Indice general

Prólogo 9

Introducción I
CAMBIOS DE SISTEMA POLITICO Y CRIMINALIDAD DE ESTADO DESDE UNA VISION RETROSPECTIVA DE DERECHO PENAL
Un panorama con especial consideración de los ex países comunistas de Europa Oriental

I — SISTEMAS POLITICOS Y CRIMINALIDAD DEL ESTADO

1. "Superación del pasado" y "elaboración del pasado" 27
2. Cambio del sistema político 29
3. Fenómenos criminológicos 31

II — EL PUNTO DE PARTIDA JURIDICO-PENAL DE LA INVESTIGACION DEL INSTITUTO MAX-PLANCK DE FREIBURG I.B. 32

III — TRANSFORMACION DE LOS SISTEMAS POLITICOS EN RETROSPECTIVA

1. Europa oriental 35
2. El caso particular de China 38
3. Comparación del cambio de sistema político en las dictaduras comunistas y no comunistas 39

IV — LAS DIFERENTES VIAS DE CONFRONTACION JURIDICO-PENAL CON EL PASADO

1. Reparacion del daño (rehabilitación e indemnización) 43

2. Combinación de reparación del daño y persecución penal 44
3. La solución combinada de Alemania 45
4. Comisiones para la investigación de la verdad, amnistías, indultos y liberaciones de pena fácticas u oficiales 46
5. Impedimentos jurídicos para la persecución de la criminalidad del sistema 47
a) Prescripción de la persecución y prohibición de retroactividad 48
b) ¿Límites a la prohibición de retroactividad? 49

V — MODELOS DE CONFRONTACION JURIDICO-PENAL CON EL PASADO DICTATORIAL 50

VI — CONCLUSIONES

1. Puntos de partida del análisis 53
2. El papel del derecho penal 55

Introducción II
ESBOZO DEL PROYECTO
Elaboración jurídico-penal del pasado tras un cambio de sistema político en diversos países

I — OBSERVACION PREVIA: OBJETIVOS Y AMBITO DE LA INVESTIGACION

A. Comprensión previa 61
A-I. Comprensión previa histórica y política (clases de cambios de sistema que entran en consideración) 61
A-II. Países incluidos (sin una delimitación ya definitiva) 61
A-III. Comprensión previa criminológico-jurídica (delimitación del ámbito de criminalidad a abarcar desde el punto de vista de sí y en qué medida el cambio de sistema político es relevante para la posterior perseguibilidad y/o no persecución 63

B. Situación jurídica y realidad de la persecución 64
B-I. Punibilidad jurídica y perseguibilidad de las formas de conducta mencionadas en A-III 64
B-II. ¿Por qué (a pesar de los eventuales tipos penales respectivos) son no punibles o no perseguibles las conductas relevantes enumeradas en B-I? 64

B-III. En la medida en que los "antiguos hechos" de B-I y B-II hayan sido en sí punibles y perseguibles: ¿en qué medida no fueron perseguidos sin embargo de hecho? 65
B-IV. Medidas extrapenales 66

C. Derecho supranacional (la punibilidad y la persecución como también el deber de persecución y castigo según el derecho internacional) 66
C-I. Derecho internacional y derecho penal y constitucional nacional 67
C-II. Derecho penal internacional 68

D. Conclusiones de política jurídica 68

II — OBSERVACION FINAL: FASES DE ELABORACION 69

Sección A
COMPRENSION PREVIA

I — COMPRENSION PREVIA HISTORICA Y POLITICA

A. El sistema político y normativo argentino 71
1. La distribución del poder 71
2. Facultades de distintos poderes de especial relevancia para este informe 75

B. Las fracturas del orden institucional durante este siglo 77
1. Formación e intervención del poder militar 77
2. El golpe de estado de 1930 80
3. El golpe de estado de 1943 82
4. El golpe de estado de 1955: La llamada "Revolución Libertadora" 86
5. El golpe de estado de 1962: La asunción del presidente del Senado 89
6. El golpe de estado de 1966: La llamada "Revolución Argentina" 92
7. El golpe de estado de 1976: El llamado "Proceso de Reorganización Nacional" 96
a) La asunción del presidente Cámpora 96
b) La "elaboración" y "superación del pasado" por medio de la amnistía de 1973 97
c) De Cámpora a Perón-Martínez de Perón 98
d) De Martínez de Perón a Videla-Massera-Agosti 101

II — RESTRICCION DEL AMBITO DE ESTUDIO DE ESTE INFORME A LOS HECHOS COMETIDOS DURANTE LA DICTADURA 1976-1983 104

III — FENOMENOS DE CRIMINALIDAD POLITICA DEL SISTEMA CAIDO

A. Generalidades 105
B. Particularidades 111
1. Desaparición forzada de personas: Secuestro, tortura, desaparición 111
a) El secuestro o aprehensión 111
b) La investigación: la tortura 117
1) Formas variadas de tortura 118
2) Casos particulares 120
2-A. El caso "Liwski" (o "Liwsky") 121
2-B. El caso "Meschiati" 126
2-C. El caso "Dean Bermúdez" 127
2-D. El testimonio del ex gendarme Antonio Cruz 128
3) La consideración general de la Cámara Federal 129
c) La desaparición 130
d) El número de desaparecidos 136
e) Estudios comparativos de la *CONADEP* 138
2. Homicidios agravados (asesinatos) 139
a) ¿Cada desaparecido, un muerto? 139
b) Los muertos "NN": "no identificados" 142
1) La queja de la *CIDH* 142
2) Los "NN" del caso "Fátima" 144
3) Otros "NN" 146
c) Homicidios de personas identificadas 148
1) Los casos "Frigerio" y "Yudi" 148
2) El caso "Ruibal" (o "Ruival") 155
3) El caso "Lucantis" 156
4) El caso "Lerner" 157
5) Los casos "Vaca Narvaja", "Breuil", "Toranzo" 158
6) El caso "Amaya" 160
3. Sustracción de menores y suposición de estado civil 163
a) Preliminar: la situación de los menores 163
b) La exclusión de la imputación a los ex comandantes, por parte del tribunal de juicio 164
c) El mayor conocimiento de los hechos al momento actual: algunos casos judiciales 170
1) El caso "Gatica Caracoche" 172
2) El caso "Logares Grinspon" 174
3) El caso "Lavalle Lemos" 177
4) El caso "Scaccheri" 181
4. Otros delitos: atentados al pudor sexual y al honor - robos - falsedades documentales - extorsión 185

Sección B
SITUACION JURIDICA Y REALIDAD DE LA PERSECUCION

I — PUNIBILIDAD Y PERSEGUIBILIDAD DE LAS FORMAS DE CONDUCTA MENCIONADAS EN A-III

A. Presentación: la existencia de los tipos penales aplicables al caso 191
B. Identificación de los tipos penales aplicables 192
1. Panorama sobre el Código Penal aplicable y sucesión de leyes o decretos-leyes de reforma 192
2. Transcripción de los textos legales pertinentes 194
3. Prototipos de los juicios de subsunción típica 201
a) Los casos 202
1) Caso del comandante 202
2) Caso del apropiador 203
b) Análisis del caso del comandante 204
c) Análisis del caso del apropiador 212

II — PUNIBILIDAD Y PERSEGUIBILIDAD DE LAS CONDUCTAS RELEVANTES

A. Presentación: reducción a la problemática de la prescripción y de la eficacia de una amnistía dictada por el gobierno *de facto* 221
B. La prescripción 225
1. La cuestión respecto de acciones civiles de indemnización por daños. 225
2. La prescripción de las acciones penales 231
a) El caso "Agosti" 232
1) Hechos atribuidos y condena aplicada 232
2) La prescripción de las 12 privaciones de libertad agravadas . 234
3) La anticipación del "momento final" de la responsabilidad 237
4) La privación de libertad, tortura y eventual desaparición como caso de tentativa de homicidio para el "autor mediato" 238
b) El caso "Astiz" 240
1) Secuestro, lesión y desaparición de Dagmar Ingrid Hagelin.. 240
2) La declaración de prescripción 241
3) Las calificaciones penales más graves dejadas de lado 242
3-A. ¿Vejación o tortura? 242
3-B. Robo de automotor 243
3-C. Delito de "asociación ilícita": *Excursus* sobre su configurabilidad dentro de instituciones estatales legítimas 244
3-D. La tentativa de homicidio para el "autor mediato" cuando ya lo es para el "ejecutor directo" 251

3. Posibilidades de una interpretación distinta: Cómputo a partir del restablecimiento de la vida democrática versus imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad 252

C. La llamada "autoamnistía" 256
1. La "ley" 22.924: contenido y características 256
2. El remedio no utilizado: la interpretación restrictiva de la autoamnistía habría permitido igualmente la persecución de los hechos relevantes 258
3. La remoción del obstáculo de la amnistía: La ley 23.040 y su convalidación judicial 260
a) La derogación por inconstitucionalidad y declaración de nulidad de la ley *de facto* 22.924 por la ley 23.040 260
b) Los fundamentos del Poder Ejecutivo y de la jurisprudencia, en favor de la ley 23.040 262
c) Análisis crítico de tales fundamentos 263
1) El argumento inadecuado en torno al principio de la ley más benigna 263
2) La doble argumentación fundada en vicios de origen 266
2-A. El desconocimiento de la ley, por ser *de facto* 266
2-B. *Excurso* previo sobre el art. 29 de la Constitución 272
2-C. Del desconocimiento de la ley *de facto* 22.924, por tratarse de una "auto"-amnistía, al desconocimiento por la naturaleza material de los hechos amnistiados 283
d) La anulación de la "cosa juzgada" 289
e) La declaración de "inconstitucionalidad" y "anulación de decisiones judiciales" por vía legislativa 291

III — EN QUE MEDIDA LOS "ANTIGUOS HECHOS" NO FUERON DE HECHO PERSEGUIDOS O CONDENADOS

A. Presentación: Remisión parcial. Los temas a considerar 294
B. La política de derechos humanos del gobierno de Raúl Alfonsín 296
— Preliminar: La CONADEP. Remisión 296
1. Las estrategias de impunidad anteriores a los juicios por violación a los derechos humanos 297
a) La no utilización de una estrategia preliminar: La falta de persecución del delito de rebelión 297
1) La cuestión 297
2) La reforma de la llamada "Ley de Defensa de la Democracia" 298
3) Un proceso que se perdió en el olvido durante el radicalismo y que terminó por indulto durante el justicialismo 299
b) "Jurisdicción militar" y restricción de la responsabilidad por "niveles de responsabilidad" 300

1) La atribución de la competencia a la justicia militar 301
1-A. El decreto 158/83 y la ley 23.049: La doctrina de la "autodepuración" 301
1-B. La cláusula de avocación de la justicia civil por demoras injustificadas como clave para el traspaso de la jurisdicción a la justicia civil 305
1-C. La integración de los tribunales 307
2) Los llamados "niveles de responsabilidad": el intento de ampliar la impunidad por obediencia debida y la contraestrategia de excluir los "hechos atroces o aberrantes" 308
2-A. El proyecto originario de la ley 23.049 308
2-B. El texto definitivo de la ley 23.049 y la exclusión de los "hechos atroces o aberrantes" 309
2. Las estrategias de impunidad coetáneas al juicio a los ex comandantes, por restricción de la responsabilidad personal 310
a) La responsabilidad vertical 311
b) La responsabilidad horizontal 315
c) La responsabilidad temporal 318
1) Responsabilidad por hechos posteriores a la propia comandancia. El límite "final" de la responsabilidad personal 318
2) Responsabilidad por hechos anteriores a la propia comandancia versus responsabilidad por los hechos cometidos en otro grado de la cadena de mandos 319
d) Síntesis de deficiencias del juicio a los ex comandantes como parámetro de la medida en que los "antiguos hechos" no fueron de hecho perseguidos o condenados 323
3. Estrategias de impunidad posterior al juicio a los ex comandantes 326
a) Las "Instrucciones al Fiscal General ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas" 326
b) La llamada ley de "Punto Final" 23.492 ("Extinción de la acción penal") 330
c) La llamada ley de "Obediencia Debida" 23.521 ("Determinación de los alcances del deber de obediencia") 334
1) Antecedentes 334
2) El mensaje del presidente Alfonsín, al enviar el proyecto de ley de "Obediencia Debida" 337
3) Concepción de la ley y su convalidación por la Corte Suprema 338
4) Valoración general de este período 340

C. La política de derechos humanos del gobierno de Carlos S. Menem 342
1. Panorama del contexto político pasado: La posición de Carlos S. Menem antes de ganar las elecciones de 1989 342
a) Los contextos políticos 342
b) La actitud crítica de Carlos S. Menem en particular, de 1986 344

2. Los indultos 345
a) Indulto a procesados versus indulto a condenados ¿Indultabilidad de delitos contra el art. 29 de la Constitución Nacional? 346
1) La cuestión de la invalidez formal 346
2) La cuestión de la invalidez material 349
3) La realidad contrapuesta: el final de los derechos humanos .. 352
b) Los decretos en particular 354
1) El decreto 1002/89: Indulto en las causas pendientes a más de cincuenta militares 354
2) El decreto 2741/90: Indulto a los ex comandantes y a los generales Camps y Riccheri 358
3) El decreto 2745/90: Indulto al ex Ministro de Economía Martínez de Hoz 359
4) El decreto 2746/90: Indulto a Suárez Mason 360

IV — MEDIDAS EXTRA PENALES

A. Presentación: Remisión parcial. Los temas a considerar 360
B. Antecedentes de las normas que concedieron indemnizaciones 362
C. Características de las normas indemnizatorias 366
1. Decreto 70/91 366
a) Condiciones 366
b) Determinación de la indemnización 368
2. Ley 24.043 368
3. Ley 24.411 370
a) Condiciones 371
b) Determinación de la indemnización 371
4. La aplicación de los regímenes indemnizatorios en la práctica 372
a) La "extensión" del beneficio a casos estrictamente no contemplados 372
b) La "quita" derivada de la forma de pago de las indemnizaciones. 374
c) Otras particularidades 376
D. La ley 24.321 376

Sección C
DERECHO SUPRANACIONAL

I — DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO PENAL Y CONSTITUCIONAL NACIONAL

Presentación 379

A. Las prohibiciones y los mandatos internacionales 380
1. Antes del cambio de sistema 381
a) Carta de la Organización de las Naciones Unidas 381
b) Las declaraciones universales 384
c) Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario 388
d) La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre .. 390
2. Después del cambio de sistema 396
a) La Convención Americana sobre Derechos Humanos 396
b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 402
c) Convenciones sobre derechos particulares 402
B. Consecuencias del derecho internacional para el derecho penal nacional 406
1. La aplicación del derecho internacional en el ámbito interno 407
a) La cuestión 407
b) Consecuencias generales 412
2. Las consecuencias en particular 413
a) El deber internacional de persecución penal versus las leyes de "Punto Final" y "Obediencia Debida" y los indultos presidenciales 414
1) ¿Aplicación retroactiva de los tratados de derechos humanos? 418
2) Conflicto entre el derecho internacional y la Constitución Nacional? 420
b) Particularidades para el derecho penal interno. En especial: sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad 422
1) La imprescriptibilidad en el derecho internacional positivo .. 423
2) La imprescriptibilidad en el derecho internacional no contractual 427

II — LA PERSECUCION PENAL CON BASE DIRECTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL: EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

A. El derecho penal internacional y la Constitución Nacional 432
B. La conducta del Estado argentino frente al derecho penal internacional 436
1. El Estado argentino ante los juicios de Nuremberg y Tokio 436
2. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio 438
3. La reserva al art. 15, párr. 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 439
4. El derecho penal internacional en la jurisprudencia local 443

Sección D
CONCLUSIONES DE POLITICA JURIDICA

A. Presentación ... 453
B. Panorama de los resultados de la investigación ... 454
C. Valoración de conjunto de la "superación del pasado por medio del derecho penal" en la Argentina ... 459
1. El sentido de la pena (en general) ... 459
2. La pena como elaboración de la criminalidad gubernamental ... 461
3. El significado de la reacción del período democrático argentino contra la criminalidad gubernamental del pasado ... 463

D. Propuestas: ¿Volver a fojas cero? ... 466
1. La pregunta ... 466
2. La respuesta para eventuales hechos semejantes futuros ... 466
3. La respuesta para los hechos cometidos en el pasado ... 468
4. La ley 24.952, derogatoria de las leyes 23.492 y 23.521 ... 469
a) El proyecto de Juan Pablo Cafiero y otros (Frepaso) ... 469
1) La presentación del proyecto y la reacción política ... 469
2) De nuevo sobre la imposibilidad de amnistía de los hechos del art. 29 de la Constitución Nacional ... 472
b) El proyecto de Bernardo Quinzio y Oraldo Britos (Partido Justicialista) ... 477
1) La presentación de un nuevo proyecto ... 477
2) La "cosa juzgada" ... 478
3) La procedencia de la anulación por medio de una "ley" ... 479
4) Crímenes de guerra y de lesa humanidad como insusceptibles de indulto, amnistía y prescripción ... 484
c) La sanción de la ley 24.952 ... 487
1) Texto y sanción ... 487
2) Su significado ... 488

E. Recomendaciones finales ... 489
1. En el ámbito del derecho interno ... 489
2. En el ámbito del derecho internacional ... 490
3. ¿Conciliación sin derecho penal? ... 491