

Forma-Estado, formas del Derecho y cuestiones de la Democracia: un caso para el análisis (*)

Por ROBERTO BERGALLI

Barcelona

Introducción. 1) El «modelo» argentino. 1.1) Los vicios jurídicos que acarrearán ilegitimidad. 1.2) La ley de «punto final». 1.2.1). 1.2.2). 1.3) La ley de obediencia debida. 1.3.1). 1.3.2). 1.3.3). 1.4) Los ejemplos truculentos. 1.5) Victoria electoral; las razones de un rechazo popular. 2) Nuevos comportamientos deslegitimadores. 2.1) La política de indultos. 2.2) ¿Se legitima el Estado de derecho con los indultos? 3) Consecuencias para el sistema democrático. Notas. Bibliografía.

Introducción:

La participación que los elementos jurídicos tienen en la configuración de una determinada forma-Estado constituye un terreno sobre el cual convergen las filosofías política y social con el estudio de las teorías del Estado. Sin embargo, una convergencia semejante no permite todavía poner de manifiesto hasta qué punto el encuentro de tales perspectivas disciplinarias permite descubrir las consecuencias que aquella participación produce sobre la vida real de los ciudadanos, sus prácticas políticas y sus relaciones con los gobernantes. Para tal fin, será necesario contar con casos empíricos concretos con el objeto de verificar si el Estado del que se habla, histórica y jurídicamente determinado en su forma, reconoce y satisface las demandas sociales que se le plantean permitiendo, a su vez, que toda exigencia tenga su vía de formulación asegurada junto a una acorde respuesta. En síntesis, la existencia de una sociedad democrática depende de la seguridad jurídica para alcanzar ciertos niveles de justicia y de bienestar que garantiza la forma-Estado.

De este modo es como se hacen útiles y aplicables las enjundiosas categorías de Estado de derecho, Estado democrático, Estado social; todas ellas

(*) Texto de la ponencia sostenida en el *Workshop*: «Sociología jurídica en América latina: ¿existe una especificidad americana en esta disciplina?» (direc. O. Correas), celebrado en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati (Gipúzkoa), 6-8 julio 1990.

cargadas de profundos contenidos que se han venido construyendo a lo largo de acendradas tradiciones, primero por una cultura política liberal-burguesa y luego por otra de signo social-demócrata pero a las cuales indudablemente el marxismo ha dado una contribución relevante.

Empero, de la relación interna que aquellas tres categorías han generado entre sí, surge la necesidad contemporánea por saber cuál es el sistema político que está en condiciones de asegurar un explícita forma-Estado capaz de integrarlas en manera estable, dando así lugar a su reconocimiento y aceptación. La búsqueda de un objetivo semejante se ha hecho particularmente evidente en la cultura política de Occidente (cfr. ASHFORD 1968) en los dos últimos siglos, pero tiene en Europa otros ejemplos exitosos y a veces patéticos que en definitiva trasuntan una constante lucha entre democracia y autoritarismo (cfr. estudiosos clásicos como NEUMANN 1957; COSTA 1986). La naturaleza normativa y la justificación moral de este tipo de objetivos a los que se llega por medio de un determinado sistema político constituye, asimismo, la substancia de los enfoques analíticos que en España están determinando una preferente atención; de tal manera es que las diferencias y contactos que los conceptos de legitimación y legitimidad mantienen con el de estabilidad son los ejes de un tipo de examen que, aunque yo no abordaré aquí, se puede ilustrar caústicamente (cfr. GARZÓN VALDÉS 1987).

Todas las cuestiones a las cuales se ha aludido son objeto de polémica con motivo de las caídas de legitimidad del llamado Estado de bienestar, atravesado por constantes crisis pero particularmente afectado por el choque frontal que se produce en el ámbito del proceso europeo de acumulación, posterior a la segunda Guerra mundial, entre la creciente demanda de bienes y servicios con la perspectiva de reducción del gasto público, lo cual se hace evidente en la década de los años setenta. Una de esas crisis es la del Estado de derecho que en casos muy concretos ha repercutido de forma negativa sobre los principios fundamentales de que se nutre esta categoría de la filosofía jurídica; de modo tal que el modelo institucional asignado a funciones estrictamente políticas al que había dado lugar el liberalismo burgués se hace inútil para contener el nivel de conflictividad al que se llega hasta poner incluso en peligro la propia gobernabilidad del sistema (cfr. FERRAJOLI 1983); PAGGI 1987.

Un debate como el que se acaba de bosquejar no ha tenido sin embargo lugar en el ámbito de las disciplinas jurídicas y políticas en América latina, lo cual ya había enfatizado hace algunos años (cfr. BERGALLI 1984a). De estos problemas es que quiero parcialmente ocuparme en este ensayo.

Mas, no es extraño que la teoría latinoamericana sobre el Estado ni mucho menos una reflexión sobre el derecho se puedan haber ocupado con la profundidad necesaria acerca de la participación de los elementos jurídicos en la construcción del Estado social. Efectivamente, si se atiende al momento de evolución que una forma-Estado ha asumido en Latinoamérica y sobre todo las deformaciones o falta de realización del Estado de derecho, dicha extrañeza no es injustificada. A tal fin basta pensar que la década

de los años setenta ofrecía un panorama desolador en cuanto a la presencia de regímenes políticos de corte autoritario o de meras «democracias de fachada» (cfr. POLLACK; SOLÓRZANO MARTÍNEZ 1984), asentadas en buena parte del continente; son de destacar sobre todo los primeros, los cuales se habían expandido a partir del golpe militar producido en Brasil en 1964 y como consecuencia o aplicación de un proyecto específico de dominación que tuvo su propia ideología explicitada en la llamada doctrina de la seguridad nacional (DSN). La aparente adopción de ciertos postulados jurídicos por esta doctrina la presentaban como el marco dentro del cual el Estado autoritario que la sustentara se legitimaba con la organización militar de la defensa social (cfr. DOMÍNGUEZ 1980), aunque de inmediato semejantes tentativas fueron rápidamente desmontadas (por todos, cfr. GARCÍA MÉNDEZ 1985).

Una definitiva superación de tan negro período para la historia latinoamericana, respecto a consecuencias sobre vidas humanas y violación de derechos fundamentales, no parece cercana. No obstante, el comienzo de los años ochenta reveló un retorno a las formas constitucionales de gobierno mediante la elección de representantes y este es el momento en el cual, a excepción de Cuba y Haití, el resto de los países agrupados en la Organización de Estados Americanos exhibe regímenes de gobierno alcanzados mediante el voto de sus ciudadanos. Ciertamente es que la legitimación de algunos de ellos —como el caso de Panamá o de El Salvador que no parecen admitir ninguna justificación moral cuando el primero se sostiene por la intervención militar de los Estados Unidos y el segundo se apoya en la masacre de los propios nacionales por su Ejército— pone en duda que el simple uso de un procedimiento democrático justifique resultados éticamente reprobables (cfr. GARZÓN VALDÉS 1985 cit., 8). Otra cosa es, asimismo, que los contenidos de estas democracias latinoamericanas satisfagan las demandas sociales y económicas del conjunto o de las mayorías de los ciudadanos pues, como se sabe, se pueden observar las prácticas del procedimiento democrático sin reconocer participación política a todos los sectores de la población ya que los partidos, considerados como los grupos portadores de la articulación de los intereses de toda la sociedad, muchas veces carecen en Latinoamérica de esa característica esencial (cfr. MOLS 1987, 164-172); el estilo y la tradición de una cultura política peculiar no permite reconocer en general que los partidos políticos latinoamericanos sean los auténticos canales de expresión democrática. No obstante, vale la pena recordar que desde el 1 de mayo de 1989 hasta el 10 de junio ppdo., ciudadanos de doce países latinoamericanos pasaron por las urnas para elegir a sus autoridades representativas e iniciar así un período inédito en todo el continente; procesos de transición a la democracia, después de períodos dictatoriales, o consolidación de Estados de derecho son los deseos manifiestos de quienes han sido elegidos en todos esos países. Sin embargo, muy velozmente, bien por incumplimiento de los mandatos recibidos a través del voto popular, bien porque el simple restablecimiento de las instituciones democráticas

no han servido para garantizar el orden económico y social que pretende imponer el capital transnacional como única energía capaz de revitalizar los mercados, lo cierto es que la estabilidad de algunos regímenes democráticos se ha visto seriamente amenazada. Un caso aparte lo constituye el de aquellos sistemas democráticos aceptados y queridos por los ciudadanos los cuales comienzan a sentir que, pese a que se cumplan las reglas del procedimiento, las metas de justicia que se han pretendido alcanzar con el Estado de derecho resultan inalcanzables mientras aquellas reglas sencillamente mediatizan la estabilidad del sistema.

1) *El «modelo» argentino*: este es el punto en el cual debe recurrirse al «modelo» argentino, surgido con el hundimiento del autoritario régimen militar precedente por medio de las elecciones del 30 de octubre de 1983, para verificar con un caso empírico el papel jugado por ciertos elementos jurídicos en la configuración de una determinada forma-Estado en Latinoamérica.

Creo que para comenzar con el análisis de este «modelo» es suficiente recordar el marco de absoluta legitimidad dentro del cual renació el sistema político de la democracia en Argentina. Básicamente consistió en lo que se entiende como «mensaje ético» lanzado desde su campaña política previa a las elecciones por el Dr. Raúl Alfonsín, antes del triunfo que le llevara junto con su partido —la Unión Cívica Radical (UCR)— al poder. Fue sobre la base de la promesa de profundizar la investigación y producir el enjuiciamiento de quienes resultaran criminalmente responsables por la masacre cumplida mediante el terrorismo de Estado, acaecida durante los años de régimen dictatorial, que los argentinos votaron mayoritariamente por la propuesta del Dr. Alfonsín y la UCR.

En cambio, como ya he reiteradamente manifestado (cfr. BERGALLI 1987a; 1987b), pese a las investigaciones llevadas a cabo tanto por la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) como por la Fiscalía ante la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital, y a la realización de juicios contra nueve Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas (FF.AA.) que habían integrado las tres primeras Juntas militares que gobernaron el país entre 1976 y 1983 como a los jefes que tuvieron competencias en las operaciones realizadas durante la llamada «guerra sucia», las condenas recaídas en tales juicios cuanto el comportamiento observado posteriormente en torno a la cuestión militar, todo ello ha demostrado una actitud renuente o que claudica con el cumplimiento integral de la promesa política¹.

1. Debe reconocerse, sin embargo, que tal como lo destacan quienes han sido artífices del «discurso jurídico del olvido», la promesa política comprometida durante la campaña previa a las elecciones de 30. Octubre de 1983, consistía en establecer tres niveles de responsabilidades para llegar al enjuiciamiento de quienes a la postre se probara su culpabilidad. Tales niveles estaban constituidos: a) por el de quienes habían impartido las órdenes; b) por el de quienes las habían ejecutado; y c) por el de quienes, cumpliendo tales órdenes, se habían excedido de ellas (cfr. Malamud 1990, 3). Estos argumentos también son alegados por el propio Dr. Raúl Alfonsín cuando se le requiere sobre el punto, recordando él que de tales niveles ya había hablado en su libro *Ahora*, publicado en Buenos Aires en 1982.

1.1) *Los vicios jurídicos que acarrearán ilegitimidad*: como resultado de semejante situación muchos Autores han atribuido una pérdida de legitimidad al gobierno encabezado por el Dr. Alfonsín.

No obstante las vertiginosas circunstancias económico-financieras que envolvieron los meses de febrero a mayo de 1989 —que colocaron al país en una espiral hiperinflacionista y al borde del caos de su sistema financiero e hicieron pensar en un plan malévolamente concertado para provocar la caída del gobierno (v. SCHVARTZ en EL PAÍS, 14.V.89)—, la derrota de la UCR en las elecciones del día 14 de este último mes puede interpretarse como un voto de castigo al no haber satisfecho las expectativas de justicia generadas y, en consecuencia, al no darse acabado cumplimiento a la promesa de investigación y enjuiciamiento de los responsables por las gravísimas violaciones de derechos humanos cometidas en la década bárbara. Este aspecto permite sustentar la hipótesis que desde entonces comenzó la pérdida de legitimidad del Estado de derecho, reconstruido en Argentina, y la inestabilidad del sistema democrático, constamente azuzada por los planteamientos militares, hoy agravada por el actual gobierno constitucional. Esta hipótesis es la que trataré de desarrollar a continuación.

Uno de los puntos centrales de tal pérdida de legitimidad —como se señaló antes— proviene precisamente del papel que jugó y del empleo que se hizo, tanto de los instrumentos jurídicos que se crearon y aplicaron cuanto del propio sistema de administración de justicia, para incumplir con las promesas formuladas.

Si bien yo mismo me he ocupado de señalar y analizar, en múltiples ensayos e intervenciones anteriores, el uso retorcido que del derecho se hizo (cfr. op. cit. 1987a y 1987b) y el papel que cumplieron los juristas —filósofos del derecho y jueces (cfr. 1985; 1986)— en la construcción del «discurso jurídico del olvido», no obstante el empeño de algunos de ellos por demostrar lo contrario (cfr. MALAMUD GOTI/ENTELMAN 1987; NINO 1985; MALAMUD GOTI 1990), deseo destacar aquí otros profundos cuestionamientos que con mucho mayor rigor han puesto al descubierto las falacias y las incoherencias de la legislación que se fue sancionando durante el período democrático iniciado el 10 de diciembre de 1983, ocasión en que asumiera la Presidencia de la Nación el Dr. Raúl Alfonsín. No reiteraré por lo tanto otros análisis hechos en ocasiones precedentes con relación a las actitudes políticas asumidas por el Poder Ejecutivo desde el comienzo de este período en el campo de la política criminal (cfr. BERGALLI 1984c), en relación a lo que se ha denominado estrategia respecto a la cuestión militar, ni en lo atinente a ciertas políticas judiciales nefastas emprendidas por el gobierno nacional (cfr. BERGALLI 1984c). Me concentraré únicamente en los vicios jurídicos más puntuales que reflejaron las dos leyes sancionadas por el Congreso Nacional y que constituyeron desde sus promulgaciones el verdadero sustento político-legislativo de cancelación de la memoria sobre una época gravísima de la historia argentina; no por abundar en tales vicios se colmará el reclamo de justicia del que todavía está pendiente de respon-

der el Estado de derecho en Argentina y, por lo demás, esos vicios revelan la profunda inconstitucionalidad de aquellas leyes. Luego expondré el comportamiento que ha venido demostrando el actual gobierno constitucional desde que asumió sus funciones, de forma adelantada a los plazos fijados, el 8 de julio de 1989, en lo que atañe a la cuestión militar y al uso que a tal efecto ha hecho de ciertos recursos jurídicos e institucionales. Finalmente, destacaré la incidencia que toda esta situación está teniendo para el actual sistema democrático.

1.2) *La ley de «punto final»*: aludo en primer lugar a la ley que vulgarmente se ha conocido como de «punto final» —n.º 23.492 de 23.XII.1986, promulgada el 24.XII.1986 y publicada en el B.O. de 29.XII.1986— pero que se planteó como la fijación de una especial prescripción privilegiada para los autores particulares de delitos, descritos por el art. 10 de la ley 23.049 —que comportó reformas en el Código de Justicia Militar (CJM)— quienes, en definitiva eran aquellos miembros de las FF.AA., de seguridad, policiales y penitenciarias imputados por su presunta participación, en cualquier grado de autoría, en delitos que podrían haberse cometido con motivo u ocasión de hechos acaecidos en el marco de la represión (*terrorismo de Estado*) hasta el 10 de diciembre de 1983². Conviene aquí destacar que el Senado, al otorgarle media sanción al entonces Proyecto de esta ley, había incluido también como autores a quienes alcanzaría asimismo este tipo de prescripción a «toda persona que hubiese cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983», con lo cual, como se verá más adelante, la situación generada con la adopción de esta medida excepcional en el ordenamiento jurídico-penal perdía algo de la desigualdad que ella misma supone. Empero, este agregado fue suprimido en el trámite parlamentario con lo que el texto definitivo fue el que terminó beneficiando a los autores del terrorismo de Estado.

1.2.1) Así fue como MARCELO A. SANCINETTI (1987) dictaminó, sobre el Proyecto antes que fuera sancionada la ley:

I) que el mismo no era uno de caducidad o extinción de acciones penales sino que, jurídicamente, reúne todas las cualidades que lo definen como una propuesta de ley de «olvido», de «perdón» o de renuncia a unas acciones penales en sí vigentes al momento de su sanción. Y,

II) que en cuanto la futura ley (luego n.º 23.492) dejara fuera de la gracia a los que hayan sido condenados, procesados o citados hasta 60 días corridos desde su promulgación, ella se convertiría en inconstitucional porque vulneraría el principio de igualdad (arts., 16 y 67, inc. 17 Constitución Nacional, CN) pues le parecía indudablemente que la amnistía que en realidad iba a otorgar la ley, no podía quedar condicionada a que el autor de los hechos alcanzados por ésta hubiera sido citado o no en el juicio en que tales delitos se le imputaran.

2. La ley 23.049, art. 10º, dice: «El Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas conocerá mediante el procedimiento sumario en tiempo de paz establecido por los arts. 502 a 504 y concordantes del Código de Justicia Militar, de los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de esta ley siempre que: 1º) resulten imputables al personal militar de las Fuerzas Armadas, y al personal de las Fuerzas de Seguridad, policial y penitenciario bajo control operacional de las Fuerzas Armadas y que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo, y ...»

1.2.2) También JULIO B. J. MAIER se expresó de manera terminante (cfr. 1987) respecto al entonces Proyecto de ley de «punto final» —en el tiempo en que estaba en trámite de sanción— definiéndola como un *amnistía*, para nada encubierta, cualesquiera fueran sus defectos y objeciones jurídicas que se le pudieran oponer y aunque él no participaba— en aquella época de su discusión— de la idea política de amnistía, le hubiera parecido sin embargo menos cuestionable, ética y jurídicamente, una manera de proceder que no incluyera la hipocresía; esto es, que hubiera preferido la sanción legislativa de una amnistía «con todas las de la ley» (textual y acudiendo al dicho popular, v. op. cit., 149).

Al señalar MAIER lo que él entendió como defecto real de la ley, el cual le hacía caer en la inconstitucionalidad, destacaba su especial característica de contradecir el principio constitucional argentino en el sentido de que es *únicamente* el Congreso de la Nación el que puede conceder amnistías generales (art. 67, inc. 17 CN). En todo caso, no es una amnistía general aquella que —como la que expresa la ley— para concederles la gracia o excluirlos de ella, diferencia a partícipes que son procesados o lo serán en un tiempo determinado, de aquellos que no lo serán. Entonces, esta ley efectivamente peca contra el carácter general que las amnistías pueden tener en la República Argentina, pues no sólo excluye a algunos de los beneficiarios eventuales cuando los designa por su condición o pertenencia (miembros de la Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, únicos abarcados por la gracia) sino que también hace depender la operatividad de la ley de condiciones extrañas a la misma naturaleza de los hechos, entre ellas las procesales (art. 1, ley 23.492: «Se extinguirá la acción penal contra todo... que no fuere citado a prestar declaración indagatoria por tribunal competente dentro de los sesenta días corridos contados a partir de la fecha de promulgación de la presente ley, o que, habiéndolo sido con anterioridad, no se encuentre procesado ni lo fuere dentro de dicho plazo.»).

Mientras, también MAIER encontraba otros defectos secundarios al entonces proyecto —luego ley 23.492— que también lo viciaban de inconstitucionalidad. De ese modo subrayaba una neta distinción entre la supuesta caducidad de acciones que enunciaba y la manifiesta amnistía que encerraba, cual es: que la ley de «prescripción» contiene la particularidad de que sólo rige retroactivamente (y *ex post-facto*) y no pretende atrapar hechos futuros, lo cual identifica esa manifiesta naturaleza de perdón o gracia hacia el pasado.

1.3) *La ley de obediencia debida*: pasando ahora a la consideración de la segunda de las leyes en cuestión, o sea a la de obediencia debida —23.521, sancionada y promulgada el 8.VI.1987— vale la pena destacar un análisis que se hizo de esta eximente o justificante de conductas delictivas, con relación al art. 514 del Código de Justicia Militar (CJM), anticipándose así al desarrollo de este principio por la ley en cuestión (cfr. BAIGÚN 1987).

1.3.1) En ocasión de la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, de 9 de diciembre de 1985, recaída en la causa seguida a los nueve Comandantes en Jefe, integrantes de las tres primeras Juntas militares que se subsiguieron en el ejercicio del Poder Ejecutivo de la Nación (PE) en el período entre 1976 y 1983 y con especial referencia al recordado punto 30 de esa sentencia, se confirmaba ya definitivamente que la estrategia respecto de la cuestión militar, en materia de responsabilidades criminales por las gravísimas violaciones de derechos humanos de que se hicieron acreedoras las cúpulas de las FF.AA. y buena parte de oficiales y suboficiales, apoyaría en la aplicación del principio de la obediencia debida —el cual apoya en la obediencia jerárquica (cfr. RIVACOBIA 1969)—. Pero el desarrollo de semejante principio, a lo largo de la estrategia puesta de manifiesto por el gobierno democrático, lo iba a demostrar notablemente alterado tanto en su naturaleza jurídica como en su ámbito de aplicación.

En efecto, la ley 23.049 —primera del período democrático, inaugurado en diciembre de 1983, que modificaba el CJM— establecía en su art. 11 una pauta de interpretación del art. 34, inc. 5 del Código Penal (CP) —que enumera la obediencia debida como causa de inculpabilidad—, diciendo que este principio deberá ser interpretado conforme a la regla del art. 514 CJM³, respecto de los hechos cometidos por el personal de las FF.AA., de seguridad, policiales y penitenciarias bajo control operacional de aquellas fuerzas y que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983; se refiere entonces al personal *sin* capacidad decisoria que hubiere obrado cumpliendo órdenes o directivas correspondientes a planes aprobados y supervisados por los mandos superiores de las FF.AA. y por la Junta militar (a lo que alude el art. 10, inc. 1 de la misma ley).

Agregaba el art. 11 que «a este efecto *podrá* presumirse, *salvo evidencia en contrario*, que se obró con error insalvable sobre la legitimidad de la orden, excepto cuando consistiera en la comisión de hechos atroces y aberrantes». La interpretación que le atribuye en esta parte BAIGÚN (*op. cit.* 391) a la ley 23.049 es la de establecer pautas para casos corrientes del error de prohibición para los hechos cometidos por el personal a que se refiere en el art. 10, inc. 1 de ella. Con esto y con la presunción *juris tantum* que establece el artículo 11 («podrá presumirse...»), la aplicación de la obediencia debida que el art. 514 CJM establece quedaba dividida en tres grandes segmentos: a) para los casos en que el subordinado puede invocar la obediencia debida justificadamente; b) para casos en que el mandato excede las órdenes antijurídicas vinculantes enmarcadas dentro del ámbito de los *abusos conexos*; y c) para los casos en que los hechos adquieren el carácter de atroces o aberrantes, en los cuales la obediencia debida quedaba descartada

3. La parte pertinente del art. 514, del CJM, dice así: «... cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del 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».

desde un comienzo; aspecto éste sobre el cual la doctrina penal universal es absolutamente pacífica y en el que la legislación argentina va a demostrar —como luego se verá— el punto más elevado de flexión hacia las exigencias de la clase militar, como también la mayor frustración para las demandas de justicia.

1.3.2) También respecto de esta ley se pronunció muy severamente MARCELO A. SANCINETTI (cfr. 1987b), cuando efectuó un profundísimo análisis de ella y del fallo de la Corte Suprema de Justicia que le reconociera constitucionalidad, pese a la opinión en minoría de dos de sus jueces, sobre la del Dr. Jorge Bacqué. Teniendo como referencia el voto de este juez, SANCINETTI llegó a la síntesis de que la ley 23.521 era contraria a la Constitución por un triple orden de razones, a saber: a) porque esta ley habría constituido una usurpación de funciones judiciales, pues con su sanción el Congreso habría dictado una sentencia antes de haber aprobado una ley.

La ley en cuestión dispuso en su art. 1, lo siguiente: «Se presume sin admitir prueba de lo contrario que... (ciertas personas) no son punibles... por haber obrado en virtud de obediencia debida. En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en concepto de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ella en cuanto a su oportunidad y legitimidad».

Sobre esa «presunción absoluta» que la ley estableciera es que SANCINETTI (*op. cit.*, 494) afirma cómo los jueces resultan obligados a la única manera de establecer la situación de hecho de los delitos que caían bajo su conocimiento y, asimismo, una única y predeterminada manera de interpretar la ley aplicable. Mayor violación al principio de la división de poderes y tamaña injerencia en el ejercicio de la administración de justicia serían difíciles de encontrar, por lo cual la disidencia del juez Bacqué adquiriría un vigor incontrastable.

b) Pero también la ley 23.521 es para SANCINETTI inconstitucional pues, como sentencia (v. apartado a, anterior), además es arbitraria. Para sostener esta afirmación el A. emplea el ejemplo de un sonado caso (en la denominada «causa Camps» el del cabo de la policía A. Cozzani, v. SANCINETTI *op. cit.*, 499 con las referencias que allí da) al cual la Corte Suprema aplicó los beneficios de esta ley de obediencia debida, sin advertir que el beneficiado *ya* había sido condenado previamente por los delitos respecto de los cuales se le beneficiaba y cuando la ley se refiere sólo a personas bajo proceso; es decir que aunque la ley infringía la división de poderes, al menos respetaba los efectos de la cosa juzgada. Por lo tanto así se demostraba no únicamente como sentencia previa, antes que como ley; también se revelaba en su aplicación como afirmación de hechos que obviamente no había podido conocer, o sea como una «sentencia judicial arbitraria».

c) Por último, también se manifiesta la inconstitucionalidad de la ley para SANCINETTI cuando llega a una solución de fondo contraria a la Car-

ta Magna de la Nación Argentina. En efecto, aunque la ley no se hubiese autolimitado a juzgar casos del pasado y hubiera establecido una auténtica regla de derecho, lo que nunca pudo haber hecho es establecer que un inferior pueda estar jurídicamente obligado a seguir órdenes de manifiesto contenido aberrante (por ej. de torturar o matar por causas políticas) que es lo que hace cuando admite —tras presuponer la existencia fáctica de una orden de servicio, la incapacidad decisoria, la ausencia de excesos, etc. —que un subordinado, en semejantes condiciones, ha realizado los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1, de la Ley 23.049 («... en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo, y...») excluyendo únicamente los de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles (art. 2, ley 23.251: «La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de...»).

Es palmariamente evidente que el Congreso de la Nación carece de facultades para permitir que ningún órgano estatal, ningún funcionario, ningún subordinado, tenga el deber de obedecer órdenes de semejante contenido. ¡Vale la pena imaginar la petición que «futuros torturadores obedientes» podrían formular de ser acogidos al principio de obediencia debida, alegando un trato similar al que la ley 23.521 proporciona para autores de hechos semejantes sobre la base del principio de igualdad.

1.3.3) El último de los temas que voy a recoger aquí en relación al cúmulo de defectos de todo orden que le han sido atribuidos a la ley de obediencia debida (23.521), es el que con verdadero espíritu de jurista liberal ha destacado MANUEL DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ (conf, 1987). Aludo precisamente al aspecto quizá más repulsivo que provoca el rechazo de esta ley, de cara a la inhumanidad de los gravísimos delitos que cometieron quienes ejercieron el terrorismo de Estado en Argentina, y que consiste en el hecho de que la ausencia de lo que se denomina como la *atrocitatis facinoris* por parte de la orden del superior «no puede lógicamente aspirar al rango de elemento constitutivo de esta institución».

Este es el tema que genera el art. 2 de la ley 23.521 pues al excluir los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles del beneficio de la presunción que el subordinado actuó en estado de coerción a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad, permite en cambio eximir de responsabilidad por delitos mucho más graves todavía. Por lo tanto, la incoherencia de esta ley llega al punto de hacer creer que podrían obedecerse órdenes de cometer delitos aberrantes o atroces cuando es sabido —como quedó adelantado en 1.3.1) c)— que ningún superior podría tener competencia para dar una orden semejante. En cambio —como lo ha demostrado RIVACOBÁ y demás autores—, esto es lo que ha ocurrido explícitamente con la aplicación de la ley de obediencia debida

por la propia Corte Suprema, alentada por la Procuración de la Nación (Ministerio Público) en sus requisitorias (cfr. VERBITSKY 1988).

1.4) *Los ejemplos truculentos*: para probar la truculencia de cuanto ha significado el empleo de este marco jurídico-penal, configurado por las denominadas leyes de «punto final» y de obediencia debida (sin dejar de recordar los otros elementos que componen ese marco y a los que me he referido en intervenciones anteriores), valgan sólo dos ejemplos.

Respecto de la aplicación de las primeras leyes citadas, cito aquí la absolución por la Corte Suprema de Justicia (con el voto en contra del juez Jorge Bacqué) de quien constituye casi un emblema del terrorismo de Estado en Argentina; aludo al capitán de corbeta Alfredo Astiz en la causa en que era acusado por el padre de la ciudadana sueca Dagmar Hagelin. Considerado como uno de los más siniestros símbolos de la represión durante los años de las dictaduras militares, Astiz fue beneficiado en esta causa con la prescripción privilegiada respecto de los delitos de privación ilegal de libertad, cometido con violencia y lesiones graves (v. EL PAÍS 26.II.88). Una decisión semejante también recayó en la otra causa contra el mismo Astiz por el secuestro y la desaparición de dos monjas francesas, Alice Domon y Leonie Duquet, aunque en un hecho casi sin precedentes para la jurisprudencia comparada en materia de derechos humanos —salvo el de algunas Cortes federales de los Estados Unidos, como lo fue el del ciudadano paraguayo Filartiga quien reclamó y obtuvo una condena de sus torturadores por hechos cometidos en su país de origen (v. CRAWFORD 1990 n. 114)— la justicia francesa primero dispuso la captura de Astiz (v. *Página/12*, 22.X.1989), requerida internacionalmente, y después su condena en rebeldía sin atender entonces a la circunstancia que aquel había ya sufrido un proceso por los mismos hechos en Argentina.

El otro ejemplo que deseo aquí destacar, es uno correspondiente a la ley de obediencia debida —entre tantos casos de semejante gravedad— y que significó asimismo un agravio comparativamente mayor (si se atiende al número de víctimas de que fueron objeto por el accionar de los acusados) al reclamo de justicia por el terrorismo de Estado. Aludo a la aplicación de los beneficios de esa ley 23.521 respecto de quienes fueron dos Jefes de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, los generales de ejército Juan Alberto Camps (denominado vulgarmente como el «carnicero de Buenos Aires») y Ovidio Pablo Riccheri, como de unos subordinados de los nombrados: el jefe inspector de esa misma policía, Miguel Osvaldo Etchekolatz; el oficial-médico Jorge Antonio Bergez y el cabo Norberto Cozzani. No obstante que la decisión de la Corte Suprema en este caso no admitió que tanto Camps como Riccheri pudieran ser alcanzados por la presunción irrefutable del art. 1 de la ley (aunque sí lo aceptó en relación con los demás acusados), éstos sin embargo vieron rebajadas sus condenas por ser considerados «cooperadores necesarios» atendiendo a sus elevados rangos en la fuerza policial y a que evidentemente habían ejercido un control sobre los

centros clandestinos de detención donde habían hecho «desaparecer» y torturado a miles de personas; todo ello, sin atender a la evidente autoría inmediata de ambos acusados y a que por lo menos el primero —Camps— ha aceptado públicamente su intervención en asesinatos y torturas (cfr. TIMMERMAN 1981). Este ejemplo ha servido para poner de relieve —si se examinan en detalle los votos de la opinión mayoritaria de la Corte Suprema (un detallado análisis de los mismos puede encontrarse en CRAWFORD *op. cit.*, 31-47)— el nivel de manipulación que ha permitido la construcción de este «discurso jurídico del olvido» del que he hablado en ocasiones que ya he citado (cfr. 1987a; 1987b), junto al sentido instrumental que se ha dado a esta justificante de obediencia debida. De este modo es como se patentiza la tarea mediadora que muchas veces se le adjudica a las categorías jurídicas que permiten actuar a la jurisdicción en la suplencia del poder político.

1.5) *Victoria electoral del Partido Justicialista; las razones de un rechazo popular:* luego de un período de gran turbulencia política, jalonado de intentonas militares contra la estabilidad institucional del gobierno democrático presidido por Raúl Alfonsín, catorce huelgas generales dispuestas por la Confederación General del Trabajo (CGT) y un proceso hiperinflacionario de gran velocidad que agobió a los argentinos entre febrero y mayo de 1989, el día 8 de julio de ese año asumió la Presidencia de la Nación Carlos S. Menem, lo cual supuso un adelanto necesario del plazo legal puesto que Alfonsín, presidente «en funciones», en un hecho no inesperado por el deterioro de la situación socio-económica y político-institucional (cfr. EL PAÍS, 8.VII.1989) se vió forzado a «resignar» (¡peculiar aplicación de este verbo!) su cargo.

El Partido Justicialista que había propuesto a Menem, junto con Eduardo Duhalde para la vice-presidencia, llegó a la victoria electoral de 14. de mayo en unos comicios que no tenían lugar desde hacía treinta y cinco años en Argentina para llevar a cabo una democrática substitución en los poderes constitucionales.

Muchas interpretaciones se han hecho acerca de las razones que jugaron en la derrota de la UCR. Sin embargo, aún cuando la mayoría de aquellas realizadas por analistas de distinta tendencia sobre la realidad argentina de aquel momento se inclinaban por otorgar primacía a las de índole económica y, en particular, al fracaso del llamado Plan Primavera —último del gobierno Alfonsín que degeneró en auténtico caos (cfr. EL PAÍS, 16.V.1989), con asaltos a supermercados incluidos— yo sigo pensando que una importante proporción de los votos que dió el triunfo al justicialismo estaban también cargados de reproche hacia la política de derechos humanos seguida por el democrático gobierno de Raúl Alfonsín, especialmente respecto de las cesiones y concesiones que éste hizo en el terreno de la cuestión militar (lo que me permití prever el día antes de la victoria del justicialismo, v. BERGALLI 13.V.1989).

En síntesis, creo que el sostén jurídico que se fue tejiendo en favor de las posiciones militares mediante las leyes que antes he examinado y el com-

portamiento de la máxima jurisdicción argentina en su aplicación, han sido factores de indudable peso para que, a la postre, se configurara el rechazo popular que se verificó en las urnas el 14 de mayo de 1989. Antes, mientras tanto, la falta de tratamiento veloz y adecuado de la cuestión militar, había originado un estado de casi asamblea en las filas castrenses que demandaban por una rápida clausura de los procedimientos penales contra los responsables de la llamada «guerra sucia». Esta situación llevó a las sublevaciones de Semana Santa de abril de 1987, de Monte Caseros (Pvcia. de Corrientes) en enero de 1988 y de Villa Martelli (Pvcia. de Buenos Aires) en diciembre del mismo año, a través de las cuales se distinguieron distintas facciones dentro del Ejército («carapintadas», «liberales», etc.) que por medio de sus intentonas desestabilizadoras primero forzaron la sanción de la ley de obediencia debida y luego impulsaron su inmediata aplicación por los tribunales. Todo este cuadro indudablemente no sólo deslegitimó al Estado de derecho, poniendo en crisis el ordenamiento jurídico, las instituciones y la propia jurisdicción, sino que dejó en peligro el mismo sistema democrático como forma de gobierno y práctica política.

2) *Nuevos comportamientos deslegitimadores*: aquí debe comenzar el análisis del comportamiento que ha observado el gobierno constitucional presidido por Carlos S. Menem, en lo que atañe a cómo ha sido encarado, desde su adelantada asunción de funciones, el tratamiento de la cuestión militar.

Quizá convenga señalar que en los momentos de más peligro para la estabilidad del gobierno de Alfonsín, tanto las autoridades del Partido Justicialista (PJ), encabezadas por Antonio Cafiero, como los demás partidos del arco parlamentario, se comprometieron con un único aspecto de la labor del primero. Efectivamente, la defensa del sistema democrático fue manifestada por todos aquellos en las ocasiones más severas en las que el mismo fue puesto a prueba entre diciembre de 1983 y junio de 1989. Aludo bien a la subscripción que todas aquellas fuerzas políticas hicieron —con excepción del Movimiento al Socialismo (MAS)— de un documento de defensa de la democracia, con ocasión de la sublevación de Semana Santa de 1987 (v. EL PAÍS y LA VANGUARDIA 20.IV.1987), bien cuando en medio del marasmo económico de los últimos meses del gobierno Alfonsín desde la oposición se hacían ofertas de coalición o programas comunes (v. EL PAÍS 7.IV.1989) aunque como es lógico ellas estuviesen cargadas de intencionalidad política.

En cambio, en el aspecto de las concesiones que el gobierno Alfonsín realizó ante las exigencias y presiones a que fue sometido por toda la corporación castrense como en el peculiar caso del asalto al cuartel de La Tablada (Pvcia. de Buenos Aires) por el grupo armado vinculado al autodenominado «Movimiento por la Patria» (MTP) el 23 de enero de 1989, tanto el PJ como su entonces candidato presidencial Carlos S. Menem sintomáticamente han sostenido un doble lenguaje. Si se hace un somero repaso de las mani-

festaciones y exposiciones efectuadas sobre todo por el último, mientras se postulaba como candidato y luego cuando fuera elegido, revelan que mientras en el Congreso el PJ sostuvo con sus votos la aprobación de las leyes que configuraron el discurso jurídico del olvido, en las declaraciones de la campaña política criticaban las decisiones que el presidente Alfonsín adoptaba dando instrucciones para que se hiciera una rápida aplicación del principio de la obediencia debida. En cuanto a los sucesos de La Tablada —de tan enmarañados y complejos orígenes, como de injustificada reacción militar—, Menem y el PJ fueron acusatorios del gobierno de la UCR al cual atribuyeron vinculaciones con los autores del ataque al cuartel (v. CLARIN 7 y 9.II.1989).

2.1) *La política de indultos*: lo más llamativo de ese doble lenguaje, iniciado por el PJ y su entonces candidato a la Presidencia de la Nación durante la campaña previa a las elecciones de 14 de mayo de 1989, fue su rápida transformación en una única verdad desde que asumieron el poder. En efecto, con algunas breves señales emitidas antes pero que se ampliaron en el acelerado proceso de asunción de funciones, el Presidente Menem adoptó una decisión trascendental y que aparentemente involucraba a miembros de las FF.AA. y de seguridad responsables del terrorismo de Estado, como también a algunos elementos integrantes de grupos armados irregulares (guerrilleros) o acusados de haber participado en hechos violentos durante el período de la dictadura militar. Esa decisión también se extendió a los jefes militares ya condenados por la guerra de las Malvinas y a los sublevados de Semana Santa, Monte Caseros y Villa Martelli, al igual que a civiles procesados por subversión. Por el contrario, no comprendió a los condenados Videla, Massera, Viola, Camps, Lambruschini, Riccheri, Suárez Mason ni al dirigente de «Montoneros» Firmenich (v. LA NACIÓN 9.X.1989).

El día 8 de octubre de 1989, tres meses después de haber asumido el Poder Ejecutivo y haciendo uso del recurso previsto en el art. 86, inc. 6 CN, el Presidente Menem indultó 277 personas, mediante los decretos 1002, 1003, 1004 y 1005. Entre los indultados se encontraban tanto acusados que se hallaban aún bajo proceso, como otros ya condenados y en cumplimiento de penas privativas de libertad.

El 22 de septiembre del mismo año, ante los anuncios de que el Presidente iba a adoptar la decisión referida, sesenta mil jóvenes se habían congregado en torno al obelisco de la Avenida 9 de julio en Buenos Aires, manifestándose en contra de esa posibilidad (v. EL PAÍS 23.IX.1989); al propio tiempo, las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo, como las demás organizaciones defensoras de derechos humanos, habían repudiado cualquier medida de perdón.

Contemporáneamente surgía entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia de la Nación —la cual hasta entonces mantenía la composición de los cinco miembros observada durante el período del anterior gobierno constitucional— un conflicto de poderes al que paulatinamente se fue agregando el sector parlamentario de la UCR. El origen de este conflic-

to se configuró con el manifiesto deseo del Poder Ejecutivo de aumentar el número de jueces integrantes del más alto Tribunal argentino. Sin ninguna duda, tal deseo procuraba evitar decisiones adversas de la jurisdicción ante las futuras decisiones que la Corte Suprema debía adoptar por eventuales recursos contra la cuestionable constitucionalidad de los indultos adoptados o por otras intervenciones en materia de obediencia debida aplicable a casos que no hubieran sido alcanzados por el perdón presidencial; para ello, el aumento de jueces mediante un ley del Congreso no sólo no atacaba la estabilidad constitucional de los que ya integraban la Corte Suprema (art. 86 CN), sino que además serviría para desequilibrar presuntas mayorías y minorías en la composición del alto Tribunal. Así fue como se gestó y se envió al Congreso el proyecto de ley que convertía en nueve el número de jueces de dicha Corte el cual, finalmente, no obstante la firme oposición de la UCR avalada por criterios de juristas con renombre, se convirtió en ley el 6 de abril de 1990 (v. LA NACIÓN internac. 9.IV.1990).

Una proclamada política de pacificación nacional ha constituido la base del perdón presidencial y el discurso que ha sostenido este comportamiento del actual PE ha procurado demostrar que quienes ahora se oponen a los indultos no sólo favorecen aquella política sino que también —aludiendo a la UCR— no son coherentes con la aplicación del «punto final» y la obediencia debida (v. LA NACIÓN internac. 18.IX.1989). Es evidente que el nivel de confusión al cual se llega mediante semejante discurso político únicamente puede tener como objetivo superar la situación a la que se ha arribado y salvar así la coyuntura de la cuestión militar; otras políticas en el campo de la estructura económica y de la intervención social que necesariamente surgen de una reforma del Estado o de la desregulación de los mercados que vigorosamente ha emprendido el gobierno presidido por Carlos S. Menem, necesitarán ostensiblemente de una cierta cohesión en las FF.AA. para mantener una estrategia de control social destinada a contener la lógica conflictividad que tales políticas provocan.

2.2) *¿Se legitima el Estado de derecho con los indultos?*: es posible que la política de indultos iniciada por el presidente Menem alcance los objetivos a que acabo de aludir en el párrafo anterior; en todo caso, este ensayo no ha estado orientado al análisis de ellos, sino más bien al examen del uso instrumental que se ha hecho de los elementos jurídicos desarrollados por la democracia para el tratamiento de la cuestión militar.

No cabe duda, por lo tanto, que los indultos dispuestos como los que se vayan a adoptar (con ellos se resolverá la situación de los ex-Comandantes condenados y todavía cumpliendo penas de privación de libertad) antes de fin de año, como se anuncia, tienen una trascendencia especial para la política del gobierno constitucional. Sin embargo, también la tienen y de un modo muy particular para la memoria colectiva de los argentinos puesto que el perdón que esas decisiones reflejan no hace más que acrecer la cuota de olvido que oficialmente ha querido imprimirse en el tratamiento de toda

la cuestión militar. En consecuencia, la sensación de frustración y el sentimiento de injusticia que pueden percibir los sectores de la sociedad argentina que son auténticamente sensibles ante las violaciones de derechos humanos cometidas por la represión militar, no sólo les permite continuar en el cuestionamiento de las estrategias diseñadas desde el Estado —ahora como durante el período del gobierno Alfonsín— entendiéndolo como unívocas unas y otras, sino que también profundiza la desconfianza hacia la clase política.

A este estado de cosas contribuye notablemente la dudosa constitucionalidad y la escasa entidad jurídica que revela la aplicación de la categoría del indulto para cubrir genéricamente un número tan dispar de situaciones como las que reflejaban los casos de quienes fueron alcanzados (o lo serán) por esa medida.

En efecto, en la doctrina jurídica nacional existe una acendrada creencia de que el indulto —con la base constitucional que le otorga el artículo 86, inc. 6.º CN— es una facultad que tiene el presidente de la Nación, absolutamente diferente de las que posee el Poder judicial, mediante la cual se extingue la pena impuesta o se disminuye ésta por razones de oportunidad. Por tanto, es un claro acto de poder de gobierno, no reglado y que responde a razones netamente políticas sin constituir una injerencia del Ejecutivo en la jurisdicción. Mediante el indulto —que no podría dictarse colectivamente (cosa que se ha hecho por el PE en los casos destacados)— se perdona la pena, pero no la condenación, subsistiendo en consecuencia el delito; no obstante, existen precedentes argentinos de indultos generales que incluso han sido convalidados por la jurisdicción (cfr. FIERRRO 1976).

Por el contrario, sí se mantiene una discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de si el indulto puede emplearse *antes* de una sentencia firme condenatoria; es decir, si puede indultarse a procesados que aún no hayan sido condenados (este es el caso de muchos beneficiados por el perdón presidencial) pues, de aplicarse en tales supuestos, o sea, sin haberse determinado todavía la culpabilidad del imputado, podría verse afectada la presunción de inocencia de que todo acusado goza hasta la condenación. En este sentido la propia Corte Suprema de Justicia ha variado su criterio en los últimos setenta años; en un caso de 1922 (*in re* Ibáñez, Fallos 136:244) admitió la posibilidad de que se pudiera indultar a procesados para variar esta opinión, sobre la base de la presunción de inocencia aludido, con motivo del indulto con que el presidente Hipólito Yrigoyen fue «perdonado» por el jefe militar que produjera el primer golpe de Estado en la historia institucional del país, desalojándolo ilegítimamente del poder, y aún cuando el indultado no estaba ni siquiera bajo proceso penal alguno (Fallos 165:213).

Como se advierte, la categoría del indulto ha sido revisada en Argentina por la jurisdicción, de modo que el otro aspecto discutible quedaría así soslayado (existe una importante opinión al respecto, en favor del control jurisdiccional sobre todo para el caso de los «indultos generales» cuando el mismo «llegue a límites tan exagerados que ponga en peligro los derechos

de la población», sostenida por un jurista que incluso es cercano a las posiciones políticas del PJ v. ZAFFARONI 1983, 44).

Ahora bien, sabido es que muchos de los militares beneficiados (y otros que pueden serlo en el futuro: Videla, etc.) han manifestado que un indulto los ofendería, pues ellos insisten en haber actuado correctamente y, antes bien, reclaman que se reivindicque su heroísmo (en la «guerra sucia», en las Malvinas, o en las sublevaciones de Villa Martelli, Monte Caseros, etc.). También desde otras posiciones, como en el caso de un fiscal federal —Aníbal Ibarra—, se ha llegado a cuestionar la constitucionalidad del indulto presidencial (cfr. *Página/12* 5.XII. 1989).

Por lo tanto, de abrirse la vía jurisdiccional para revisar la decisión presidencial de los indultos y de alcanzarse por recurso extraordinario el nivel de la Corte Suprema de Justicia, ésta debería expedirse sobre la constitucionalidad de los perdones dispuestos o por disponer. Este es el momento donde puede captarse con toda claridad el sentido del aumento del número de jueces de la Corte Suprema que propiciará el PE (v. antes 2.1: *la política de indultos*) ya que el ingreso de cuatro nuevos identificados políticamente con el presidente Menem otorgará la seguridad de una convalidación jurisdiccional de los indultos.

Si, en consecuencia, la política de los indultos logra esa convalidación pienso que adquiere plena validez una última reflexión que me formulo; es decir, que si una categoría como la del indulto —bien es verdad de naturaleza mucho más política que jurídica— recibe el empleo que se ha visto, con el fin de borrar de la memoria histórica de todo un pueblo lo que supuso el exterminio y la tortura, se confirmará que en Argentina existen muchos individuos que pueden atentar contra la vida, la integridad y los bienes de las personas sin que les alcancen las leyes de la República pues cuentan para ello con el amparo de los poderes públicos que, por decreto, sancionan su perdón. Si esto es así, es decir, si con esta flagrantes violaciones a ciertas garantías, como la del debido proceso y la de igualdad frente a la ley se lleva adelante otra estrategia para tratar la cuestión militar ¿no queda deslegitimado entonces el mismo Estado de derecho? (cfr. BERGALLI 11.X.89).

3) *Consecuencias para el sistema democrático*: uno de los aspectos que he procurado destacar en este trabajo es el relativo a la inestabilidad que han procurado y que pueden seguir causando al sistema democrático de convivencia elegido por los argentinos desde 1983 tanto la legislación cuanto las disposiciones del PE, en los dos períodos constitucionales de gobierno que configuran el discurso jurídico del olvido. Es decir, que así como la estrategia del «punto final» y la obediencia debida del gobierno de la UCR, presidido por Raúl Alfonsín, acarreó consecuencias negativas para el sistema democrático, también pienso que el gobierno del PJ, presidido por Carlos S. Menem, tampoco ha deparado repercusiones positivas con su política de indultos.

Uno de los motivos principales para que sostenga este pensamiento, más allá de los aspectos jurídicos y constitucionales que he intentado destacar antes, se relaciona con el complejo de virtudes y ventajas que pretendidamente los argentinos han estado esperando del sistema democrático.

Conviene empero reconocer que la realización de la democracia en Argentina está no sólo relacionada con la práctica de la política de partidos, aunque ya ha sido muy positiva la organización democrática en algunos de ellos. Un hecho inédito para el PJ, por ejemplo, lo fue la culminación de un laborioso proceso de movilización de las bases en el cual se fueron disputando los cargos partidarios —hasta llegar en 1987 a la elección de las autoridades y de su cúpula, cuando Antonio Cafiero fue elegido presidente del PJ—.

Lo que ha sido denominado como la «renovación democrática» del PJ, ha constado de diversas etapas: a) en la que se impuso la opción reformista democrática, la cual tendió a dejar de lado la concepción de la revolución nacional; b) en la que se produjo la revisión del modelo económico intervencionista —clásico de la tradición peronista— frente a las propuestas liberales y c) la del predominio de una estructura orgánica partidaria, con sus efectos en relación a la influencia del sector sindical. Pero fueron la primera y la tercera las etapas que más marcaron un comienzo de transformación del PJ, mientras la UCR mantenía, por su parte, una tradición de democracia interna más acendrada y el nuevo partido que representaba a la derecha —vinculada a las corporaciones con poder fáctico en el país—, la Unión de Centro Democrática (UCD), manifestaba también una tendencia en este sentido.

Sin embargo, la sociedad argentina todavía espera una ampliación de espacios para la práctica democrática en su propio seno. Si bien durante el gobierno de la UCR se hicieron verdaderos esfuerzos para profundizar ese tipo de práctica en las organizaciones sindicales, universitarias, escolásticas, organizaciones comunitarias, vecinales, familiares, etc., todavía está por verificarse la transformación de la democracia política en una más extendida de democracia social.

Del mismo modo, y con lo que acontece desde que el gobierno del Presidente Menem ha puesto en práctica un proceso llamado de «reforma del Estado» que en los hechos se trata de una desregulación de los mercados, junto a una política de privatización de empresas estatales —la cual conlleva el riesgo de consignar a capitales extranjeros el control de los servicios públicos imprescindibles—, también el tránsito de la democracia formal a una democracia substancial parece en consecuencia esfumarse. La cuestión de los contenidos de un sistema democrático moderno que se define en términos de igualdad para quienes conviven en él, pero no sólo de igualdad jurídica sino sobre todo de igualdad social y económica, está convirtiéndose en Argentina en un terreno en el cual muchas de las promesas adelantadas por el presidente Menem en su campaña política se están pulverizando.

La transformación de una tradición «nacional y popular» con la que Menem y el PJ llegaron arropados al poder, por una praxis neo-liberal, convirtieron a sus adelantos de «revolución productiva» o de «salariazó» en nuevas frustraciones para el electorado que los llevó a la victoria el 14. de mayo de 1989.

Es verdad —como dice BOBBIO 1985, 149)— que puede darse históricamente una democracia formal que no alcance a mantener las principales promesas contenidas en un programa de democracia substancial y, viceversa, una democracia substancial que se rija y se desenvuelva a través del ejercicio no democrático del poder. Cada uno de los regímenes es democrático según el significado de democracia elegido por su defensor y no es democrático en el significado aceptado por el adversario. Sin embargo, en el caso presente de la República Argentina el incumplimiento de las promesas se acerca más a una deslegitimación del voto popular.

Si a este cuadro de situación se le añaden los ingredientes que he estado tratando poner de resalto en todo este trabajo, cuales son aquellos que vienen provocando duras frustraciones a las expectativas sociales de que se haga justicia en el campo de los derechos humanos, pues entonces deberá convenirse que la recuperación del sistema democrático en Argentina y su continuidad mediante la alternancia producida en el poder de la UCR por el PJ no ha revelado una capacidad de agregación social significativa. Es verdad que no puede hacerse de la democracia política de reglas el marco único donde se diriman todos los conflictos sociales, sobre todo cuando los más lacerantes no sólo suponen la aparición de nuevas subjetividades —como lo han constituido las organizaciones defensoras de los derechos humanos y, en especial, las Madres y las Abuelas de Plaza de Mayo—, sino que asimismo representan el reclamo por una justicia que el sistema reinstaurado en Argentina no parece poder satisfacer. En todo esto, como se ha visto, han tenido una intervención preponderante algunos elementos jurídicos y de la jurisdicción que, instrumentalizados, han cumplido un papel deslegitimador del Estado de derecho, al propio tiempo que han contribuido para que se pusiera en juego la estabilidad del mismo sistema democrático.

Barcelona, 1 de julio de 1990

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ASHFORD, D.E. (1986), *The Emergence of the Welfare States*, Basil Blackwell, Oxford. Hay versión en castellano: (trad. B. Gimeno). «La aparición de los Estados de bienestar», colec. Historia Social, núm. 14, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1989.
- BAIGÚN, D. (1987), *La obediencia debida en el art. 514 del Código de Justicia Militar*, en: «Doctrina Penal» año 9, julio-septiembre, n.º 35, Buenos Aires, 377-395.

- BERGALLI, R. (1984a), *La estructura judicial en América latina*, en: G. Rusche y O. Kirchheimer, «Pena y estructura social» (trad. E. García Méndez), colec. Pensamiento Jurídico Contemporáneo, editorial Temis, Bogotá, XVII-XLIV.
- BERGALLI, R. (1948b), *Estado democrático y cuestión judicial* (Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial), Depalma, Buenos Aires.
- BERGALLI, R. (1948c), *El esquema político-criminal de la democracia argentina*, en «Afers Internacionals-CIDOB», tardor-hivern, núm. 5, Barcelona, 101-121; en alemán: «Die Kriminalpolitik der demokratischen Regierung in Argentinien», en: W. Hassemer (Hrsg.), «Strafrechtspolitik - Bedingungen der Strafrechtsreform», Verlag Peter Lang, Frankfurt a.M.-Bern-New York, 53-81.
- BERGALLI, R. (1987a), *Memoria colectiva y derechos humanos* (Una componente peculiar en el derecho y la justicia de la transición a la democracia argentina), en: «Derechos Humanos en Latinoamérica», Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n.º 26/27, Universidad de Granada, 83-111. También, en: «Opúsculos de Derecho Penal y Criminología», n.º 30, Ediciones Lerner, Córdoba (Argentina).
- BERGALLI, R. (1987b), *Argentina: cuestión militar y discurso jurídico del olvido*, en: DOXA-Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 4 (Dedicado a Ernesto Garzón Valdés), Alicante, 381-395.
- BERGALLI, R. (13.V.89), *Argentina: balance y perspectivas*, en: EL PAÍS, Madrid.
- BERGALLI, R. (11.X.89), *La memoria y los indultos*, en: EL PAÍS, Madrid.
- BOBBIO, N. (1985), *Stato, governo, società* (Per una teoria generale della politica), Einaudi Paperbacks 164, Torino.
- CLARIN (7.II.89), *El PJ presentó pruebas de sus cargos al Gobierno por la acción del MTP*, sección «Política», Buenos Aires, p. 12.
- CLARIN (9.II.89), *Insiste Menem en vincular al Gobierno con Jorge Baños*, sección «Política», Buenos Aires, p. 13.
- COSTA, P. (1986), *Lo Stato immaginario* (Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento), Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 21, Università di Firenze, Giuffrè editore, Milano.
- CRAWFORD, K. L. (1990), *Due Obbedience and the Rights of Victims: Argentina's Transition to Democracy*, en: «Humans Rights Quarterly», 12, n.º 1, February, Johns Hopkins University Press, Baltimore-Maryland, 17-51.
- DOMÍNGUEZ, C. H. (1980), *La nueva guerra y el nuevo derecho* (Ensayo para una estrategia jurídica contrasubversiva), Círculo Militar, Buenos Aires.
- EL PAIS (20.IV.87), *Alfonsín logra personalmente la rendición de los sublevados en Campo de Mayo*, por Martín Prieto, Barcelona, 1.
- EL PAIS (26.II.88), *Astiz, absuelto del «caso Hagelin» por prescripción del posible delito*, por José Comas (Internacional), Barcelona, 4.
- EL PAIS (7.IV.89), *Argentina empieza a pensar en un Gobierno de coalición*, por Carlos Ares (Buenos Aires), (Internacional), Barcelona, 8.
- EL PAIS (16.V.89), *Menem, presidente*, (Opinión), Barcelona, 14.
- EL PAIS (8.VII.89), *Relevo en Argentina*, (Opinión), Barcelona, 12.
- EL PAIS (23.IX.89), *Más de 60.000 jóvenes argentinos se manifiestan contra el indulto*, por Carlos Ares (Buenos Aires), (Internacional), Barcelona, 3.
- EL PAIS (28.IX.89), *El indulto militar enfrenta a Gobierno y jueces argentinos* (Los contrarios a la ley del 'perdón' han recogido más de 200.000 firmas en una carta al presidente Menem), por Carlos Ares (Buenos Aires), Barcelona, 4.

- FERRAJOLI, L. (1983), *La crisi dello Stato di diritto nella crisi dello Stato sociale*, en: E. Fano, S. Rodotà, G. Marramao «Trasformazioni e crisi del Welfare State», De Donato-Regione Piemonte, Bari, 419-429.
- FIERRO, G. J. (1976), *El indulto y su interpretación jurisprudencial*, en: «Nuevo Pensamiento Penal», año 5, octubre-diciembre, n.º 12, Buenos Aires, 533-561.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1985), *Recht und Autoritarismus in Lateinamerika* (Argentinien, Uruguay und Chile 1970-1980), K. Ververt Verlag, Frankfurt a.M.; hay versión en castellano: «Autoritarismo y control social (Argentina-Uruguay-Chile)», editorial hammurabi, Buenos Aires 1987.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1987), *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Cuadernos y Debates 1-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- LA NACIÓN (18.IX.89), *Menem criticó a quienes ahora se oponen al indulto*, edición internacional, Buenos Aires.
- LA NACIÓN (9.X.89), *Menem intenta la pacificación con 277 indultos a civiles y militares*, edición internacional, Buenos Aires.
- LA NACIÓN (9.IV.90), *La Corte Suprema tendrá 9 jueces*, edición internacional, Buenos Aires.
- LA VANGUARDIA (20.IV.87), *Los militares argentinos se han rendido y Alfonsín anuncia que serán sometidos a la Justicia*, Barcelona, 1.
- MAIER, J. B. J. (1987), *Desobediencia debida* (A propósito de la llamada ley de «obediencia debida»), en: «Doctrina Penal», año 10, abril-junio, n.º 38, Buenos Aires, 239-243.
- MALAMUD GOTI, J. / ENTELMAN, R. (1987), *La justificación del castigo, los juicios a militares argentinos el llamado «punto final» y sus consecuencias políticas*, en: «Derechos Humanos en Latinoamérica», *op. cit. supra*, 69-81.
- MALAMUD GOTI, J. (1990), *Transitional Governments in the Breach: Why punish State Criminals?*, en: «Humans Rights Quarterly», 12, n.º 1, February, *op. cit. supra*, 1-16.
- MOLS, M. (1987), *La democracia en América latina* (trad. J. M. Seña), colec. Estudios Alemanes - Editorial Alfa, Barcelona/Caracas: original en alemán «Demokratie Lateinamerika», Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlín, Koin, Mainz 1985.
- NEUMANN, F. (1957), *The Democratic and the Authoritarian State*, The Free Press, New York.
- NINO, C. S. (1985), *The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government: A Reply*, en: «Yale Journal of International Law», 2, 211-229.
- PÁGINA/12 (22.X.89), *Lagarto encerrado* (Una orden de captura internacional le impediría salir del país), por Eduardo Febbro, (desde París), Buenos Aires.
- PÁGINA/12 (5.XII.89), *No se puede confiar en nadie* (Polémica Arias-Oyhanarte por Ibarra), por Horacio Verbitsky, Buenos Aires.
- PAGGI, L. (1983), *Governabilità e nuove forme di soggettività*, en: E. Fano, S. Rodotà, G. Marramo, *op. cit. supra*, 431-445.
- POLLACK, B. (1984), *Enfoques sobre los regímenes autoritarios en América latina*, en: «Sistema-Revista de ciencias sociales», junio, 60-61 «Cuestiones latinoamericanas», Madrid, 37-61.
- RIVACOBA y RIVACOBA, M. (1969), *La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*, Edeval, Valparaiso.
- RIVACOBA y RIVACOBA, M. (1987), *Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida*, en: «Doctrina Penal», año 10, julio-septiembre, n.º 3, Buenos Aires, 525-537.

- SANCINETTI, M. (1978a), *Validez y alcance del proyecto de «Punto Final»*, en: «Doctrina Penal», año 10, enero-marzo, n.º 37, Buenos Aires, 117-140; también en, del mismo: «Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial», Lerner editores asociados, Buenos Aires 1988, 61-90.
- SANCINETTI, M. (1978b), *Obediencia debida y Constitución nacional*, en «Doctrina Penal», año 10, julio-septiembre, n.º 39, Buenos Aires, 463-515; también en, del mismo: «Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial», *op. cit.*, supra, 91-152.
- SCHVARTZ, C. (14.V.89), *El negocio del caos*, en: EL PAÍS (Economía), desde Buenos Aires (enviado especial), Madrid, 54.
- SOLÓRZANO MARTÍNEZ, M. (1984), *Centroamérica: Democracias de fachada*, en: «Sistema-Revista de ciencias sociales», junio, 60-61, *op. cit. supra*, 103-133.
- TIMERMAN, J. (1981), *Preso sin nombre, celda sin número*, Random Editores, Nueva York.
- VERBITSKY, H. (17.VII.88), *Las barbas en remojo*, en: PÁGINA/12, Buenos Aires, 10-11.
- ZAFFARONI, E. R. (1983), *Tratado de derecho penal (Parte General)*, vol. V, Ediar, Buenos Aires.