la resistencia, sólo lo vincula con tales actos de fuerza (ilegitimidad de origen) y no con relación a los abusos, autoritarismos o la instrumentación de políticas de fuerte exclusión social (ilegitimidad de ejercicio), que la teoría clásica sobre el tema, ya contemplaba.

En segundo lugar, la exclusiva referencia a la prohibición de los beneficios de la conmutación de penas o el indulto a sus autores, sin referir a la amnistía, es un vacío altamente discutible si lo pensamos desde la idea de no favorecer, por medio alguno la impunidad.

Podrá afirmarse a dicho respecto que, conforme se ha interpretado en relación con el art. 29 del mismo cuerpo normativo, las conductas delictivas sancionadas por la Constitución no pueden ser objeto de tal beneficio, pero es evidente que al constituyente nada le costaba en dejar ello en forma expresa, por fuera de toda alternativa interpretativa sobre el punto, máxime teniendo en cuenta la experiencia reciente. Más bien parece como una ventana abierta a futuras "soluciones" políticas a cargo del Congreso, porque también podrá afirmarse ahora que, lo que el constituyente no excluyó expresamente puede considerarse como tácitamente admitido, al haber abordado concretamente el tema.

En la misma línea de reflexión, es criticable que el constituyente hable de la imprescriptibilidad de las acciones penales, sólo al referirse a la responsabilidad de quienes "usurpen funciones", y no en general, como inversamente, no hable de la prohibición de beneficios como la conmutación de penas y el indulto a su respecto. Pareciera que tales usurpadores, no se verían beneficiados por la prescripción, pero sí por la conmutación de penas o el indulto, es decir, otra ventana abierta para una "solución" política, esta vez, a cargo del Poder Ejecutivo.

Una técnica constitucional clara a dicho respecto hubiera sido incluir, en un párrafo aparte, y en relación, tanto, a los autores de los actos de fuerza como a los usurpadores de funciones, que consagrara la exclusión de los beneficios de la amnistía, el indulto y la conmutación de penas, como el de imprescriptibilidad de las acciones, y agregó también, de las penas.

Finalmente, y al referirse a los usurpadores de funciones, se refiere a las correspondientes a las autoridades federales o provinciales, excluyendo al Poder Judicial. Dicha exclusión es, al menos, irrazonable. Que diferencia la conducta de quien usurpa un cargo de gobernador de provincia por la designación de la autoridad de facto, de quien ocupa, por igual mecanismo, el cargo de ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, creo que ninguna, la ilegitimidad de origen es la misma.

De ahora en más, tomando como punto de partida y contexto, todo lo hasta aquí desarrollado, nos avocaremos al análisis normativo de nuestra Constitución Nacional.

## Bibliografía consultada y citada

ASIJADES, La desaparición forzada de personas en Colombia... un crimen sin castigo, Bogotá, Colombia, 1999.

BORÓN, ARIJO, A., "Imperio e imperialismo", Clacso, Bs. As., 2002.

CANGALO TRINIDAD, ANTONIO, AUGUSTO- RUIZ DE SANJAGO, JAIME, "La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI. Corte interamericana, Acnur, San José, Costa rica, 2003.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Convención Interamericana Contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes.

Convención Contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes.

Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada de Personas, 1992.

Derecho islámico. Colección cultura islámica. Centro islámico de la república argentina, 1ª edición, Bs. As., 2004.

DIETERICH, HEINZ, "Democracia participativa y liberación nacional", Ed. 21, Nuestra América Editorial, Bs. As., 2003.

Documento Final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, Austria, 1993.

EKMEKIDIAN, MIGUEL, ÁNGEL, "Manual de la Constitución argentina", Ed. Depalma, Cuarta edición, Bs. As., 1999.

GARCÍA CANCLINI, NÉSTOR, "La globalización imaginada", Ed. Paidós, Reimpresión, México, 2000.

GAVIRIA, CESAR, "La carta de navegación de las américas", en la democracia en América latina, Pnud, 2004.

HALPERIN DONGHI, TULLIO, "Una nación para el desierto argentino", Editores de América latina, Bs. As., 2004.

Informes anuales, Corte interamericana de derechos humanos, Varios años.

LECLERQ, CLAUDE, Libertés publiques, Decimocuarta edición, Ed. Litec, París, Francia, 2000.

LOPEZ, ERNESTO, Globalización y democracia, papeles de investigación, N°2, Ed. Página 12, Bs. As., S/f.

MONTAROLO, RODOLFO, "Impunidad, poder judicial y derecho a la justicia", Fedefam, Bogotá, Colombia, 1997.

MOUJAQI, MOHAMED, "Du despotisme a la democratie", Editions Le Fennec, Casablanca, Marruecos, 2003.

NUNCA MÁS, Informe de la comisión nacional sobre la desaparición forzada de personas. Cuarta edición, Ed. Eudeba, Bs. As., 1984.

O'DONNELL, GUILLERMO, "Acerca del estado en América latina contemporánea", en la democracia en América Latina, Pnud, 2004.

PETRAS, JAMES, "Globaloney", Ed. Antídoto, Bs. As., 2000.

Promoción y protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Guissé-joinet. Consejo económico y social, ONU, 1992-1996.

QUIROGA, HUGO, VILLAVICENCIO, SUSANA, VERMEREN, PATRICE (Compiladores) "Filosofías De La Ciudadanía", Ediciones Homo Sapiens, Rosario, 1999.

Reglamento de la Corte Interamericana, 1996 y 2001.

Revista jurídica doctrina judicial, Ed. La Ley, Bs. As., Varios años.

ROMERO, LUIS, ALBERTO, "Breve historia contemporánea de la argentina", Séptima reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2005.

SABORIDO, JORGE, "Sociedad, estado, nación una aproximación", Ed. Eudeba, Bs. As., 2002.

SAGDÉS, PEDRO, NÉSTOR, "Elementos de derecho constitucional", 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., 1997.

SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN, "Estudios sobre derechos humanos", Ed. Edeval, Chile, 1991.

TEITELBAUN, ALEJANDRO, "Violación a los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo", El problema de la impunidad, Asociación americana de juristas, Ginebra, 1996.

TRAVIESO, JUAN, ANTONIO, "Derechos humanos y jurisprudencia" Ed. Eudeba, Bs. As., 1998.

TRAVIESO, JUAN, ANTONIO, Colección de análisis jurisprudencial. Derechos humanos y garantías, Ed. La Ley, Bs. As., 2002.

[www.diariojudicial.com](http://www.diariojudicial.com), Diversas fechas.

ZARINI HELIO, JUAN, *"Análisis de la Constitución nacional"*, 3ª edición ampliada y actualizada, Primera reimpresión, Ed. Astrea, Bs. As., 1993.