

## CULTURA DE LA JURISDICCIÓN Y USO JURÍDICO DE LA MEMORIA

ROBERTO BERGALLI<sup>1</sup>

**Resumen:** El artículo que se presenta analiza las consecuencias del gran designio hegemónico de repercusión continental que alcanzó su cúspide con las dictaduras latinoamericanas de los años setentas. El autor se concentra en las implicaciones jurídicas de esta afrenta; las denominadas leyes del olvido: Ley de Punto Final y Ley de Obediencia Debida.

**Resumo:** O artigo que se apresenta analisa as conseqüências do grande desígnio hegemônico de repercussão continental que alcançou sua cúspide com as ditaduras latino-americanas dos anos setentas. O autor se concentra nas implicações jurídicas desta afronta; as denominadas leis do esquecimento: Lei de Ponto Final e Lei de Obediência Devida

**Abstract:** The article that appears analyzes the consequences of the great hegemonic design of continental repercussion that reached its peak with the Latin American dictatorships of the 70's. The author concentrates itself in the legal implications of this insult; the denominated laws of the forgetfulness: Final Point Law and Due Obedience Act.

Hace quince años, en la República Argentina, se sancionaron unas leyes que vinieron a aumentar el oprobio que ya sufría una buena parte de la sociedad argentina. Semejante vilipendio había sido causado por la sistemática violación de los derechos humanos más fundamentales, orquestada y ejecutada por una forma de dominación política que usualmente se ha denominado como “dictadura militar”. Ésta, sin embargo, con sus perversas prácticas de control y persecución de la disidencia, —las cuales ya fueron puestas en marcha desde las postrimerías del último gobierno constitucional de María Estela Martínez de Perón, de común acuerdo entre el grupo más cercano a la nombrada y el círculo de oficiales que luego serían los actores del golpe de Estado<sup>2</sup>—, como con las consecuencias provocadas, demostró ser la continuidad de un gran designio hegemónico de proyección continental el cual, en su momento, fue descrito como de seguridad nacional, mas teniendo en cuenta las características comunes que asumió en los diferentes países del sub-continente americano, me he permitido calificarla como de seguridad continental (Bergalli 1982: 293). Así lo han demostrado tanto las actividades de los regímenes militares que se iniciaron en Brasil en 1964, en Bolivia en 1971, en Uruguay en 1972, en Chile en 1973, como en el entonces ya existente en el Paraguay desde 1954. Pero, en el concierto criminal establecido por todos esos regímenes, con el surgido en Argentina el 24 de marzo de 1976 —conocido como Plan Cóndor—, ha sido posible identificar tanto los rasgos comunes de actuación, como la conexión de fines entre ellos (por todos, Blixen 1995-1998).

Las leyes aludidas constituyeron, además, una enorme afrenta para aquel sector de la cultura jurídica que todavía se inspiraba en los principios de-

<sup>1</sup> Universitat de Barcelona

<sup>2</sup> El coordinador y ejecutor de los primeros atropellos fue el Jefe de la Policía Federal de la época, el entonces coronel Harguindeguy.

mocráticos y republicanos de la Constitución de 1853. Menciono, sin hesitación, a las dos leyes del olvido, aprobadas por el Congreso Nacional; la primera, en 22 de diciembre de 1986 y, la segunda, en 6 de junio de 1987, con los números de 23.492 y 23.521, conocidas vulgarmente como Ley de Punto Final y Ley de Obediencia Debida, respectivamente.

### **1. Contexto dentro del cual se sancionaron las leyes del olvido**

La sanción de estas leyes, discutidas y aprobadas por un Congreso democrático, según sendos proyectos del Poder Ejecutivo tuvo, como fines expresados por sus mentores, los de alcanzar la pacificación social y obtener la reconciliación nacional. Esta expresión fue común en el discurso político que subyacía a la preparación de las leyes. En los respectivos Mensajes de Elevación de ambas leyes, al mismo tiempo campeaba la reivindicación de muchos principios constitucionales que sostendrían el sentido de las dos leyes como camino para recuperar y afianzar el Estado de derecho en Argentina. Conviene asimismo recordar que los dos proyectos legislativos surgieron como respuesta del Poder Ejecutivo (P. E.) a los diferentes conatos militares que se produjeron a lo largo de 1986, mediante los cuales se planteaban exigencias para que se terminara con los procesamientos penales dispuestos por el Gobierno constitucional surgido de las libres elecciones de 10 de diciembre de 1983, de jefes y subordinados acusados de gravísimas violaciones de derechos humanos, cumplidas durante el período de gobierno militar de facto, 1976-1983. Una primera respuesta al desenfado que la clase militar revelaba con tales exigencias fue el envío por el P. E. del proyecto, sancionado luego técnicamente como ley 23.492 de Extinción de la acción penal por presunta participación en cualquier grado en los delitos del art. 10 de la ley 23.049 y por aquellos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10/12/83. Aquellos conatos fueron aumentando en frecuencia, hasta el punto que en la Semana Santa de 1987 el país quedó aprisionado en una situación de conmoción nacional que con toda claridad se procuró aplacar mediante el envío del proyecto, luego sancionado como ley 23.521, de Obediencia Debida.

Semejante situación dejó al descubierto la endeblesz de la democracia política recuperada. En efecto, después de muchas décadas de inestabilidad institucional, comenzada con el primer golpe de Estado que quebró la legalidad constitucional (6 de septiembre de 1930), y subseguido por una interminable presencia del factor militar, tanto en gobiernos constitucionales como en otros de facto, a lo largo de más de cincuenta años de historia política; superada una guerra demencial contra el Reino Unido por el rescate de las islas Malvinas (iniciada con el desembarco de la Marina argentina el 2 de abril de 1982), la cual dejó un tendal de muertos (por ambas partes contendientes) y un elevado número de combatientes inválidos del lado argentino; y, puesta al descubierto por reiterados informes internacionales -lo que posteriormente confirmó la Comisión Nacional de Desaparecidos (CONADEP)- la perversa estrategia represiva

va desplegada desde los Comandos en Jefes de las Fuerzas Armadas, antes de manera limitada y después del golpe de Estado de 24. marzo de 1976 de forma masiva; el proceso de regreso a la normalidad institucional desde diciembre de 1983 estuvo en cada momento perturbado por la soberbia de la clase militar. Primero, los mismos jefes militares e inmediatamente sus subordinados, todos ellos complicados en las aberrantes violaciones de derechos humanos, procuraron evitar sus enjuiciamientos. Para ello recurrieron a las actitudes propias a sus condiciones astenses; es decir, mientras tuvieron capacidad de recurrir a las armas, amenazaron con utilizarlas para impedir los procesos penales que, una vez superada la dilación provocada con la frustrada tentativa de instruir el procedimiento penal a los Comandantes por ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (dispuesta por el recordado decreto del P. E. 158/1983), se concretaron en los conatos contra las instituciones a que se aludió antes.

Puede decirse, en consecuencia, que la transición hacia la democracia en la República Argentina y la plena vigencia de la Constitución Nacional, estuvo condicionada por la altanería de los propios acusados de gravísimos delitos contra la humanidad, desde el mismo momento que el gobierno democrático presidido por Raúl Alfonsín procuró iniciar la investigación de tales delitos.

Las leyes del pretendido olvido, elaboradas entonces en un ámbito de gran tensión, fueron objeto de un limitado debate jurídico-político dentro de Argentina. Unos pocos comentarios, en forma de dictámenes (v. Sancinetti 1987a; Maier 1987a, quien da cuenta de otros) se redactaron cuando los proyectos ya fueron enviados al Congreso. El resto de opiniones, bajo la estructura de breves ensayos o glosas (Sancinetti 1987b; Rivacoba y Rivacoba 1987; Bergalli 1998) y de un volumen que comprendió todas las claudicaciones del gobierno constitucional en la tarea de enjuiciamiento a los responsables de los delitos de Estado, como del propio Congreso Nacional en la tramitación y sanción de las leyes del olvido (Sancinetti 1988), sólo pudo tener difusión una vez las leyes ya estuvieran vigentes pues ellas recibieron un brevísimo trámite parlamentario (téngase en cuenta que el proyecto de Punto Final del P. E. fue remitido al Congreso Nacional el 5 de diciembre de 1986 y aprobado por la Cámara de Diputados el 23 del mismo mes y año, mientras el pertinente a la Obediencia Debida fue enviado el 13 de mayo y sancionado como ley el 6 de junio de 1987). De tal modo que, inmediatamente a sus aprobaciones o ya durante sus discusiones, muy velozmente se produjeron dictámenes o comentarios que ponían en cuestión la constitucionalidad y legalidad de las leyes, como asimismo se indicaba la manifiesta intención de olvido que se pretendía alcanzar con ellas. No obstante, incluso antes de la sanción de las leyes, en lo que atañe al concepto de obediencia debida al que ya durante el gobierno democrático se hacía recurso desde el mismo terreno de la jurisdicción militar y del propio Ministerio de Defensa para detener los procesamientos de jefes y subordinados, se señaló la aberración que se pretendía en el empleo falsificado de esta eximente (Baigún 1986). Esta crítica se apoyaba, por una parte en la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar al que se recurría en una equívoca e interesada inter-

pretación de su art. 514 y, por la otra en el apartamiento de la afirmada doctrina jurídico-penal y constitucional sobre esta causa de justificación y/o de inculpabilidad.

La tensión existente durante las discusiones de los proyectos fue manifiesta, en el sentido que desde sectores de peso en la sociedad argentina se ejerció una gran presión para hacerlas entrar rápidamente en vigor. Queda en el recuerdo la febrilidad parlamentaria para rememorar el trámite que tuvieron ambas leyes en sede legislativa, un trámite que provocó no pocos traumas endógenos en el propio partido en el gobierno en cuyo seno y como representantes en el Congreso se contaban varios legisladores con pesados problemas de conciencia como para sostener los proyectos. Algunos habían sido ellos mismos objetos de atentados terroristas, detenidos-desaparecidos, detenidos a disposición del P. E., torturados, expulsados del país, etc. Otros habían sufrido en sus familias el mismo tipo de vejaciones; ciertos padecieron la desaparición de hijos. Pero, todavía más, la propia Unión Cívica Radical contaba con muchos militantes, algunos de relevancia, quienes asimismo tuvieron que soportar semejantes tormentos.

## **2. Responsabilidad compartida en los proyectos de las leyes**

Los proyectos habían sido elaborados por un cuadro muy restringido de asesores del Presidente de la Nación, cuadro compuesto esencialmente por algunos filósofos jurídicos (mis filósofos, fue una expresión muy conocida en boca del Presidente Alfonsín, aludiendo a este círculo de sus asesores) quienes si bien no habían sido directamente objeto de la represión, conocían absolutamente los alcances que ésta había tenido pues tenían amigos, colegas y compañeros de universidad ya represaliados, algunos prematuramente desaparecidos<sup>3</sup>.

Pese a todo lo dicho, no puede desconocerse que fue el propio Presidente Alfonsín quien alentó la elaboración de los proyectos legislativos. Esta actitud, en buena manera, había sido adelantada con decisiones tomadas desde el comienzo de la andadura democrática de su gobierno; decisiones, todas ellas, que en ciertos casos y desde el comienzo del período de dicho gobierno tuvieron que ser rectificadas ante la resistencia del estamento militar para que los responsables máximos de la cruenta represión ejercida fueran enjuiciados. Debe recordarse aquí la teoría de los tres niveles de responsabilidad criminal explicada desde el área de los asesores de gobierno del presidente Alfonsín (Malamud Goti 1990: 3), aunque ya anunciada por éste en su campaña política hacia la presidencia, la cual iba a orientar la investigación y enjuiciamiento de

---

<sup>3</sup> Todo esto que se acaba de afirmar es tan absolutamente cierto como que uno de esos filósofos fue alguien quien, con la mayor solidaridad y quizá sin medir los alcances de la misma para su propia situación -al par que a otros queridos amigos a todos los que guardo permanente agradecimiento- brindó toda clase de apoyos y hasta asistencia jurídica al Autor de estas líneas cuando fue inopinadamente detenido y luego puesto a disposición del P. E., al comienzo del gobierno militar de 1976.

los acusados de las violaciones a los derechos humanos, tal como él mismo lo reconoció (Alfonsín 1982).

Tanto esta teoría, como el acuerdo en que los procesamientos y causas penales que se abrieran respecto a jefes y subordinados no debían prolongarse excesivamente en el tiempo ni en su profundidad, constituyeron notas que revelaban una voluntad limitadora del discurso sobre derechos humanos ensayado por Raúl Alfonsín durante su campaña política, previa a su elección como presidente de la Nación. Ese discurso, empero, tuvo un manifiesto tono reivindicativo el cual, sin duda, produjo una enorme atracción de aquel sector del electorado que, bien por estar agraviado por el comportamiento de los represores militares, bien por no haber encontrado en la oposición justicialista un semejante mensaje para la recuperación ética de los derechos humanos, volcó su apoyo masivo hacia la opción que proponía la Unión Cívica Radical, la cual alcanzó un triunfo mayoritario en las ya recordadas elecciones de 10 de diciembre de 1983.

La voluntad limitadora a la que se hizo mención cundió de forma expansiva y provocó reflejos en diferentes niveles empeñados en la investigación de los graves delitos cometidos por un elevado número de miembros de las Fuerzas Armadas (FF. AA.), de seguridad y civiles en connivencia. Semejante voluntad se expandió, ulteriormente, a la posterior actividad jurisdiccional tendente a determinar el grado de responsabilidad criminal de los implicados. Estas afirmaciones se pueden corroborar con muchísimos elementos; algunos de carácter técnico, otros de decisión política, los demás meramente subjetivos. Mas todos claramente sirven para demostrar que las promesas electorales quedaron condicionadas por una manifiesta debilidad moral frente a la misión reivindicatoria encomendada por el voto.

La inicial estrategia manifestada por el Gobierno constitucional reveló todo esto. La creencia en la autodepuración, mediante la derivación al Consejo Supremo de las FF. AA. (decreto 158/83) constituido por los jueces militares provenientes de la dictadura, de los procesos contra los Comandantes en Jefe, se demostró velozmente falaz (Sancinetti 1988: 11-14). La confirmación de un elevado porcentaje de los jueces integrantes de los tribunales penales ordinarios (por todas las ocasiones en que he hecho mención a este punto, v. Bergalli 1985) y el nombramiento de componentes de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal que asumió el proceso contra los Comandantes, un par de los cuales habían pertenecido al cuerpo judicial de facto, nombrados por las Juntas militares<sup>4</sup>, fueron asimismo datos objetivos. La asignación a la Fiscalía de la Cá-

---

<sup>4</sup> Un hecho manifiesto lo constituyó la composición de esta Cámara Federal por dos jueces quienes, en el pasado inmediato habían sido, uno secretario de la Corte Suprema de facto, nada menos en el período en que este máximo tribunal rechazó el mayor número de habeas corpus interpuestos en favor de detenidos-desaparecidos y de detenidos a disposición del P. E. y, otro, secretario de la Procuración de la Nación durante el mismo período (Bergalli 1986). Ambos, con posterioridad y habiendo dejado la Cámara Federal, se constituyeron en asesores y elevados funcionarios de la administración, tanto en tiempos de la gestión alfonsinista como en el de la menemista. Uno de ellos -Andrés D'Alessio- ha sido, hasta el momento de la redacción del presente trabajo, nada menos que Decano

mara Federal de un antiguo Fiscal que había actuado pasiblemente en todo el período dictatorial ante las reiteradas violaciones de derechos humanos<sup>5</sup> sin oponerse como hubiera sido su deber-, aunque no pudo haber ignorado, al menos, la desaparición de un colega suyo quien posteriormente apareció muerto, se convirtió en una prueba irrefutable de que no habría oposición a la limitación de la investigación. En definitiva, variadas situaciones y alternativas pueden servir para demostrar que la estrategia puesta en acción por el gobierno constitucional, es-tuvo determinada por la fuerza de la clase militar, antes que por la presión de la voluntad popular, lo cual exhibe una intrínseca debilidad para mantener el discurso ético que se había ensayado.

### 3. El debate jurídico-político sobre las leyes

El debate sobre la leyes o sus proyectos dentro del país estuvo entonces limitado a ciertos ámbitos; quizá a uno único y, cuando se dice único, lo que se quiere resaltar es que, si bien también se emitieron opiniones al respecto, en otros ámbitos y por otros medios argentinos, estos no eran más que órganos de difusión de la doctrina jurídica que, apenas poco tiempo antes, se había caracterizado por su adhesión a la legislación de facto producida por el régimen cívico militar de naturaleza dictatorial que se había instalado en Argentina, con lo cual quedaba así demostrada la hipocresía de los autores o la falacia de sus opiniones<sup>6</sup>. Ese único ámbito al que aludo fue precisamente el representado por Doctrina Penal (todavía entonces publicada por ediciones Depalma, aunque don Roque ya no vivía), cuyo director era aún Ricardo C. Nuñez, uno de los poquísimos penalistas que conservó toda su integridad ética y que desde su retiro cordobés manifestó siempre su repulsa al abyecto régimen dictatorial.

---

de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con todo lo que ello supone desde el punto de vista ético para la formación de jóvenes juristas. El otro -Ricardo Gil Lavedra- llegó a ser Ministro de Justicia de la Nación.

<sup>5</sup> Este funcionario -Julio C. Strassera- limitó su acusación en el posterior proceso contra los Comandantes a un 8% de los casos (711) de detenidos-desaparecidos denunciados ante la CONADEP, por la necesidad de alcanzar un juicio rápido o con el argumento de "economía procesal", con lo cual hizo caso omiso de la obligatoriedad de la acción penal cuya violación sanciona el art. 274 del Código Penal (Sancinetti 1988 cit.: 18). No obstante, supuestamente por la eficacia y celeridad demostrada en su acusación, pasó a constituirse en un ejemplo de protector de derechos humanos (sabiamente promocionado por el gobierno de la UCR), hasta el punto que posteriormente recibió premios, condecoraciones y distinciones en Argentina y en el exterior. Su nombramiento como Embajador de la República Argentina ante los organismos de las Naciones Unidas, con sede en Ginebra, coronó un meritorio *cursus honorum*

<sup>6</sup> Prefiero no hacer mención específica de alguno de esos autores, ni alusión a sus trabajos en cuestión. Ha sido y es hasta tal punto grave el comportamiento vergonzante de tantos juristas argentinos quienes, en su momento, fueron sumisos o activos "teóricos" de las bárbaras tácticas empleadas por las prácticas militares de represión y, posteriormente, al recuperarse las instituciones democráticas, supieron travestirse velozmente como "críticos" de las leyes del olvido, que no creo oportuno referirme puntualmente aquí a ello; en otras ocasiones lo he hecho. No obstante no quisiera dejar de recordarlo.

No pudo ser de otra manera. La tradición recogida por Doctrina Penal lo explica y justifica. El testimonio recibido de Nuevo Pensamiento Penal —órgano de publicación coordinado por un grupo de estudiosos que para entonces procuraba mantener la herencia intelectual y cultural de D. Luis Jiménez de Asúa, puesto en cuestión por la anterior dictadura que encabezó Juan C Onganía desde cuando se produjo el golpe de Estado de 28. junio de 1966—, se puso inmediatamente de relieve y de esta forma la publicación sucedánea que ya llevaba una década de existencia, acogió formidables contribuciones acerca de la ilegalidad y la inconstitucionalidad de las leyes, rasgos ya entonces puestos de manifiesto desde la presentación de los mismos proyectos legislativos. Por muchos motivos sobre los cuales se podrán hacer comentarios, el debate jurídico y ético sobre las leyes en cuestión tuvo posterior expansión y ulteriormente despertó un elevado interés inmediato por parte de muchos estudiosos desde fuera de las fronteras argentinas (v. por todos, Osiel 1995 con las referencias que el Autor suministra). Algunos años más tarde, yo mismo hice un análisis sobre esos aspectos de ilegalidad e inconstitucionalidad de las leyes (Bergalli 1990), apoyándome en las excepcionales contribuciones del ámbito de Doctrina Penal, antes referido, no obstante mis observaciones respecto de las leyes y sus substratos dado mis intereses y formación- siempre han tenido más un trasfondo y proyección socio-política, como antropológica.

No puede dejarse de reconocer que, aún cuando los participantes en el debate interior fueron casi todos homogéneos en resaltar los aspectos señalados, hubo dos autores que, no obstante únicamente uno de ellos formara parte de ese ámbito, asumieron ambos una actitud no sólo de otro tenor, sino incluso, justificante de una de esas leyes: la de Punto Final. La justificación de esta ley fue argumentada por tales autores en una pretendida réplica a uno de los dictámenes antes mencionados (Maier op. cit. 1987), utilizando el recurso a lo que ellos denominaron como teoría de la prevención general indirecta (Malamud Goti/Entelman 1987a) la cual, en parte para ellos justificaba el castigo a los militares, pero en otra gran parte se fundaba en la necesidad de disuadir a la comunidad en pleno de recurrir a las soluciones del pasado, reafirmando los valores inherentes a un Estado de derecho, y promoviendo el respeto por las instituciones democráticas (ibidem: 342). Esta falaz justificación fue luego difundida en el exterior (Malamud Goti/Entelman 1987b) para intentar refutar las críticas que se les habían dirigido invocando razones morales, según las cuales la ley comportaba una claudicación ética, una marcha atrás respecto del sendero transitado, y el incumplimiento de compromisos asumidos por el gobierno (ibidem: 71).

Las motivaciones de la actitud de dichos autores no fueron precisamente de naturaleza jurídica, con exclusividad; en mi opinión mucho menos lo pueden haber sido éticas. Quizá deberían buscarse tales motivaciones en posiciones de conveniencia o participación política en la misma preparación de la ley, puesto que tales Autores integraron, es cierto que con diferente influencia y, particularmente, en distinta ubicación de trato, el grupo de los filósofos asesores del Presidente Alfonsín. En este punto hay que agregar al aludido ámbito de

debate, aunque constituyendo un caso particular, pese al manifiesto predominio que tuvo en el interior de ese grupo de asesores explicando la política de derechos humanos que el gobierno constitucional puso en marcha (Nino 1985), a quien sin duda ejercía, para la época, el mayor influjo en aquellas decisiones presidenciales en las que los filósofos eran requeridos. Sobre todo esto se podrá volver más adelante. Mas, todo hay que decirlo con sincero reconocimiento, pues la prematura desaparición de Carlos S. Nino no sólo privó a la cultura filosófica jurídica argentina de una lúcida mente que ya tenía proyección internacional, sino que asimismo hay que lamentar esa pérdida en cuanto su presencia y pensamiento constitucional en la escena política posterior hubieran indudablemente supuesto un freno o un corrector para muchos de los desatinos en que cayó el partido al cual volcó sus esfuerzos antes y también después de la aprobación de las leyes del olvido .

#### **4. La oposición entre olvido y memoria**

Desde este período y del debate en cuestión han transcurrido más o menos quince años. A lo largo de este tiempo se han producido muchas situaciones que se pueden enmarcar en dos tendencias. Una, orientada y alentada por un manifiesta propensión a mantener la impunidad de los genocidas y terroristas de Estado, compartida por los sectores que habían sido complacientes con la teoría de la guerra sucia y sostenida hasta por los propios gobiernos democráticos sucedidos desde diciembre de 1983, con el acuerdo de las mayorías políticas representadas por las cúspides de los partidos que alcanzaron esos gobiernos (Unión Cívica Radical y Partido Justicialista). Otra, tendente a profundizar la investigación de las gravísimas violaciones de derechos humanos cometidos desde la implantación de ese terrorismo de Estado y a alcanzar la verdad para lo cual, dentro de esta tendencia especialmente encabezada por los movimientos sociales que más la han interpretado —Madres y Abuelas de Plaza de Mayo—, siempre se creyó que era indispensable demostrar el engaño de las leyes.

La primera de esas tendencias fue la que, producida la alternancia en el sistema político, quedó satisfecha y confirmada por el Presidente de la Nación, Carlos S. Menem, con la firma en 8. octubre de 1989 de los decretos 1002, 1003, 1004 y 1005 por los cuales se indultó a 277 personas, entre las cuales se encontraban los jerarcas militares quienes habían sido condenados por la sentencia de 9. diciembre de 1983 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal; confirmada esta, con matices, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 30 de diciembre de 1986. De tal manera se completaba la tarea de impedir absolutamente el cumplimiento de las penas y se aseguraba la impunidad de los responsables del genocidio y el terrorismo de Estado que había asolado Argentina.

La segunda se apoyaba en la indispensable abrogación de las leyes del olvido y en la declaración jurisdiccional de sus inconstitucionalidades e ilegalidades, para retrotraer la cuestión y poder profundizar la investigación de la ver-

dad. Este es el punto, logrado finalmente con la derogación de ambas leyes por el Parlamento en marzo de 1998, con la ley 24.952, mediante lo cual ningún acusado por hechos cometidos durante la represión podrá excusarse a partir de esta última fecha en el principio de la obediencia debida. Pero, últimamente, con la sentencia del Juez Federal Gabriel R. Cavallo en 6. marzo 2001, que da lugar a esta intervención, y recaída en la causa Nro. 8686/2000, se ha alcanzado la meta desde la cual se podría volver a reabrir todas las causas penales que fueron cerradas en aplicación de alguna de la dos leyes. Es justo también aclarar que, en buena manera, también los procesos iniciados con motivo de las querellas iniciadas por Abuelas de Plaza de Mayo, a raíz de la comprobación de las identidades de niños nacidos en cautiverio de sus madres, posteriormente desaparecidos, y luego entregados a padres ficticios, han constituido una interrupción parcial de la impunidad de la cual gozaban los genocidas, en tanto que semejantes conductas criminales habían escapado, tanto a la sentencia dictada por la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional en 9. noviembre de 1985 en la causa 13, por falta de acusación fiscal, cuanto porque la ley 23.521 de Obediencia Debida no cubrió con esta excepción a tales comportamientos criminales. En efecto, esta última ley excluyó -en su art. 2- los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil, en una manifiesta prueba de incoherencia (cfr. Bergalli 1990: 178-9).

Pues bien, las dos tendencias que he mencionado pueden asociarse indisolublemente a dos diferentes procesos que son aquellos que tradicionalmente han incidido para identificar la voluntad social o solidaridad durkheiminiana que subyace a todo proceso de construcción de la historia colectiva de los pueblos. Se alude, por una parte, al proceso de olvidar o dejar de lado el pasado, borrando aquellos sucesos o períodos de la historia que se suponen negativos para la identificación social. Por otra parte, la recuperación de la memoria histórica y su aplicación para depurar el pasado es el otro proceso que juega un papel decisivo para descubrir el inconsciente colectivo que toda sociedad posee. De ambos procesos me he ocupado, quizá muy brevemente, en las ocasiones de que dispuse para expresarme sobre las leyes del olvido y los indultos (Bergalli 1977; 1988a cit; 1988b). Ahora pienso que, con la sentencia del Juez Gabriel R. Cavallo, ha llegado en la República Argentina el momento de recuperar esas opiniones y de verificar si, a la luz de ellas, puede ser cierto que la jurisdicción y el papel que cumplen los jueces constituyen elementos para consolidar una cultura social y una conciencia colectiva en las que el uso jurídico de la memoria opere como un perno decisivo.

## 5. Un cambio en la cultura de la jurisdicción

Acontece, sin embargo, que a lo largo de la última década y, en particular, en el reciente quinquenio, se han producido en el plano internacional algunos sucesos que han servido para robustecer la creencia de que efectivamente la jurisdicción y el derecho penal pueden desempeñar una cierta capacidad

recuperadora de la memoria histórica. Lo que hace enteramente plausible esta hipótesis es que los sucesos que se van a mencionar han estado todos relacionados con un dato que ha sido característico de la segunda parte del s. XX: el de la época de los derechos humanos y la búsqueda de medios para su protección. Los derechos de las mujeres, los derechos de los niños, los derechos de los indígenas, los derechos de los homosexuales, los derechos de los inmigrantes, han configurado una época que se conoce como la *età dei diritti* (Bobbio). No obstante, todos ellos conforman una etapa de Occidente que contrasta con la historia de un siglo donde se han hecho más visibles las violaciones de un conjunto de derechos que han sido denominados como “humanos”, pero que han obtenido reconocimiento internacional y constitucional.

Estoy aludiendo, por una parte, a la aprobación de convenciones, pactos y acuerdos que han configurado la categoría de los delitos de lesa humanidad y han establecido métodos para determinar la responsabilidad y el enjuiciamiento de sus autores, aunque todavía no se haya alcanzado la meta de constituir un Tribunal Penal Internacional para juzgar este tipo de crímenes. Mientras, por la otra parte, me refiero a la adopción de decisiones jurisdiccionales que comenzaron a señalar el camino para poner en práctica el principio de la extensión de jurisdicción o de justicia universal para aprehender y castigar a los autores de dichos delitos de lesa humanidad.

En esta dirección deben subrayarse las decisiones tomadas por la Audiencia Nacional del Reino de España, confirmando las que el juez Baltasar Garzón, a cargo del Juzgado de Instrucción N°5 de dicho tribunal, había adoptado en relación a la detención del dictador Augusto Pinochet, primero y, luego, respecto a su extradición. Mas, asimismo, hay que contar con las resoluciones adoptadas por la High Court y con las de los Law Lords británicas, en el mismo sentido. Deben inscribirse en esta misma línea, igualmente, los comportamientos del juez Garzón y del pleno de la Audiencia, adoptados en la causa en la que se encuentran comprometidos 178 militares argentinos, iniciada por querrela original de la Asociación de Fiscales Progresistas de España, a la que se incorporaron como accionantes la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos de Madrid e Izquierda Unida.

Del mismo modo tiene que incluirse aquí la sentencia francesa emitida contra el entonces tristemente célebre Capitán Astiz, condenado en contumacia por las muertes de las dos monjas francesas. Ultimamente, tanto la Corte d'Assise de Roma, condenando a los entonces generales Suárez Mason y Riveros, como a cinco subordinados por la muerte de cinco ciudadanos de origen italiano, cuanto el juez sexto de distrito de México D. F., D. Jesús Guadalupe Luna Altamirano, declarando procedente la extradición a España del reconocido torturador, ex-capitán Ricardo Miguel Cavallo (a) “Sérpico” o “Marcelo”, se inscriben en el horizonte de una nueva cultura de la jurisdicción. De una jurisdicción que se manifiesta cada vez más solidaria con el principio de justicia universal, orientado a rasgar el velo de impunidad que ha estado cubriendo la responsabilidad de tantos genocidas y torturadores.

## 6. El papel cumplido por la sentencia del Juez Cavallo

Es en este último plano que pretendo desenvolver un análisis sobre el papel que puede atribuírsele a la sentencia emitida en 6. marzo de 2001 por el Juez Federal Gabriel R. Cavallo, en la causa Nro. 8686/2000 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 4, como un factor determinante en la tarea de reconstruir la memoria acerca del pasado argentino de represión y violación de derechos humanos. Al propio tiempo, la sentencia citada se plantea como un elemento importante, de naturaleza jurídica, para iniciar el proceso de formación de esa nueva cultura jurisdiccional a la que aludí más arriba.

Me interesa sobremanera intentar un análisis de la sentencia del Juez Cavallo desde esta perspectiva de reconstrucción de la memoria histórica, por parte de la actividad jurisdiccional. Otras opiniones, vertidas por aquellos colegas que hace quince años cuestionaron ya la constitucionalidad y la ilegalidad de las dos leyes del olvido, atenderán los relevantes aspectos técnicos-jurídicos que se destacan en la sentencia del Juez Cavallo.

Hay que decir, asimismo, que la labor del Juez Cavallo recibió aportes inestimables, de una consistencia específica, pero que se presentan como inéditos, desde el punto de vista comparativo con otros procesos semejantes acaecidos en contextos históricos atravesados por situaciones o hechos de extrema gravedad. Aludo a la incansable y penetrante tarea que llevaron a cabo los movimientos sociales y las organizaciones para la defensa de los derechos humanos, desde el mismo comienzo de la transición hacia la democracia. Naturalmente, Madres de Plaza de Mayo (Línea Fundadora), Abuelas de Plaza de Mayo e H.I.J.O.S., por una parte y, por la otra, el Centro de Estudios Legales y Sociales (C.E.L.S.) y la Asociación Argentina pro-Derechos Humanos de Madrid, todos deben recibir el mayor reconocimiento en este tipo de tarea.

Al analizar la sentencia del Juez Cavallo conviene recordar la historia de la dependencia demostrada por la clase judicial argentina, desde el golpe militar de 1930. Con excepciones personales y en diferentes períodos en los que la dominación del sistema político por la presión militar fue muy patente, en general ha sido una característica esa dependencia de la clase judicial de los diferentes poderes fácticos o, en el mejor de los casos, del subsistema político constituido por el Ejecutivo, los políticos y los partidos que han demostrado hegemonía. (Bergalli 1984: 59-90, esp. 75-90). No ha sido muy diferente al recuperarse la democracia; yo diría que, por el contrario, la dependencia se ha manifestado con otras características, aunque quizá de semejante perversidad. En efecto, los jueces y fiscales, provenientes de la época de facto, confirmados por acuerdo senatorial desde 1983, no demostraron una marcada independencia y sus decisiones en aplicación de las dos leyes del olvido dejaron al descubierto su antigua filiación militar. Posteriormente, cuando se produjo en 1989 el cambio político en las instituciones, esa característica de dependencia se hizo más evidente pero con más carga peyorativa, todavía. El sistema de corrupción que

se entronizó en la administración y que dio lugar a sonados procesos penales en los que cada vez fue más sobresaliente la vinculación viciosa entre empresarios y deshonestos personajes políticos, se trasladó necesariamente a un sector de la clase judicial. En particular a aquel sector que había sido cooptado para ocupar plazas en la jurisdicción federal, en la cual comenzaron a ventilarse los procesos en los que el influjo del poder político fue evidente. En un determinado momento fue difícil distinguir entre los jueces federales de Buenos Aires. Pero, la situación ha sido aún más grave en la Corte Suprema de Justicia, en la cual el gobierno justicialista fue colocando como ministros a muy fieles amigos del Presidente de la Nación, los cuales demostraron esa fidelidad con sus votos en causas de mucha trascendencia económica y social, cuando no se lanzaron al aventurerismo jurisdiccional creando doctrinas, como la autodenominada *per saltum*, para facilitar un abocamiento de la Corte Suprema en asuntos de enorme trascendencia sobre el patrimonio nacional. Así aconteció cuando otros tribunales argentinos tuvieron que decidir sobre recursos planteados contra la venta o enajenación de empresas públicas de servicios y de fuentes de recursos energéticos, recursos con los que se iban a demostrar los intereses particulares que habían movido a esas ventas o enajenaciones. Comprometidos en esos negocios altos funcionarios del gobierno no existió más remedio que hacer intervenir a la Corte Suprema, la que procesalmente no poseía ninguna capacidad para hacerlo pero que, al intervenir por medio de esa doctrina, creada a propósito, dejó sin obstáculos las turbias operaciones de disposición del patrimonio público. En mi opinión, este comportamiento del máximo tribunal argentino, aunque con disidencias internas, demostró la mayor concupiscencia con la corrupción gubernamental y, con ello, produjo el mayor deterioro en la cultura jurisdiccional.

Pero, he dicho que la sentencia del Juez Cavallo marca una diferencia y posiblemente abrirá una etapa nueva en la historia de la cuestión judicial en Argentina. La coherencia y la lógica del razonamiento, como la utilización de una argumentación armónica con los fines de protección de los derechos humanos, examinados tanto en el plano interno como en el internacional, destacan una orientación muy firme cual es la de vigorizar la competencia jurisdiccional para emplearla como instrumento de reconstrucción de la memoria de la sociedad argentina. La historia de muchas sociedades occidentales está cruzada por traumas que han afectado el inconsciente colectivo que anida en todos los colectivos humanos que se configuran solidariamente para el alcance de fines comunes. La participación que ha tenido la búsqueda de la verdad a través de la investigación histórica ha sido más fehaciente en la medida que han contribuido a ello ciertas instituciones sociales y otros elementos que fortalecen la organización de la convivencia. El uso público de la historia del que habló Habermas (recogido por Rusconi 1985: 98-110) comprende, entre otros elementos, también la participación del derecho penal. Pero, igualmente, pueden tenerse en cuenta las contribuciones hechas en el examen del comportamiento de los jueces durante el Tercer Reich (Friedrich 1983), en sus distintos ámbitos jurisdiccionales, para comprender hasta qué punto aquéllos dieron aportes deci-

sivos para construir la historia colectiva del nazismo. Sin embargo, una contribución decisiva en esta perspectiva acaba de darse recientemente en la reconstrucción de la tragedia de las Fosse Ardeatine, ocurrida en Roma el 25 de marzo de 1944 (Portelli 1999). En una excepcional aplicación de las diferentes políticas de la memoria, también la memoria judicial acerca de los procesos contra el coronel Herbert Kappler, ejecutor de la orden dada por Erick Priebke para que per ogni tedesco ammazzato dieci criminali comunisti-badogliani saranno fucilati por el atentado de via Rasella, han tenido su análisis. Así han entrado en consideración las fuentes judiciales de las cuales, se afirma, no se puede hacer un uso acrítico, como tampoco se puede hacer una delegación de la historia a los tribunales (Portelli cit.: 340), pues la certeza del derecho reclama una delimitación del objeto del discurso, mientras la conciencia histórica exige siempre una abierta contextualización. (traducción de quien suscribe esta contribución)

Yo creo que la sentencia del Juez Cavallo hace precisamente lo indicado; es decir, ha procedido a practicar una amplia contextualización de las situaciones procesales de los acusados en la causa, en relación al proceso de reconstrucción de la memoria histórica respecto a la violaciones de derechos humanos llevadas a cabo por la represión de la dictadura militar que asoló Argentina, entre 1976-1983. De este modo, pienso que estamos en presencia de un acontecimiento que podría servir como un cambio cultural en la actividad jurisdiccional.

### **Bibliografía**

1. Alfonsín, R. 1982. *Ahora*. Buenos Aires: s.ed.
2. Baigún, D. 1986. La obediencia debida en el art. 514 del Código de Justicia Militar. *Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales)*, año 9: 378-395.
3. Bergalli, R. 1982. La cuestión criminal en América latina, en: *del mismo Crítica a la criminología (Hacia una teoría crítica del control social en América latina)*. Bogotá: Temis, 279-298.
4. Bergalli, R. 1984. *Estado democrático y cuestión judicial (Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial)*. Buenos Aires: Depalma.
5. Bergalli, R. 1985. Argentina: aspectos de una sentencia y sus repercusiones. *Revista CIDOB d'Affers Internacionals -Centre d'Informació i Documentació Internacionals a Barcelona (Autumn-Winter)*, nro. 7: 121-124; también en: *Crítica Jurídica (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México D. F.)*, nro. 12:129-143.
6. Bergalli, R. 1986. El poder y los jueces latinoamericanos: los modelos argentino y colombiano. *Revista CIDOB d'Affers Internacionals -Centre d'Informació i Documentació Internacionals a Barcelona*, nro. 8 (Spring): 49-61.

7. Bergalli, R. 1987. Memoria colectiva y derechos humanos. Una componente peculiar en el derecho y la justicia de la transición a la democracia argentina. *Derechos Humanos en Latinoamérica - Anales de la Cátedra Francisco Suárez (Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Granada)*, nros. 26/27: 83-111; también, en: *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología* 30. Córdoba (Argentina): Marcos Lerner-Editora Córdoba, 1988.
8. Bergalli, R. 1988. El olvido como ideología del discurso jurídico-penal. *Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales)*, año 11: 427-441.
9. Bergalli, R. 1990. Forma-Estado, formas del derecho y cuestiones de la democracia: un caso para el análisis. *Anuario de Filosofía del Derecho*. T. VII (Nueva Época). Madrid: 170-190; también en: O. Correas (ed.). *Sociología Jurídica en América latina*. Oñati Proceedings 6 (A Publication of The International Institute for the Sociology of Law), 1991: 287-318.
10. Blixen, S. 1995. El vientre del Cóndor. Del archivo del terror al caso Berríos. Montevideo (Uruguay): Brecha; 1998. Operación Cóndor. Del archivo del terror y el asesinato de Letelier al caso Berríos (Presentación R. Bergalli El vuelo del Cóndor sobre la cultura jurídica y el sistema político). Barcelona: Virus editorial.
11. Friedrich, J. Freispruch für die Nazi-Justiz (Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation). Reinbek bei Hamburg: Rowohlt (aktuell rororo 5348).
12. Maier, J. B. J. 1987a. El Proyecto de "Punto Final". *Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales)*, vol. 10: 141-155.
13. Maier, J. B. J. 1987b. Desobediencia debida (A propósito de la llamada ley de "obediencia debida"). *Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales)*, vol. 10: 239-243.
14. Malamud Goti, J./Entelman, R. 1987a. La "Ley de Punto Final". Respuesta al Profesor Julio Maier. *Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales) Debates*, vol. 10:339-346.
15. Malamud Goti, J./Entelman, R. 1987b. La justificación del castigo, los juicios a militares argentinos, el llamado "punto final" y sus consecuencias políticas. *Derechos Humanos en Latinoamérica - Anales de la Cátedra Francisco Suárez (Universidad de Granada)*, n°26/27 op cit.supra: 69-81.
16. Malamud Goti, J. 1990. Transitional Governments in the Breach: Why punish State Criminals?. *Human Rights Quarterly*, 12-nr. 1 (February) Baltimore (Maryland)-John Hopkins University Press: 1-16.
17. Nino, C. S. 1985. The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government: A Reply. *Yale Journal of International Law* 2: 211-229.

18. Portelli, A. 1999. *L'ordine è già stato eseguito* . Roma, le Fosse Ardeatine, la memoria . Roma: Donzelli editore.
19. Rivacoba y Rivacoba, M. 1987. *Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida*. *Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales)* , vol. 10: 525-537.
20. Rusconi, G. E. (a cura di). 1985. *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca* . Torino: Einaudi.
21. Sancinetti, M. 1987a. *Validez y alcance del proyecto de "Punto Final"*. *Doctrina Penal (Teoría y Prácticas en las Ciencias Penales)* , vol. 10: 117-1417-140.
22. Sancinetti, M. 1987b. *Obediencia debida y Constitución nacional*. *Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales)* , vol. 10: 463-512.
23. Sancinetti, M. 1988. *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial* . Buenos Aires: Lerner editores asociados.
24. Osiel, M. 1995. *Ever again: Legal Remembrance of Administrative Massacre*. *University of Pennsylvania Law Review* , Volume 144,number 2-december:463-704.