

## EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES 23.492 Y 23.521

MIGUEL M. PADILLA\*

1. El día en que esto escribo, aguardo con cierta impaciencia, supongo que como todos ustedes y como el público en general, la tan esperada decisión de la Corte Suprema de Justicia acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final.

Es que, transcurriendo casi un cuarto de siglo desde los últimos episodios subversivos, toda nuestra sociedad espera que –sin desmedro de los sentimientos de quienes han padecido en ellos– ha llegado la hora de cerrar definitivamente esos trágicos hechos de nuestra no tan lejana historia y dejar de mirar hacia el pasado, más aún cuando la comunidad nacional debe afrontar, y por largo tiempo, la profunda crisis moral y material que la aflige desde hace varios años, pero que sin duda sucederá.

Este acto de bajar el telón sobre circunstancias que hirieron gravemente la sensibilidad de nuestro pueblo, ha sido afrontado con éxito por varias naciones que atravesaron por parecidas circunstancias.

Tal política de conciliación ha sido aplicada sin resquemores y con éxito por nuestra hermana República Oriental del Uruguay en la que su Congreso aprobó una amplia amnistía, ratificada por la Suprema Corte y por un referéndum celebrado en 1988; por varias naciones europeas y por la República de Sudáfrica. En Francia, luego de los dramáticos episodios del alzamiento argelino, fueron amnistiados y restituidos a sus grados los oficiales que habían intervenido en ellos; algo parecido sucedió en Italia, y en España, poco años después de concluida su tremenda guerra civil, se prohibió exponer el tema tanto

\* Profesor Titular de Derecho Constitucional. UNBA.

visualmente como por escrito; y en Sudáfrica, fue creada una *Comisión para la Verdad y la Reconciliación* destinada a investigar las violaciones a los derechos humanos e identificar a sus autores, pero sin otra sanción que la de publicar sus nombres.

Menciono así mismo que en las naciones liberadas del yugo soviético estos últimos años, se encuentra prohibido investigar hechos anteriores a dicha liberación.

2. El propósito de esta nota consiste en refutar los argumentos presentados por el Sr. Procurador General de la Nación sosteniendo la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 (en adelante, "las" "ambas" o "estas" leyes") al emitir el 28 de noviembre de 2001 su extenso dictamen en 23 fojas en una causa en trámite hoy ante la Corte Suprema de Justicia de a Nación, a raíz del recurso extraordinario presentado por las personas en estado de detención preventiva, procesadas por disposición del juez federal en lo penal Dr. Caballo, confirmada por la respectiva Cámara de Apelaciones: otra causa similar aguarda el fallo del Alto Tribunal.

He adelantado esa intención presentando ante el Alto Tribunal, en diciembre del año pasado, un escrito de los llamados *amicus curiae*, es decir, amigos de la justicia, institución originaria de los Estados Unidos y según la cual un particular puede intervenir en un expediente aportando argumentos a favor de una u otra de las partes, y siempre que ellas no se opongan.

Sobra aclarar que no me ha movido el interés por las personas encausadas, a quienes no conozco, sino estos dos motivos: *ante todo*, la admiración, el respeto y el afecto que siempre he tenido por nuestras FFAA, que a lo largo de dos siglos has aportado su esfuerzo, su sacrificio y su sangre para asegurar tanto la independencia nacional como la defensa del país, antes y ahora, frente a quienes en su momento revistieron calidad de enemigos, y más tarde, el afianzamiento de la Nación ya organizada: *y luego*, porque pienso que existe desde hace tiempo un claro intento de hostilidad y hostigamiento hacia ellas, reflejo del cual son las sentencias que he mencionado: a nadie se le escapan que forman parte de una campaña llevada a cabo contra los principios y valores permanentes de nuestra sociedad y de sus instituciones y que debe ser contrarrestada con los medios a nuestro alcance.

El Sr. Procurador General, después de reseñar al comienzo de su dictamen los argumentos contenidos en el recurso extraordinario de los encausados, expone los suyos:

- Imputa inconstitucionalidad a las leyes, que además considera violatorias del art. 29 de la Constitución Nacional;
- Destaca su incompatibilidad con normas de instrumentos internacionales protectores de derechos humanos;
- Sostiene la imprescriptibilidad de los hechos supuestamente criminosos;
- Recuerda que la desaparición forzada de personas constituye un delito establecido en otra convención internacional.

Al despliegue de estas razones, precede una Introducción en la que enuncia una de las principales misiones de su función, la que consiste en *promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad*. Ya veremos que a su dictamen no parece interesarle la legalidad, y mucho menos la defensa de los intereses generales de la sociedad.

¿Por qué digo esto?

¿No es, acaso, justo, preguntarse qué instrucciones impartió el Sr. Procurador General a sus subordinados cuando las actuales autoridades aniquilaron despiadadamente el fundamental derecho de propiedad de centenares de miles de personas, o cuando reiteradamente afectaron el orden constitucional emitiendo inconstitucionales decretos de necesidad y urgencia?

¿Qué legalidad se acató?

Y por lo que hace a los intereses generales de la sociedad, y no solamente a un sector o grupo particularmente amparado, su verdadera defensa exige que sea absolutamente imprescindible cerrar capítulos trágicos de nuestra reciente historia. Estoy seguro de que es esta opinión absolutamente mayoritaria de los argentinos, aunque hubieran militado en el otro bando.

¿Es que los señores jueces federales que intervienen en estas causas y otras similares consideran que mantener indefinidamente abierta la persecución penal respecto de episodios tan distantes en el tiempo, representa una positiva contribución para *la defensa de los intereses generales de la sociedad*?

¿Es que el Sr. Procurador General participa también en esta creencia, como pareciera demostrarlo la insistencia de su dictamen?

3. Ha de destacarse, en torno a esta misma cuestión, que cuando se debatieron en nuestro Congreso los proyectos de las leyes, los legisladores oficialistas, radicales, al participar en la discusión adhirieron a este propósito.

El senador Berhongaray, presidente de la Comisión senatorial de Asuntos Constitucionales y en esa calidad, miembro informante del proyecto, expresó:

“Por ello, es tan importante que después de tantas fallas comencemos, entre todos, *esta tarea de reconstrucción*. Este proyecto de ley apunta a eso. Algunos, piensan, honradamente, que la reconciliación no llegará por ese medio. Nosotros estamos plena y absolutamente convencidos de que sí...”, agregando que una conducta ética es incompatible con el mantenimiento de causas abiertas durante quince años.

El proyecto resultó aprobado el 24 de diciembre de 1986, con los votos a favor del radicalismo y en contra de la mayoría de los justicialistas y del FREPASO.

Poco después, en mayo de 1987, el presidente de la Nación remitió al Poder Legislativo el proyecto que se convirtiera en la ley 23.521.

Correspondió al ex senador De La Rúa, como presidente de la Comisión senatorial de Asuntos Constitucionales, informarlo:

“Asumo la responsabilidad de informar este importante proyecto de ley... por eso lamento que cuando debía darse el paso siguiente, cuando era necesario asumir también la responsabilidad consecuente de apoyar el dictado de las normas adecuadas para eliminar las causas que provocaron esas tensiones, solo escuchemos de la oposición las discrepancias y las críticas”.

En la Cámara de Diputados se desempeñó como informante el diputado Zubiri, exponiendo entre otros conceptos los siguientes:

“Todos somos responsables de buscar la reconciliación nacional como base previa e indispensable para la unidad nacional... No soy tan torpe ni tan necio como para creer que la unidad nacional o la reconciliación argentina se logran por una ley o un decreto, pero la responsabilidad de gobernantes hace que debemos dar los pasos necesarios para plasmar en hechos concretos esta unidad nacional, no como un discurso... sino con acciones precisas que nos lleven a superar las absurdas antinomias que los argentinos tenemos”.

Finalmente, ha de mencionarse que la ley 24.952, sancionada en 1998, derogó escuetamente ambas leyes, las que desde fecha han perdido su vida jurídica, no siendo dable resucitarlas.

### **Primer argumento: inconstitucionalidad de estas leyes, primera parte del mismo**

Puedo ahora entrar de lleno en la materia de estas consideraciones.

Como adelanté, el primer argumento del Sr. Procurador General achaca inconstitucionalidad a ambas leyes, tanto por transgredir disposiciones de dos pactos internacionales con jerarquía constitucional —el Pacto San José de Costa Rica y el Pacto de Derechos Civiles y

Políticos—ratificados por nuestro país en 1984, y que tipificaban como delitos o crímenes diversos comportamientos acaecidos durante la lucha antsubversiva; es decir, parecería que estas leyes eran *ab initio* inconstitucionales por infringir normas de tratados de derechos humanos: adelanto, que no previeron que estos hechos delictuosos fueran imprescindibles.

Pero, en primer lugar, el Sr. Procurador General olvida que los delitos imputados a los aquí procesados, así como a otros muchos militares, habían ocurrido *antes* de la ratificación de aquellos pactos y entonces juega aquí un papel decisivo el principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, que se encuentra en la legislación universal y, en lo que a nosotros concierne, al comienzo del art. 18 de la Constitución Nacional, que citaré más de una vez:

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley anterior al hecho del proceso...*”

y en segundo lugar, parece habersele pasado por alto que la ley 23.521, en su art. 1º, prescribe:

“Se presume, sin admitir prueba en contrario, que quienes a la fecha de la comisión del hecho revistaban como jefes, oficiales subalternos, suboficiales, y personal de tropa de las FFAA, de seguridad y penitenciarias, no son oponibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1, de la ley 23.492 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores *que no hubieren revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de sub zona, jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de la promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes*”.

En consecuencia, no es cierto que estas leyes acordaran impunidad por los hechos delictivos que hubieran podido cometer las FFAA durante el conflicto con los grupos terroristas.

Cabe agregar, si falta hiciere, que ambas leyes fueron consideradas y sancionadas por el Congreso de la Nación cumpliendo con todas las pertinentes disposiciones constitucionales.

### **Segunda parte del mismo argumento: la pretendida violación del art. 29 de la CN: ¿Fueron estas leyes de amnistía?**

Tal vez no muy seguro de la solidez de sus previas afirmaciones, el Sr. Procurador General agregó una nueva causa de inconstitucionalidad: la violación de lo establecido por el art. 29 de la CN.

Intenta, en efecto, demostrar que el contenido de ambas leyes resulta inconciliable con dicha norma, pues —a su criterio— el gobierno militar actuante entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983.

“...se atribuyó la suma del poder público, se arrogó facultades extraordinarias, y en ejercicio de esos poderes implementó, a través del terrorismo de Estado, una práctica sistemática de violaciones a garantías constitucionales”.

Citemos este importante texto, que no conoce par en ningún otro documento constitucional:

“El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetan a los que los formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los infames traidores de la patria”.

No creo que sea necesario recordar que esta tan importante disposición fue incluida por los constituyentes de 1853 evocando en su memoria hechos terribles ocurridos no muchos años antes y cuyas consecuencias muchos de ellos habían sufrido personalmente, o en sus familias. Por consiguiente, la más elemental lógica interpretativa debe hacerse cargo de esta motivación como pauta maestra para comprender el sentido de esta disposición.

Así lo exponen nuestros constitucionalistas, destacando de paso que el único antecedente del hecho descrito en este original precepto, fue la ley sancionada en 1835 por la Legislatura porteña, otorgando al gobernador Rosas las facultades extraordinarias sin las cuales no hubiera aceptado el cargo.

Pero además, lo que esta norma tipifica es un acto que solamente puede ser realizado por la rama legislativa de los gobiernos, *pero no alcanza ni comprende los hechos que funcionarios o dependientes del Estado hayan podido cometer dentro o al margen de las facultades extraordinarias conferidas, y que seguramente se hallarán descriptos en la ley penal.*

Se ha dicho que estas leyes contienen una amnistía encubierta, opinión a la que adhiero.

Siendo ello así, puede con seguridad afirmarse que tal tipo de leyes son por completo ajenas a los actos constitucionalmente sancionados por el mencionado art. 29.

En pronunciamientos de la Corte Suprema –así opinó el ministro Fayt– estas leyes han sido calificadas como de “Amnistía”, y con acierto. Se trata de alcanzar la paz en una comunidad después de conflictos armados, mediante el olvido de ilícitos políticos y comunes vinculados a ellos que se hubieren cometido en esas ocasiones.

Nuestra accidentada historia es pródiga en decisiones de esta índole, desde un decreto firmado en 1811 hasta las numerosas leyes sancionadas una vez organizada la República: ley 714, 1875, ley 2131, 1888, ley 2713, 1898; ley 4349, 1906; ley 11.626, 1932; ley 12.673, 1941; ley 14.296, 1953, hasta llegar a la ley 20.508, del 25 de mayo de 1973, respecto de juzgados y condenados y de muchos presos comunes, entre ellos, si no recuerdo mal, de un tal Chiappe, encarcelado por narco-traficante.

Este primer argumento esgrimido por el Sr. Procurador General, se presenta, como habrá podido apreciarse, totalmente desnudo de respaldo jurídico.

### **Nulidad e inconstitucionalidad de leyes derogadas**

Para, de alguna manera, cubrir ese vacío, se ha hechado mano de la afirmación, estrechamente ligada a él –sostenida por los señores jueces Caballo, Bonadío y otros, por la Cámara del Fuero y por el Sr. Procurador General– en cuanto a que estas leyes, o algunas de sus disposiciones son –para ellos– nulas e inconstitucionales.

A ello respondo que no es jurídicamente posible declarar ni la nulidad ni la inconstitucionalidad de leyes que carecen de vigencia actual por haber sido derogadas.

Es casi elemental para el Derecho Constitucional comprender que no es jurídicamente posible declarar por vía judicial la nulidad de una ley, salvo que en el proceso de su sanción se hayan incumplido normas constitucionales relativas al respectivo trámite, como por ejemplo, si hubiera faltado el quórum necesario: no fue éste el caso.

Por lo que atañe a su presunta inconstitucionalidad, solamente puede ser declarada en sede judicial y en caso de conflicto entre las disposiciones de la ley en cuestión y cláusulas constitucionales.

Pero menos aún, y este es el eje del problema, es factible declarar judicialmente la nulidad o inconstitucionalidad de leyes o partes de ellas cuya vigencia ha terminado, puesto que tal circunstancia impide su aplicación a hechos o actos posteriores.

No conozco, en la doctrina judicial elaborada durante largos años por la Corte Suprema de Justicia, sentencias que hayan asignado efecto retroactivo a los vicios de inconstitucionalidad.

En consecuencia, para aquellos individuos que integraban las Fuerzas Armadas entre 1976 y 1980 se presentaron –por los años 1983 a 1985– dos hipótesis:

o fueron procesados por supuestos delitos cometidos en el curso de la lucha contra la subversión y, en tal caso, la aplicación a sus respectivas causas de lo establecido por las leyes 23.492 y 23.521 importó que, desde entonces, les ampara la garantía de la cosa juzgada;

o no se les inició causa penal alguna, y en consecuencia, se hayan tutelados por la garantía del derecho adquirido a no ser nunca procesados a partir de la entrada en vigencia de aquellas leyes.

Pero a esta orfandad es muy importante agregar que entre los años 1986 y 1988 numerosas fallos –alrededor de 18– dictados por la Corte Suprema de Justicia declararon la constitucionalidad de estas leyes, con la conformidad de los predecesores del actual Procurador General, Dr. Andrés D'Alessio, Juan Oviedo Gauna y Jaime Malamud Goti.

La primera decisión que declaró la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 fue dictada en el caso “Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional”, votando afirmativamente los Dres. José S. Caballero y Augusto C. Belluscio; en el mismo sentido pero con sus fundamentos, el Dr. Carlos S. Fayt; en disidencia parcial el Dr. Enrique S. Petracchi y en disidencia total el Dr. Jorge A. Bacqué.

Los dos primeros sostuvieron que “Declarar la Constitucionalidad de la Ley 23.521 no supone dejar impunes los delitos juzgados, sino variar el centro de imputación hacia otros sujetos”; el Dr. Fayt, por su lado, expresó que “La ley 23.521 ha sido sancionada en ejercicio de la facultad del Congreso Nacional de conceder amnistías generales, establecida en el art. 67, inc. 17 *in fine* de la Constitución Nacional”; el Dr. Petracchi, luego de un largo y meduloso examen de los antecedentes históricos de la obediencia debida y sus límites, concluye: “Por ello, no obstante las graves deficiencias de que adolece la norma en estudio, esta Corte, no puede desconocer que más allá de la letra de la ley, existe una clara decisión política del legislador, cuyo acierto o error no corresponde al Poder Judicial evaluar. En tal sentido, debe tenerse presente que la intención del legislador no debe ser obviada por posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal y que la misión judicial no se agota con la sola consideración indeliberada de la letra de la ley, porque es ineludible la función de los jueces en cuanto órganos de aplicación al ordenamiento jurídico



vigente, determinar la versión, técnicamente elaborada, de la norma aplicable al caso. Esto es así, con mayor razón, si se repara en que mediante la presente ley, los Poderes Ejecutivo y Legislativo han decidido, ante el grave conflicto de intereses que la sociedad argentina afronta en torno a este tema, conservar la paz social encauzando la voluntad popular en medidas que clausuren los enfrentamientos en procura de alcanzar como meta indispensable la unión de los argentinos...”

En el caso “Jofré, Julia J.”, –que validó ambas leyes, con la disidencia del Dr. Bacqué– el dictamen del Señor Procurador General de ese entonces, Dr. Jaime Malamud Goti, contiene esta muy apropiada frase:

“No puede pasarse por alto el hecho de que los sucesos ocurridos fueron de excepcional gravedad e involucraron por acción u omisión, de forma directa o indirecta, a un enorme sector de nuestra ciudadanía. Esto obliga a que la ley deba ocuparse de que solo los mayores responsables sean debidamente juzgados, *permitiendo así que lo que es hoy considerado por algunos equivocadamente una renuncia a la justicia constituye, en realidad, la manera más eficaz de lograr el afianzamiento de las instituciones que garanticen la conciliación y libertad de los argentinos. Es esto último lo que debe disputarse como la máxima consecuencia del ideal de justicia que tantas veces aparece invocado en los escritos de apelación*” (Fallos:311:80, del 11 de febrero de 1988: el subrayado me pertenece), desde que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 182:486; 184:5;186:258; 200:165;257:99).

En la causa “Trimarco, Juan Carlos y otros”, el entonces Procurador General de la Nación, Dr. Andrés D’Alessio dictaminó como sigue:

“El reclamo de inconstitucionalidad de la ley 23.521, en el que basa su agravio contra el auto de fs. 296/302 la particular damnificada, se funda en argumentos que nada nuevo aportan con relación a los que fueran contestados al dictaminar el 21 de diciembre de 1987 en la causa A.554 L. XXI, motivo por el cual consideró que debe rechazarse la apelación deducida por las razones allí invocadas, a las que me remito” (Fallos: 311:1122).

Poco tiempo antes, quien ocupaba esa magistratura era el Dr. Juan O. Gauna, y al emitir su dictamen en la denominada causa “Camps”, defendió la tesis más amplia en materia de impunidad por “obediencia debida”, sosteniendo que la restricción por obediencia

debida, excluyendo del ámbito de la impunidad a la comisión de “hechos atroces o aberrantes”, tal como lo había declarado la ley 23.049, era inconstitucional, como ley penal *ex post ipso*, contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional.

### **Segundo argumento: Ambas leyes son incompatibles con normas de instrumentos internacionales protectoras de los Derechos Humanos**

Como segundo argumento, el Señor Procurador General aborda el punto relacionado con la compatibilidad de ambas leyes con normas internacionales de jerarquía constitucional, sosteniendo que las mismas son vinculantes para nuestro país, al menos desde 1984 y 1986, y que prohíben actos estatales que impidan la persecución penal de graves violaciones de los derechos humanos (arts. 27, 31 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, 1 y 2 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” y 2 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”).

Sin embargo, es preciso señalar que los principios de orden constitucional de los Estados no pueden soslayarse so color de una pretendida y vaga –como más adelante apuntaré– universalidad o jurisdicción universal. Hay principios del Derecho Penal y, por ende, del Derecho Penal Internacional que fueron creándose al amparo de la doctrina y la jurisprudencia, como el de la irretroactividad de las leyes y el *non bis in idem*.

Es exacto, desde luego, que cuando ambas leyes recibieron sanción en diciembre de 1986 y junio de 1987, respectivamente, ya habían sido ratificados los instrumentos interregionales e internacionales antes mencionados y que, en consecuencia, al declarar la no punibilidad de actos señalados como delitos en estos documentos, las leyes en cuestión parecían *ab initio* inválidas: ya he tocado este punto.

Pero esta conclusión no es suficiente para sostener la aplicación de cláusulas de dichos tratados a supuestos hechos delictuosos cometidos antes de la ratificación de aquellos por nuestro país: frente a esta tesis, se alza sólidamente el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fueron anteriores a la sanción de ambas leyes, pero carecen de efecto retroactivo para sancionar hechos producidos, a lo sumo, en 1978: caso distinto es el de dos

instrumentos posteriores, la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” y la “Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad”, que establecen la imprescriptibilidad de hechos anteriores a su ratificación: esta pretensión es, para nosotros, jurídicamente inadmisibles, pues conforme al art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, cuando cualquier tratado, principio o costumbre internacional penal entra en conflicto con normas de la Primera Parte de la misma, ella prevalece: es desde luego, el caso del art. 18, sobre el cual me extenderé luego. De no ser así, se estaría modificando la Constitución por vías que ella no contempla.

Ha de concluirse, pues, que las normas de la Constitución Nacional conservan su supremacía frente a las contenidas en tratados internacionales, aun cuando se les haya asignado jerarquía constitucional.

En el caso del art. 18 que prevalece sobre las disposiciones de acuerdos internacionales por así disponerlo los art. 31 y 75, inciso 22, del código constitucional.

Su conocido texto es como sigue:

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso”.

Por ello, y como lo admitió el tribunal de alzada, “la máxima objeción que puede aducirse radica en la aplicación *ex post facto* de normas de carácter internacional en el juzgamiento de hechos ocurridos, como los que resultan objeto de la presente pesquisa, en el período comprendido entre los años 1976 y 1983. en razón de lo expuesto, toda norma que dispusiera la imprescriptibilidad de la acción penal referida a los hechos cometidos en la última dictadura militar, chocaría en el ámbito del derecho interno, con el principio de legalidad”.

Estimo pertinente extenderme en esta ocasión sobre el contenido de la citada disposición constitucional.

La garantía del citado precepto, *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, vigoroso baluarte de protección de la vida, la libertad y la propiedad de las personas, posee un largo abolengo histórico, iniciado ya antes de que la Carta Magna inglesa de 1215 lo reconociera implícitamente en su artículo 39, y repetida desde entonces en numerosos documentos de nivel institucional, como los Fueros de Aragón y de Navarra del siglo XIV y el Fuero de Vizcaya de 1527 hasta la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789.

Este postulado contribuyó a reducir la arbitrariedad en el ejercicio del poder, limitando las competencias penales de los gobernantes. Tuvo recepción prácticamente unánime en el Derecho Constitucional y Penal del siglo XIX.

Naturalmente, no podía encontrarse ausente en las declaraciones de derechos concertadas a partir de 1948, cuyas pertinentes disposiciones citaré más adelante.

En doctrina, el gran mérito de elaborar y fundamentar este principio le corresponde al gran humanista y penalista italiano, Cesare Beccaria. En su famoso opúsculo *De los delitos y de las penas* (escrito en 1764), entre otros avances de la filosofía penal liberal, concreta este principio en su sentido moderno, inspirándose en el postulado de legalidad que deben tener las penas, el que surge del *Contrato Social* de Rousseau.

El valioso principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, ha sido receptado por los acuerdos interregionales e internacionales sobre tutela de los derechos humanos, como se verá a continuación:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional e internacional...” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11.2);

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.9);

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.15.1);

“Nadie puede ser condenado por una acción u omisión que en el momento que fue cometida, no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional” (Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, art.7.1).

En relación con esta cuestión, encuentro oportuno citar a un distinguido estudioso nacional, quien recuerda de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, que fue la base del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hoy en funciones, se expresa:

“Una novedad importante del estatuto de Roma” –(se refiere al que ha creado la Corte Penal Internacional)– “es el reconocimiento de que los crímenes internacionales pueden ser cometidos fuera del marco

de la estructura estatal. Los documentos anteriores y parte de la doctrina tendían a sostener que solo los agentes estatales podían cometer dichos crímenes. Por el contrario, el Estatuto de Roma admite – expresamente en los delitos de lesa humanidad– que estos pueden ser cometidos por otro tipo de organizaciones. *Tal disposición podría interpretarse como sancionando las actividades terroristas ejecutadas por otros grupos sociales fuera del Estado, cuando, por supuesto, alcancen la magnitud propia de crímenes internacionales* (Waldo Villalpando, *De los Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional*, Editorial Abeledo-Perrot, 2000, pág. 323).

Como es de pública notoriedad, durante el transcurso de la lucha antisubversiva los grupos que iniciaron (FAR, ERP, montoneros en general) cometieron durante esos años muy crueles y aberrantes crímenes de lesa humanidad, descritos y penados en los instrumentos del Derecho Penal Internacional.

*Sin embargo, ninguno de los jueces del fuero penal federal se preocupó por investigar estos trágicos hechos y, eventualmente, procesar y condenar a sus autores.*

#### **Cuarto argumento: la privación ilegal de la libertad y la desaparición forzosa de personas**

Conviene aquí advertir que la expresión “lesa humanidad” es de cercano origen, y fue creada para permitir una calificación tripartita de los delitos de que se acusaba a la dirigencia nacional socialista.

Dicha expresión, “crímenes de lesa humanidad”, aparece recién –en lo que concierne a nuestro ámbito normativo–, en la “Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas”, aprobada el 9 de junio de 1994, cuyo art. 7 dice: “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción”. Este acuerdo fue incorporado al ordenamiento jurídico nacional por la ley 24.556, aprobada el 10 de octubre de 1995, y posteriormente la ley 24.820, sancionada el 29 de mayo de 1997, le asignó la jerarquía constitucional autorizada en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Por consiguiente, de manera alguna puede imputarse a los encausados la comisión de un delito ausente de todos los acuerdos y convenios internacionales a la fecha en que se dice fue cometido, es decir, el 26 de noviembre de 1976, veinte años antes de la ratificación del citado instrumento.

Y va de suyo que siendo esto innegable, el tema de la imprescriptibilidad de las acciones para reprimirlo cae estrepitosamente, en vista de la ausencia del hecho delictuoso al cual pretende aplicarse.

Pues es patente que si no existe delito es totalmente carente de sentido indagar acerca de si se encuentra o no prescripto, o si es imprescriptible, y no obstante, en esa inútil tarea se ubica al cuestionar el argumento de que “sería contrario al principio de legalidad material, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, tomar en consideración una figura delictiva no tipificada en la legislación interna, como la desaparición forzada de personas, y así también aplicar al caso normas internacionales relativas a los crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad que no habrían estado vigentes para el Estado argentino en el momento del hecho”.

Por consiguiente, la primera cuestión a resolver consiste en establecer si la citada figura delictiva se encontraba antes tipificada en nuestra legislación interna, y llega a una respuesta afirmativa asimilándola al delito de privación ilegal de la libertad (art. 140 y sigs. del Código penal de la Nación).

Hay aquí una seria equivocación.

El delito de privación ilegal de la libertad contempla ilícitos cometidos generalmente por particulares –los secuestros que a diario se cometen en el Gran Buenos Aires– ya sea para obtener una compensación económica, o por una venganza, etcétera, pero nunca son el intento de reprimir ideologías.

Totalmente diferente es la caracterización del hecho sancionado por la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” –hoy con jerarquía constitucional–: “Se entiende en el Derecho penal internacional la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona”. El sujeto activo de estos ilícitos, por lo tanto, *es siempre el Estado, y ello significa una sustancial diferencia con el tipo delictivo mencionado en el art. 140 del Código Penal.*

## **La obediencia debida**

Como lo concerniente a la “obediencia debida” asoma todo a lo largo de esta exposición, me ha parecido adecuado dedicarle algunas líneas.

En efecto, el art. 1° de la ley 23.521 dispone que “no son punibles los delitos a que se refiere el artículo 10, punto 1, de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida”, son convenientes algunas aclaraciones al respecto.

El instituto se encuentra previsto en el art. 514 del Código de Justicia Militar, que dice:

“Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden de servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden”.

Por su parte, el Código Penal de la Nación expresa en su artículo 54, inciso 5:

“No son punibles... 5° El que obrare en virtud de obediencia debida”.

No puede existir ningún titubeo en cuanto a que la obediencia debida es la columna vertebral del estamento militar, no existiendo ejército alguno debidamente regulado que no repose en la existencia y rigurosa aplicación de la obediencia debida.

Pues la eficacia de las fuerzas armadas reposa indispensablemente en que las órdenes impartidas por los superiores sean cumplidas sin examen y sin demora, por sus subordinados.

“La disciplina, bien jurídico esencial para las relaciones guerreras, es lo que permite que el mando y el comando se ejerzan con naturalidad” (Oscar Igounet (h). “La obediencia debida militar como causal de justificación”, en diario “La Ley”, del 4 de agosto de 1986, pág.1).

El subordinado, sí, tiene el derecho inspección de la orden de examinar la legalidad (esto es, si la orden emana de un superior).

“...la jurisdicción militar en tiempo de guerra es amplísima. Durante tales episodios cruentos el derecho de inspección de la orden que posee todo subalterno, se torna poco menos que nulo y, como veremos más adelante, no obsta a su cumplimiento que el mandato pueda considerarse como atroz o aberrante, porque tales son características propias de toda confrontación bélica... Así, por ejemplo, en el ámbito militar el derecho de inspección de la orden es en exceso limitado y la obligación de obedecer es legalmente compulsiva, pudiendo –en casos extremos– constituir un delito la manifiesta desobediencia. (insubordinación)”. (Igounet (h). ob. y lug. cit. pág.2).

Por ello, solamente en tiempos de paz –que no lo eran los años de la subversión– (la acepción jurídica del término “guerra” según el dere-

cho internacional público e, incluso las Convenciones de Ginebra, se extiende a las guerras civiles). "...Será posible considerar como delito el empleo de la violencia orgánica y su lógica secuela de atrocidad o aberración, cuando tales hechos se atribuyen a personal que no actuó con capacidad decisoria propia." (Igounet (h). ob. y lug. cit., pág.2).

El autor que vengo siguiendo aporta un ejemplo, o caso que encuentro de mucho interés, que transcribo a continuación:

"Recuérdese —en el conflicto de Malvinas— la publicidad dada por Inglaterra sobre las técnicas despiadadas de guerra empleadas por los Gurkas... Dichas técnicas —que fueron llevadas a la práctica sin ningún miramiento (deguellos, violaciones, etc.) no eran más que la aplicación táctica de órdenes estratégicas, concebidas como integrativas del plan de acción psicológica autorizado por los máximos niveles de la conducción enemiga. Es obvio, así, que si el soldado Gurka no cumplía con la escenografía que debía observar para que cundiera el terror, incurriría en un delito militar gravísimo, pues desobedecería frente a sus propios camaradas (con lo que pondría en peligro la disciplina de toda la unidad), con el agravante de haberlo hecho en combate con enemigo extranacional". (Ygounet (h). ob. y lug. cit., pág.4).

No es cuestión, desde luego, de dejar sin sanción los llamados hechos atroces o aberrantes (torturas, violaciones, fusilamientos de prisioneros, etc.), pero las leyes 23.492 y 23.521 no siguieron ese indebido camino, sino que desplazaron la responsabilidad por tales crímenes hacia los niveles que ellas indican.

Téngase presente, además, que el art. 11 de la ley 23.04 establece una clara precisión:

"El art.34, inc. 5, del Código Penal deberá ser interpretado conforme a la regla del artículo 514 del Código de Justicia Militar respecto de los hechos cometidos por el personal mencionado en el artículo anterior" —(se refiere al personal militar de las Fuerzas Armadas, y al personal de las Fuerzas de Seguridad, policiales y penitenciado bajo control operacional de las Fuerzas Armadas y que actuó desde el 26 de marzo de 1973 hasta el 16 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo)— "que actuó sin capacidad decisoria cumpliendo órdenes o directivas que correspondieran a planes aprobados y supervisados por los mandos superiores orgánicos de las Fuerzas Armadas y por la Junta Militar. A ese efecto podrá presumirse, salvo evidencia en contrario



que se obró con error insalvable sobre la legitimidad de la orden recibida, excepto cuando consintiera en la comisión de hechos atroces o aberrantes”.

\* \* \*

Como creo habrá podido advertirse, es frágil la argumentación expuesta en el dictamen del Sr. Procurador General, lo cual permite abrigar la expectativa de que compartiendo esta opinión, la Corte Suprema de Justicia se pronuncie a favor de la constitucionalidad durante su vigencia de las leyes 23.492 y 23.521.