

LA IMPUNIDAD NO ES SOLO CUESTIÓN DE HECHO

SOBRE LA PERSECUCIÓN EN ESPAÑA DE LOS CRÍMENES DE LA DICTADURA MILITAR ARGENTINA

Perfecto Andrés Ibáñez

UN "NÚREMBERG" PENDIENTE

Pena y olvido es el título del penetrante comentario periodístico con el que Vázquez Montalbán evocaba "el 20º aniversario del golpe político-militar argentino-norteamericano". Como conclusión, decía: "...la Solución Final del Cono Sur de América Latina no ha tenido su Núremberg Internacional salvo en el territorio de la memoria...". Hay que dar la razón Vázquez de Montalbán, porque, en efecto, los crímenes de la dictadura argentina, como los de otras dictaduras del área y del momento, después de haberse producido en un ominoso vacío de sensibilidad internacional (para no hablar aquí de complicidades activas y pasivas), han carecido de respuesta institucional digna de ese nombre¹, en cualquier ámbito, y, desde luego, en el del derecho penal internacional.

1 No se ignora la existencia de algunas respuestas institucionales concretas. Pero éstas deben valorarse en su verdadero alcance y en su significación, con la perspectiva de 1997, es decir, teniendo a la vista *todo el curso de todos los acontecimientos*, en su vertiente judicial y política. Así, hay que decir que, en realidad, se juzgó y condenó sólo a algunos de los responsables de los crímenes de la dictadura militar y sólo por algunos de éstos, individualmente considerados. Después –dejando de lado (y es mucho dejar) que la inmensa mayoría de los delitos no llegaron ni siquiera a enjuiciarse, y prescindiendo también de los procesos que acabaron en "la papelera" merced al uso de todo un arsenal de triquiñuelas legales y procesales– ya conocemos lo sucedido con aquellas condenas. Lo cierto es que un internacionalista tan autorizado como Antonio Cassese (hoy presidente del Tribunal internacional para la antigua Yugoslavia), tras pasar revista a los iniciales esfuerzos del presidente Alfonsín y a sus dificultades, sin duda bien reales, no puede dejar de constatar como incuestionable

No obstante, es justo recordar que, aunque con carácter aislado y con patente insuficiencia objetiva, en algunos países: Francia, Italia, Suecia, Estados Unidos y ahora España, existen actuaciones judiciales abiertas, de indudable valor. Además, entre los años 1989-1991, el Tribunal Permanente de los Pueblos, instancia moral y de opinión, desarrolló un riguroso *Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad en América Latina*², cerrado con la impresionante sesión de clausura celebrada durante los días 22 a 25 de abril, en Bogotá. Y, finalmente, con una estremecedora sentencia que constituye un hito realmente importante en la reflexión y la denuncia del terrible fenómeno. De nuevo, como en el caso de la intervención norteamericana en Vietnam y en tantos otros, es el trabajo de una ONG lo que ha debido suplir el defecto de reacción de las instancias oficiales.

Con todo, la llamada de atención sobre estas vicisitudes sirve para reforzar y dar énfasis a la denuncia del escritor: los crímenes que ensangrentaron América Latina en esos años no contaron con el Tribunal de Núremberg que sin duda reclamaban intensamente. Lo que pone de manifiesto, no sólo la coyuntural falta de voluntad política de quienes habrían tenido capacidad de decisión para instituirlo, sino algo que puede ser aún más desolador. Me refiero al dato de que, a tanta distancia del 8 de agosto de 1945, en presencia de una experiencia masiva de crímenes de lesa humanidad, la reacción jurisdiccional desde el derecho penal internacional continúe, todavía, sometida a sórdidas *razones* de oportunidad.

dato objetivo que, al fin, "hizo prevalecer el derecho argentino del período de la dictadura tanto sobre los conceptos de democracia introducidos por su gobierno como sobre algunos principios internacionales". (En *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1988, pág. 181. Hay traducción española de Editorial Ariel, Barcelona).

Hay, no obstante, una dimensión de aquellas vicisitudes que debe permanecer en el recuerdo: es la tensión y la esperanza con que gran parte del pueblo argentino vivió aquel apunte de exigencia de responsabilidades y el coraje de quienes, como el fiscal Strassera, en condiciones nada fáciles, realizaron un esfuerzo personal de extraordinario valor en favor de la aplicación rigurosa del derecho.

- 2 Cfr. Tribunal Permanente de los Pueblos, *Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad en América Latina 1989-1991*, Bogotá, 1991. También, sobre el conjunto de las intervenciones del Tribunal, puede verse: Fondazione Internazionale Lelio Basso per il Diritto e la Liberazione dei Popoli, *Tribunale permanente dei Popoli. Le sentenze: 1979-1991*, edición e introducción de Gianni Tognoni, Nova cultura-Bertani editore, Verona, 1992. Asimismo, el No. 17 de *Pueblos*, Boletín de la Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos (Sección colombiana), monográfico sobre las sesiones nacionales (1989-1990) del Proceso a la Impunidad de Crímenes de Lesa Humanidad en América Latina.

UNIÓN PROGRESISTA DE FISCALES: HACER QUE EL "PUNTO" NO SEA "FINAL"

La denuncia de la asociación española, Unión Progresista de Fiscales (UPF) se inscribe en ese contexto³. No servirá, sin duda, para cubrir el lamentable vacío de respuesta, ni siquiera en los casos concretos de las víctimas—ciudadanos españoles y argentinos— por cuyos asesinatos y desapariciones se actúa. Pero sí para contribuir al imprescindible "Núremberg de la memoria". Y también para recordar que sólo es *derecho* el que está sin equívocos al servicio de los derechos. Pero no el que coopera activamente a la impunidad de los más graves entre todos los crímenes: los masivos y de Estado.

En su escrito presentado en el Juzgado Central de Guardia de la Audiencia Nacional, de fecha 28 de marzo de 1996, UPF retrocedía al 24 de marzo de 1976, cuando, de madrugada, unidades del ejército argentino al mando del amotinado general Videla, ocuparon de forma violenta al palacio presidencial.

Seguía un relato sintético de cómo la junta militar, apenas constituida, se aplicó celosamente al "exterminio físico" del disidente, a partir del diseño de un *tipo de autor* expresivo de toda la miseria moral y política que es capaz de generar e irradiar una corporación armada abandonada a su propia lógica. La del amigo/enemigo, que invariablemente asocia al segundo término del par todo lo que expresa o encarna algún valor democrático o civilmente solidario.

UPF, denunciante ahora en el juzgado, recuperaba una vieja denuncia. La que el escritor Rodolfo Walsh, el día 29 de marzo de 1977 —con la desolación moral del hombre de bien ante la masacre y una confianza contra toda evidencia en la fuerza de la razón— dirigió a la junta de gobierno golpista señalando: "Quince mil desaparecidos, diez mil presos, cuatro mil muertos, decenas de miles de desterrados son la cifra desnuda de ese terror". Cifra de víctimas de la que él también pasaría a formar parte en esa misma fecha...

Sigue un relato estremecedor de datos conocidos, pero confinados ya en la dimensión neutralizadora del fenómeno histórico, que cobran en este es-

3 Unión Progresista de Fiscales es una asociación profesional, pluralista, de carácter rigurosamente no partidista (sus miembros, como integrantes del ministerio público, tienen prohibida la inscripción en partidos políticos y sindicatos), que en este caso responde con su actuación al imperativo estatutario de defender los valores constitucionales.

crita y, sobre todo en el pormenor de las sucesivas ampliaciones de denuncia, una nueva dimensión necesaria y tardíamente recuperada. La que impone la óptica del Código Penal, que obliga a contar los muertos, a desgarrar minuciosamente los hechos criminales, a calificarlos uno por uno.

La tarea como tal sería ciertamente de imposible realización, en vista de la magnitud de las cifras. Pero UPF hace uso de los datos de identidad de las víctimas de que dispone; y, por otra parte, el marco jurídico nacional conlleva en este caso una reducción del campo de lo que puede ser objeto de tratamiento. Puesto que se trata de promover el ejercicio de la acción penal ante la jurisdicción española respecto a hechos acontecidos fuera de las fronteras del país, hay que estar a las reglas de competencia en la materia, que la restringe (art. 23,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) a determinados tipos delictivos: genocidio y terrorismo.

El primero es un delito para el que —en virtud de la Convención Internacional de 9 de diciembre de 1948 que lo regula, que cuenta con la adhesión de España— rige el principio de persecución universal. Por otra parte, tanto a él, como al de terrorismo, sería de aplicación el precepto de la ley citada. De este modo, UPF considera que no existe obstáculo que pueda oponerse a la denuncia, frente a la que en ningún caso podrían prevalecer las leyes argentinas de punto final y obediencia debida, que no son vinculantes para los tribunales españoles. Además, la obediencia debida a órdenes manifiestamente ilegales nunca podría jugar como eximente en el contexto legal español, sin contar con que la Convención Internacional contra la Tortura, de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España, impediría la invocación de aquélla como posible causa de justificación⁴.

TAMPOCO ES FÁCIL EL CAMINO DEL DERECHO: OBJECIONES DE LA FISCALÍA

La Fiscalía de la Audiencia Nacional formuló una consulta sobre la competencia de la jurisdicción española a la Fiscalía General del Estado. El informe emitido plantea una serie de objeciones sobre la viabilidad de la denuncia.

4 Ciertamente es que, tratándose de la Convención contra la Tortura, que entró en vigor el 26 de junio de 1987, se plantea el problema de su irretroactividad (art. 27). Pero, en todo caso, tendría que considerarse la previsión contenida en el art. 15,2º del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, que dispone que aquel principio general de derecho sancionador no "se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".

En el caso del genocidio, la objeción es de tipicidad. Se argumenta que lo previsto como delito es la destrucción de un "grupo nacional", precisamente por su nacionalidad; y que éste no fue el propósito de los denunciados, que actuaron como lo hicieron en función de la ideología y no de la condición nacional de las víctimas. Se recuerda, con razón, que, precisamente durante la discusión del texto del Convenio, antecedente del precepto del Código Penal español, se descartó expresamente la protección por esta vía de los "grupos políticos". Cerrando con ello el paso a la posibilidad de incriminaciones como la pretendida en el presente supuesto.

Por lo que hace al delito de terrorismo, apunta el informe la necesidad de estar a la consideración que este delito tenía para el legislador español de la época de los hechos. Al menos, dice, para una gran parte de los ahora denunciados como delito, el marco legal susceptible de aplicación es de matriz franquista y entre los bienes jurídicos objeto de protección penal por aquél título no podrían contarse los valores propios de un Estado democrático, sino otros como la "seguridad del Estado", la "integridad de sus territorios", la "unidad nacional", el "orden institucional u orden público".

La Fiscalía General del Estado vio también dificultades para una aplicación retroactiva del citado artículo 23,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, que entró en vigor en 1985. En su opinión, debería estarse a lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, todavía vigente en los años de la dictadura militar argentina. Esta no contemplaba la competencia de la jurisdicción española para conocer de delitos de terrorismo perpetrados fuera del territorio español. Por otra parte, entendía el informante, aun tratándose de un tema de competencia, la cuestión nunca podría valorarse como meramente procesal, al depender directamente de ella la misma aplicación de la ley penal.

Ya, en fin, se objetaba que el art. 23,2 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, establecía como condición de posibilidad de la actuación de la justicia española que "el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena". Lo que, a la vista de los datos disponibles al momento, no cabía afirmar que no hubiera realmente sucedido en todos o algunos de los supuestos cubiertos por la denuncia. Para poder decidir con fundamento sobre este punto, sería preciso conocer la sentencia o sentencias que hubieran podido dictarse en Argentina o en otros países y su grado de ejecución.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional, a la vista del informe de la del Estado, pidió el archivo de las actuaciones. El juzgado no lo consideró procedente, manifestándolo así por resolución del 10 de junio de 1996, que, al mismo tiempo, admitía a trámite las querellas promovidas por Asociación

Libre de Abogados, Izquierda Unida y Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos-Madrid, en el ejercicio de la acción popular.

LOS CONTRA-ARGUMENTOS DE UPF

Unión Progresista de Fiscales dirigió al Fiscal General del Estado un informe de su elaboración, discutiendo los argumentos del que acaba de sintetizarse.

En materia de delito de genocidio, se cuestionaba la interpretación defendida, por demasiado reductiva. Para UPF el tipo penal de referencia ampara a quienes pueden ser víctimas de una eliminación colectiva, por este sólo hecho. Lo que les constituye como grupo –“grupo nacional” puede ser también grupo de nacionales– es el carácter masivo de la acción criminal ejercida contra ellos como conjunto de personas. Del orden de 30.000, en este caso.

Junto a esto concurre una curiosa particularidad de la ley española. El legislador de 1971, al introducir el delito de genocidio en el Código Penal concretó la protección a grupos de carácter “nacional étnico, social o religioso”. Alguna doctrina atribuyó a un error la alteración de la fórmula de la Convención. UPF sostiene que no tendría por qué haber sido así y lo cierto es que ese texto estuvo en vigor hasta 1983 (durante la producción de los hechos, por tanto). Y si fue reformado en 1983 no hay ninguna razón para entender que la sustitución, en este momento, de “social” por “racial” obedeciera al propósito de reducir el campo de aplicación del precepto, la extensión del bien jurídico protegido. De ahí que pueda defenderse jurídicamente a su juicio que “la protección brindada expresamente desde 1971 a 1983 al ‘grupo social’ por el legislador español... persiste en el ordenamiento vigente dentro de la mención ‘grupo nacional’”.

Recordaba, asimismo, UPF que la calificación de los hechos de su denuncia como delito de terrorismo –terrorismo de Estado– tiene un autorizado precedente en el juicio de la Comisión de Investigación sobre la Desaparición de Personas del Senado Español, constituida en 1983, sancionado por la mayoría absoluta de la Cámara.

Y retrocediendo hasta el Decreto-ley de 26 de agosto de 1975 –vigente en el momento de iniciarse los hechos de referencia–, recuerda que éste veía terrorismo en la “utilización de la violencia como instrumento de acción política”. Condición sin duda concurrente en las conductas denunciadas, ejecutadas al margen de la ley y de cualquier procedimiento legal, sin sujeción a trámite administrativo o judicial formal, por aberrante que pudiera haber sido. Las acciones fueron violentas y la finalidad atribuida a

las mismas por sus autores evidentemente política. Según su tenebrosa inteligencia de este adjetivo.

De este modo, de las conductas en cuestión, cabe afirmar: que estaban penalizadas en la legislación estatal; se cometieron por personas armadas y organizadas; consistieron en hechos de especial gravedad y se hicieron con una finalidad política; siendo el secuestro, la tortura, el asesinato masivo de personas un ataque indudable al bien jurídico de la seguridad interior del Estado. Incluso en la España no democrática de los primeros años setenta, señalará UPF, actos como los enumerados, aún cometidos por autoridades o funcionarios, si encuadrados en grupos clandestinos armados y operando al margen de todo procedimiento legal, habrían constituido delitos de terrorismo, por ser atentatorios incluso contra aquel orden institucional. Ni siquiera el sentido del orden público informador de la legalidad de tal régimen una vez institucionalizado, podría haber sido, siquiera formalmente, insensible a esa clase de situaciones.

En una parte relevante de los casos denunciados se da la circunstancia de que las víctimas, que fueron secuestradas, continúan desaparecidas. En términos de experiencia corriente, la muerte violenta de estas personas es más que presumible. Pero no así desde la perspectiva de la legalidad penal, para la que las mismas tendrían que ser tratadas, a la luz de los datos de que se dispone, como víctimas de un delito de detención ilegal con posterior desaparición del detenido (arts. 480 y 483 del Código Penal vigente en el momento y 163 y 166 del actual). Siendo así, a tenor de la pena prevista, el plazo de prescripción sería de veinte años. Pero, en la actualidad, sin constancia de que la ejecución del delito ha terminado, por la liberación o la muerte de la víctima del mismo, aquel plazo no podría siquiera empezar a correr.

Nueve niños, al menos, comprendidos en la denuncia, fueron secuestrados siendo casi recién nacidos⁵. Hay buenas razones para presumir el nacimiento de dos más en cautividad. De todos ellos, sólo tres han sido devueltos. Los otros siguen desaparecidos. La sustracción de menores se hallaba prevista como delito en los arts. 484 y 485 del Código Penal a la sazón vigente, 223 del actual. Los delitos, también es claro, se están perpetrando todavía, permanecen.

En materia de competencia, se sale al paso de una objeción de la Fiscalía que veía en el art. 6 de la Convención un obstáculo para la persecución del

5 Hay que señalar que el art. 5 de la ley "de punto final" y el art. 2 de la ley "de obediencia debida" excluían del ámbito de aplicación de ambas los delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores.

delito de genocidio en España, ya que que en ese texto la competencia se atribuye a la jurisdicción del lugar de realización del delito o, en su caso, a la Corte Penal Internacional, constituida al efecto. Para UPF ese inconveniente no es real, puesto que la posibilidad de juzgar en España delitos de genocidio cometidos en otro país deriva del propio derecho interno. Y esta solución no está excluida por la Convención y además es la más favorable precisamente para el cumplimiento de los fines de la misma. De otro lado, sería paradójico ofrecer a los eventuales genocidas estatales la posibilidad de autogarantizarse la impunidad, justamente, suscribiendo la Convención.

En lo relativo a los delitos de terrorismo, se recuerda la existencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable a la competencia de la jurisdicción española para perseguir conductas de esa clase cometidas en el extranjero.

Tampoco se acepta la objeción de que pueda ser un obstáculo a la actuación de la justicia española el dato de que —existiendo los correspondientes tipos delictivos— no estuviera prevista la competencia para perseguir, conforme a los mismos, hechos cometidos fuera de España. El terrorismo, en este caso. Se replica que la irretroactividad no permitida es sólo la de la ley penal, la ley sustantiva. Lo que sólo implica un veto a la persecución de conductas no incriminadas en el momento de su realización. Fuera de esto, el proceso como tal —que quiere decir jurisdicción, competencia y procedimiento— se rige siempre por su ley actual.

Por último, se arguye, no existe razón para que pueda temerse un quebrantamiento del *non bis in idem*. Y es cierto. Diría que la Fiscalía, con su escrúpulo, ha acuñado en este punto todo un género: el *formalismo mágico*. Pues razonar con fundamento en esa posibilidad irreal, cuando hay constancia cierta de la masiva esterilidad de los procesos seguidos en Argentina contra los responsables de la masacre, sólo cabe a costa de negar la más abrumadora de las evidencias informativas.

Hay buenos motivos para conocer la resistencia de los imputados frente a la jurisdicción, que se tradujo incluso en algunos alzamientos en armas protagonizados por los infames “carapintadas” (con las mejores razones para ocultar su rostro). Y que desembocó, finalmente, en la exoneración de responsabilidades en que se tradujo la Ley de obediencia debida de 1987.

Así, no quedó más proceso que el de los jefes de las juntas, que no fueron acusados de genocidio ni de rebelión, sino de detenciones ilegales y homicidios de personas concretas (en una proporción que ni simbólica en relación con el total de víctimas). Y, al final, indultados individualmente por el presidente Menem.

Es precisamente la falta de persecución —es decir, *de persecución efectiva*— de los hechos en Argentina lo que dio lugar a la incoación de causas criminales en Italia (con noventa militares argentinos procesados); Francia (donde ha sido condenado a cadena perpetua en rebeldía el capitán de navío Astiz, por el asesinato de dos monjas); Suecia (con procesamiento del mismo sujeto por el asesinato de una adolescente) y Estados Unidos (contra el general Suárez Mason)⁶.

Y, como no podría ser de otro modo, en ninguno de los países citados los tribunales han reconocido validez a las leyes de punto final y de obediencia debida. Y tampoco a los indultos.

En la misma línea, UPF ha entendido que igualmente en España tales disposiciones no pueden producir efectos. Primero, porque es legítimamente cuestionable que las autoridades e instituciones que las adoptaron hubieran dispuesto de —real— libertad para hacerlo, dadas las condiciones en que se produjo su actuación en todos los casos. También, porque es discutible que cupiera reconocerles el derecho a disponer de bienes jurídicos de la relevancia de los afectados, primero por la masacre, y luego por sus medidas, directamente incidentes en la esfera constitucional de lo *políticamente indecible*⁷, en la precisa expresión de Ferrajoli. Y, más en concreto, porque la Constitución española rechaza los indultos generales; y, como ya se dijo, ni el Código Penal ni los tribunales españoles admiten que pueda operar como causa de justificación la *obediencia debida* a órdenes manifiestamente criminales. Todo ello, sin contar que la aprobación de aquellas leyes por el Estado argentino supuso la ruptura de los compromisos contraídos frente a la comunidad internacional con la ratificación de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos en 1983, tras el restablecimiento de la democracia.

PERO EL PROCESO SE MUEVE

Su andadura judicial se concreta, básicamente, en cuatro resoluciones del juez Baltasar Garzón, titular del Juzgado central de instrucción N° 5. La primera, un auto de 10 de junio de 1996, además de acoger en sus fundamentos de forma pormenorizada los datos y argumentos de la denuncia inicial de UPF y sucesivas ampliaciones, admitía a trámite las querellas promovi-

6 En este caso se trata de un proceso no penal, sino de extradición y de indemnización de daños y perjuicios.

7 Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero, Trotta, Madrid, pág. 864. También L. Ferrajoli, "El derecho como sistema de garantías", trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, No. 16-17, 1992, pág. 65.

das en el ejercicio de la acción popular por las entidades a que se ha hecho anterior referencia.

Poco después, el 28 de junio siguiente, un nuevo auto declaraba la competencia de la jurisdicción española y en concreto del Juzgado hasta ese momento conocedor del asunto, que daba comienzo a la investigación. Sigue otro auto, éste del 12 de septiembre del mismo año 1996. En él lo sustancial fue el acuerdo de librar comisión rogatoria a las autoridades judiciales argentinas, a las que —a lo largo de más de treinta folios— se solicitaba la práctica de todas las diligencias necesarias para la identificación de los posibles autores de los hechos perseguidos.

También se disponía el envío de otra comisión rogatoria a Suiza para que las autoridades de ese país llevaran a cabo una investigación bancaria sobre las personas imputadas en la causa. Esto en aplicación de una máxima de experiencia que va camino de convertirse en ley de validez universal, una vez confirmado, por ingente acumulación de datos, que la condición de *salvapatrias* en ejercicio lleva consigo espectaculares aumentos de patrimonio y, con éstos, el impulso irrefrenable a beneficiarse de las ventajas que aquel país —otrora refugio de las víctimas de la intolerancia europea— ha venido ofreciendo a los tocados por cierta clase de fortuna.

Vale la pena señalar que las tres resoluciones citadas adquirieron firmeza, puesto que no fueron recurridas, ni siquiera por la Fiscalía, no obstante las iniciales reservas.

Un nuevo auto, éste de 26 de febrero de 1997, se hacía eco del “absoluto desprecio del contenido del Tratado de Asistencia Judicial [así como del] olvido consciente de las demás normas internacionales que regulan el derecho de tratados” exhibido por las autoridades argentinas. A las que se venía a recordar cómo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, con fecha 2 de octubre de 1992, había declarado las leyes de punto final y obediencia debida y el decreto de indulto 1002/89 incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Congreso argentino el 1 de marzo de 1984. Así como la resolución del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 5 de abril de 1995, declarando tales leyes y decreto contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, asimismo aprobado por el Congreso argentino, en este caso el 17 de abril de 1986.

Finalmente, en el capítulo de decisiones judiciales aquí reseñables, es de indudable relieve el auto de 25 de marzo de 1997. Su punto de arranque está en el obstruccionismo de la actitud argentina frente a la comisión rogatoria que tenía por objeto recibir declaración como imputado al general Galtieri.

En vista de lo negativo de este resultado –y puesto que la ley española, dada la gravedad de los delitos y la necesidad de la medida para la marcha del proceso, lo permite– el juez consideraba necesario disponer la prisión provisional incondicional del imputado, para así poder librar una orden internacional de detención, como paso previo a la demanda de extradición.

Esta decisión suscitó una reacción altamente significativa por su procedencia. La del canciller argentino Guido Di Tella, que, sorprendido por la noticia en París, se despachó con la burda sentencia de que “los muertos muertos están”. A la que seguiría una grosera descalificación del juez, con el argumento de que no está “en su sano juicio”. Y “El sano juicio” fue, para remate, el título de un artículo de su firma, aparecido por esas fechas en la prensa bonaerense, en el que podía leerse que el juez: “No sólo desafía el principio jurídico de la cosa juzgada, sino que transgrede el principio de territorialidad de la ley penal... Los delitos deben ser juzgados por los tribunales del país donde aquellos se cometen. Lo contrario se basa en una tradición jurídica arcaica, propia de los países que solíamos llamar imperialistas, que nacen en el medievo...”. (Pase que el articulista no sepa de cosa juzgada y tampoco de territorialidad de la ley penal. Pero ¿cómo es posible que, ministro de exteriores de un país del cono sur de América Latina, pueda hacer gala de tanta ignorancia en tema de imperialismo?). Concluía, por supuesto, que respecto a los crímenes de la dictadura militar argentina no podía hablarse de impunidad. Pero no explicaba lo que el término quería denotar en su particular léxico.

CUANDO “LOS MUERTOS MUERTOS ESTÁN”... Y LOS CRÍMENES IMPUNES, PERO LA IMPUNIDAD PUEDE HACERSE MÁS DIFÍCIL Y MÁS VISIBLE

El canciller argentino, quizá para no maltratar más la sensibilidad de la opinión, renunció a mayores precisiones sobre su concepto de impunidad. Pero, en realidad, no eran necesarias, porque no es fácil ya aportar nada nuevo en materia de justificación de los crímenes y de justificación y propaganda de las políticas de desactivación de la memoria histórica.

Agencias de opinión oficiales *ad hoc* han proclamado con reiteración y clónica monotonía que, siempre y en cada país, en todo los casos, las raíces del *conflicto* estuvieron en la necesidad de dar respuesta a *la subversión*. En el principio fue *la subversión*; después el *estado de necesidad*. El resto pertenece a la metafísica, como nacido de lo profundo de la naturaleza humana: “caída”, al fin y al cabo⁸. Pasó –sigue el discurso oficial– lo que pasa

8 Paradigmáticas resultan a este respecto algunas palabras del teniente general Balza, jefe del Estado mayor general del ejército argentino, en el mensaje dirigido al país, en

fatalmente cuando dos grupos humanos se enfrentan en una lucha fratricida... De ahí que *la salida* haya tenido que desembocar en la "reconciliación", que exige de todos generosidad y olvido, con la vista puesta en el futuro...

Pero no. A estas alturas –después de no haber respetado nada y tras de haber manchado todo– resulta casi paradójico que lo más difícil sea faltarle el respeto y jugar con el lenguaje. El discurso envenenado de cambiar crímenes por crímenes no vale. Y no por razón de la desproporción de las magnitudes (que en el plano del pragmatismo político podría ser un argumento), sino porque en la reescritura del diccionario resultante de la experiencia de esos años terribles *impunidad* ya no es sólo la genérica falta de castigo. La *impunidad* de que se habla en este contexto cuando se habla de impunidad, es la de los crímenes de lesa humanidad cometidos de forma masiva por poderes institucionales, que, además, invariablemente, primero violaron todos los derechos fundamentales y después se burlaron del derecho –aunque fuera por la interposición de gobiernos democráticos bajo amenaza– convirtiéndolo en cómoda vía de escape.

Pero también en esta materia el diccionario ha experimentado cambios: ese derecho –el Decreto-ley N° 2191 de 1978, chileno; la brasileña ley N° 6683 de 1979; las argentinas ya citadas; la uruguaya N° 15848 de 1986; el guatemalteco Decreto-ley 8 de 1986; el salvadoreño N° 805 de 1987; la Ley de amnistía amplia e incondicional de Honduras, de noviembre de 1987; la peruana Ley N° 26479 de 1995⁹– no es *derecho válido* en el sentido actual de las constituciones y los grandes textos internacionales. Conforme al *derecho del Estado constitucional de derecho* el poder sólo se justifica a través de la efectividad y la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y aunque *de facto* pudiera estar en situación de dar forma legal a cualquier cosa, *no está a su alcance revestir de legitimidad sustancial a todo lo que haga*.

El avance político-cultural que esto representa en la perspectiva de la cuestión aquí tratada es indudable: refuerza la posición de quienes defienden los derechos conculcados y hace más difícil la oscura tarea de los

1995: "Siendo justos, miraremos y nos miraremos, siendo justos reconoceremos sus errores y nuestros errores. Siendo justos veremos que del enfrentamiento entre argentinos somos casi todos culpables... [porque] cuando un cuerpo social se compromete seriamente, llegando a sembrar la muerte entre compatriotas, es ingenuo intentar encontrar un solo culpable, de uno u otro signo, ya que la culpa en el fondo está en el inconsciente colectivo de la nación toda...". (Publicado en la prensa del 26 de abril de 1995).

9 Todas estas disposiciones, a excepción de la última, pueden consultarse en "Leyes de impunidad en América Latina", *Pueblos*, Boletín de la Liga Colombiana por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, No. 13. Aquella se publicó en *El Peruano*, Lima, 5 de junio de 1995.

partidarios del "borrón y cuenta nueva". En general, traza una línea, de progreso jurídico a la que es preciso aplicar todos los esfuerzos¹⁰. Es la línea en que se sitúa el de UPF y las entidades que han secundado su denuncia. Un esfuerzo que no es inútil, ni siquiera desde ese punto de vista *práctico* en el que más se le cuestiona. Porque, aparte de reforzar el "Núremberg de la memoria" de Vázquez Montalbán, e incidir en la denuncia del vacío de desarrollo de instrumentos jurídicos internacionales ya prefigurados en los principales textos de ese orden y realmente debidos; en el marco de los procesos en curso en varios países han podido dictarse medidas concretas, como alguna sentencia condenatoria, cierto que en rebeldía, órdenes de detención¹¹ y de investigación patrimonial¹².

Por otra parte, estos procesos tienen también una trascendencia en el orden jurídico general que no cabe infravalorar: ponen en tensión a todo el ordenamiento. De ahí que a los que dudan haya que devolverles la pregunta: ¿cómo podrían explicar la renuncia al empleo de uno sólo de los instrumentos disponibles de respuesta desde el derecho a los responsables de esas acciones materialmente *genocidas*? ¿Qué otra cosa cabría hacer para que horrores así no vuelvan a producirse?

Desde otro punto de vista, actuaciones así sirven también para poner de manifiesto evidentes insuficiencias en la protección de bienes jurídicos esenciales, con las que hay que acabar necesariamente. Como en el caso emblemático del delito de genocidio y su precaria tipificación en el texto de la Convención. En efecto —en esto, lamentablemente, tendría más razón la Fiscalía General del Estado que UPF— la exclusión de la identidad política como criterio determinante del ámbito de aplicación del precepto del art. 2

10 A este respecto, debe señalarse que, en otro juzgado de la Audiencia Nacional, se encuentra asimismo abierta causa criminal por crímenes contra la humanidad (genocidio y terrorismo), contra el general Pinochet y otros. Sobre el tema, cfr. Joan E. Garcés, "Pinochet ante la Audiencia Nacional y el Derecho Penal Internacional", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, No. 28, 1997, págs. 92 y siguientes.

Por cierto, acaba de salir noticia —*El País*, 25 de junio de 1997— que el ministro de Justicia estadounidense ha dado orden de que se preste, al juez español que instruye el proceso, la colaboración reclamada, en el marco del Tratado de Asistencia Legal Mutua hispano-norteamericano.

11 Aparte la exigencia procesal de que la imputación fuera comunicada personal y directamente a los interesados, su presencia sería también necesaria para la celebración del juicio, que no podría tener lugar de hallarse los mismos en rebeldía.

12 En este momento, ya se tiene noticia de que han sido ya localizadas, al menos cuatro cuentas en entidades bancarias suizas, abiertas a nombre de los investigados. *El País* (6 de julio de 1997) ofrecía este titular: "Suiza bloquea las cuentas de cuatro militares argentinos por orden de Garzón".

no se debió a una omisión involuntaria¹³. Como se sabe muy bien, fue fruto de las hipotecas que pesaban y siguen pesando sobre la ONU. Entonces y ahora, por eso mismo, apenas un apunte de Estado de derecho en el plano internacional; profundamente necesitada de la reforma¹⁴ que democratice su estructura, dotándola de verdadera funcionalidad a la realización de los principios que la propia organización ha consagrado con el más alto rango normativo.

En esa perspectiva, no cabe duda, asumir y llevar adelante iniciativas como la que ha dado lugar al proceso de Madrid, es una manera de trabajar por todas esas cosas. Porque, como bien nos consta, la impunidad de los crímenes de lesa humanidad no es sólo cuestión de hecho. Se nutre también de materia *formalmente* jurídica¹⁵. Ahora sabemos mejor –y aquí se perfila un deber ineludible para los juristas de conciencia– que esa obscena cobertura legitimadora puede ponerse mucho más difícil. Procurar que así sea, es una forma –modesta, cierto– pero una forma de empezar a hacerla realmente imposible.

13 Sobre el particular, puede verse J. Verhoeven, "Il concetto di genocidio", en Fondazione Internazionale Lelio Basso per il Diritto e la Liberazione dei Popoli, *Genocidi/genocidio*, 1995, págs. 46-47. Aunque es asimismo cierto que el art. 6 c) del Estatuto del Tribunal de Núremberg, que incluye, junto al "asesinato... cometido contra cualquier población civil" también "las persecuciones por motivos políticos..." ha sido aplicado directamente en procesos como el seguido contra Eichmann, en Jerusalem, en el caso Barbie, en Francia y en otros supuestos. (Cfr. J. E. Garcés, *op. cit.*, pág. 93).

14 Cfr. Fondazione Internazionale Lelio Basso per il Diritto e la Liberazione dei Popoli, *Un pianeta senza governo. Crisi e futuro del sistema delle Nazioni Unite*, Edizioni Associate, Roma, 1988. También L. Ferrajoli-S. Senese, "Quattro proposte per la pace", en *Democrazia e diritto*, 1/1992, págs. 244 y siguientes; y D. Archibugi, *Il futuro delle Nazioni Unite*, Edizioni Lavoro, Roma, 1995.

15 "La impunidad fáctica de los años de dictadura argentina derivó en 'impunidad legalizada' bajo los gobiernos democráticos. Lo que no crearon las leyes de impunidad formales de la era Alfonsín, a saber: la absolución de militares rectores y principales responsables, fue alcanzado por los numerosos decretos del presidente Menem de indulto a los militares y policías aún no beneficiados. Esta praxis de amplia legislación de impunidad..." (Kai Ambos, "De la estructura jurídica de la represión y de la superación del pasado en Argentina por el derecho penal. Un comentario desde el punto de vista jurídico", de próxima publicación en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*).