

**VIOLACIONES A LOS DERECHOS
HUMANOS FRENTE A LOS DERECHOS
A LA VERDAD E IDENTIDAD**

Este documento ha sido elaborado con la ayuda financiera de la Unión Europea y de la Agencia Española de Cooperación Internacional. Su contenido es responsabilidad exclusiva de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y en ningún caso se debe considerar que refleja opinión de la Unión Europea o de la Agencia Española de Cooperación Internacional.

VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE A LOS DERECHOS A LA VERDAD E IDENTIDAD



ABUELAS DE PLAZA DE MAYO

Virrey Cevallos 592 PBI (CP 1097)
Tel. 0800-666-8631 / 4384-0983
abuelas@abuelas.org.ar
www.abuelas.org.ar
www.redxlaidentidad.org.ar

**ARCHIVO BIOGRÁFICO FAMILIAR DE
ABUELAS DE PLAZA DE MAYO**

Corrientes 3284 4° H
Tel. 4864-3475 / 4867-1212
archivo@abuelas.org.ar

**CENTRO DE ATENCIÓN POR
EL DERECHO A LA IDENTIDAD**

Gurruchaga 1079
Tel. 4899-2223 / 4899-2228
identidadpsi@abuelas.org.ar

CONADI

25 de Mayo 552, 2° piso
Tel. 4312-6648
conadi@jus.gov.ar
www.conadi.jus.gov.ar

FILIAL DE ABUELAS LA PLATA

Calle 8 N° 835, Galería Williams,
Piso 6 Oficina 1 (CP.1900)
Tel. (0221) 425-7907
laplata@abuelas.org.ar

FILAL DE ABUELAS MAR DEL PLATA

Bolivar 3053 7° D, edificio "Tango"
Tel. (0223) 496-3029
abuelmardel@abuelas.org.ar

FILIAL DE ABUELAS ROSARIO

Calle Moreno 248
Tel. (0341) 472-1466/472-1467
int. 114
rosario@abuelas.org.ar

FILIAL DE ABUELAS CÓRDOBA

Duarte Quirós 545, piso 3, dpto. C,
Edificio "El Foro" (CP 5000)
Tel.Fax. (0351) 421-4408
cordoba@abuelas.org.ar

FILIAL DE ABUELAS AYACUCHO

Almirante Brown 514

EDITOR

Abel Madariaga

PRODUCCIÓN Y COORDINACIÓN

Clarisa Veiga

COMPOSICIÓN Y ARMADO

Diego Gorzalczany

DISEÑO DE TAPA

Bárbara Linares

FOTOS

Damián Neustadt

Paula Sansone

Índice

PRÓLOGO COMISIÓN EUROPEA	15
PRÓLOGO AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL	17
PRESENTACIÓN	19
ACTO DE APERTURA	
<i>Mónica Pinto</i>	21
<i>Esteban Righi</i>	23
<i>Estela Carlotto</i>	27
<i>Matthias Jorgensen</i>	31
CLASE MAGISTRAL	
El rol de los juristas en los autoritarismos.	
<i>Dr. Francisco Muñoz Conde</i>	35
CLASE MAGISTRAL	
La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.	
<i>Dr. Francisco Muñoz Conde</i>	51
NUEVAS PERSPECTIVAS EN TORNO A LAS LEYES DE ADOPCIÓN	
Tensión entre el derecho a la identidad y el mercadeo de niños.	
<i>Nara Osés</i>	63
<i>César San Juan</i>	75
<i>Elsa Freijo</i>	87

IDENTIDAD Y RESPONSABILIDAD

<i>Alicia Lo Giúdice</i>	93
El orden metafórico: discurso y construcción de la identidad.	
<i>Silvia Barei</i>	105

EL DERECHO PENAL Y SUS DISTINTAS VINCULACIONES CON LOS DERECHOS HUMANOS

La apropiación de niños durante la dictadura desde una mirada de género.	
<i>Stella Maris Martínez</i>	117
El aporte de los discursos penales a la legitimación del terror de Estado.	
<i>Daniel Rafecas</i>	123
La justicia penal durante la dictadura militar.	
<i>Luis Niño</i>	133

MATERNIDADES CLANDESTINAS

La investigación como un aporte para la búsqueda de los niños apropiados durante la dictadura.	
<i>María Ester Alonso Morales, Emanuel Lovelli,</i> <i>María Luz López Alcalá, Nicolás Ialonardi</i>	145

INVESTIGACIÓN, DOCUMENTACIÓN Y PRUEBA DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

<i>Darío Olmo</i>	161
La evolución de los estudios de identificación de personas. Del “parecido físico” a la Biología Molecular.	
<i>Viviana Bernath</i>	169

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

<i>María Teresa Sánchez</i>	183
<i>Ramón Torres Molina</i>	193
<i>Mónica Pinto</i>	199

LAS MEDIDAS DE PRUEBA EN LA BÚSQUEDA DE LOS JÓVENES
APROPIADOS Y SU CONSTITUCIONALIDAD

<i>Iñaki Anitua</i>	207
<i>Javier De Luca</i>	221
<i>Julio Maier</i>	235

Prólogo de la Comisión Europea

Matthias Jorgensen

Encargado de Negocios de la Delegación de la Comisión Europea en la Argentina.

Es un momento muy oportuno para reflexionar sobre los temas tratados en esta publicación, a treinta años del comienzo de la última dictadura militar durante la cual fueron cometidas gravísimas violaciones a los derechos humanos, incluyendo la tortura y desaparición de unas 30.000 personas y la apropiación de niños de padres desaparecidos.

La búsqueda de la verdad y el establecimiento de los hechos son herramientas indispensables para construir un futuro mejor, para asegurar que los acontecimientos de aquel entonces no se repitan y para llegar a una verdadera reconciliación con el pasado. Por ello quiero expresar mi profunda valoración por el trabajo respecto de la construcción de la memoria que han hecho muchas personas comprometidas con la democracia y los derechos humanos, y en particular las Abuelas de Plaza de Mayo.

La lucha a favor de los derechos humanos es de gran relevancia para todos los países. En base a sus propias experiencias –a menudo dolorosas– la Unión Europea ha incorporado como valor fundamental la protección y promoción de los derechos humanos, y por ello contribuye a los esfuerzos que se hacen en favor de estos valores en otras partes del mundo. En consecuencia, para la Comisión Europea es un privilegio contribuir con fondos provenientes de la Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos.

Mirando hacia el futuro, estoy convencido de que con el incansable esfuerzo de las Abuelas de Plaza de Mayo y de otras instituciones y particulares involucrados en el tema podemos tener mucho optimismo en la

posibilidad de que Argentina y la Unión Europea trabajen juntos como socios sobre este tema tanto en Argentina como en el mundo.

Es mi esperanza que, con esta publicación, aún más personas puedan sumarse a esta labor. Les deseo mucho éxito en esta tarea tan importante.

Prólogo de la Agencia Española de Cooperación Internacional

D. Javier Calviño Pazos

Coordinador General de la Cooperación Española en Argentina.

Los acontecimientos ocurridos en América del Sur en las últimas décadas con la violación a los derechos humanos marcaron la historia y a la sociedad civil. El ataque dirigido al estado de derecho y la privación de la libertad provocó una importante herida que conduciría a abrir la conciencia de la sociedad civil en América, surgiendo múltiples espacios para el análisis y la reflexión.

Por eso, y a raíz de todo lo ocurrido, la sociedad se une para reclamar la formulación de leyes proteccionistas y defensoras de los derechos ante los atroces actos de injusticia y barbarie experimentadas en su pasado más reciente. El planteo gira en torno a la necesidad de actuar desde dos planos jurídicos complementarios: el del derecho a la identidad y el de la lucha contra toda impunidad.

Todos los seres humanos nacemos con una identidad intransferible, éste es un derecho intrínseco e inherente de cada uno de nosotros. Durante el período de dictadura en la Argentina, y dentro de un clima exacerbado de violencia, se usurparon cientos de identidades. Ello repercutiría en la conformación del resto de identidades colectivas y comunitarias, marcando a generaciones contiguas de individuos pertenecientes no solo a Argentina sino a distintos países.

España, a través de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), utiliza todas las vías posibles para promover su compromiso con los derechos humanos y la democracia, considerando la lucha contra el

olvido y el rescate de la memoria elementos fundamentales de aprendizaje y superación de cualquier sociedad.

En esta gran oportunidad la AECI ha dado su apoyo, en primer lugar, facilitando la asistencia técnica del experto español de importante reconocimiento dentro de la materia, el Sr. Muñoz Conde dentro de la línea estratégica de “Gobernanza democrática, participación ciudadana y desarrollo institucional” y, en segundo lugar, financiando esta publicación surgida del III Coloquio Interdisciplinario: “Las Violaciones a los Derechos Humanos y el derecho a la verdad”, solicitada por la Procuración General de la Nación y la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo.

Esta publicación recoge en forma de coloquios la idea de transmitir a los futuros letrados (juristas) y a la población en general la recuperación de una memoria colectiva y el conocimiento de hechos que representen la verdad de todas las injusticias y atrocidades ocurridas en tiempos de la dictadura argentina y en tantas otras ciudades donde han acontecido momentos históricos de lamentables semejanzas.

De las colaboraciones realizadas a través de la AECI en distintas temáticas surgen asistencias como ésta, de formación y sensibilización con la que, a través de su difusión y documentación, pretenden visualizar nuevas vías de intervención para la obtención de los derechos reclamados y prevenir a la sociedad civil para que esté alerta y vigilante siempre e impedir, así, la repetición de actos que vayan en contra de la dignidad de las personas.

Presentación

El objetivo del 3° Coloquio Interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo, titulado “Las violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad y la identidad”, fue rediscutir algunas de las cuestiones jurídicas que tanto históricamente como en el presente han emergido a partir del trabajo de las Abuelas, en un marco de pluralidad.

Sin embargo, uno de los temas centrales del Coloquio –que co-organizó Abuelas con la Procuración General de la Nación– se ha mantenido al margen de las discusiones jurídicas a pesar de que ya han pasado más de dos décadas desde la recuperación de la democracia. Se trata del rol trascendente que les ha cabido a los expertos en la legitimación de los estados autoritarios y genocidas. Y especialmente se intentó poner énfasis en los juristas, técnicos que no casualmente son oídos tanto por las burocracias estatales como por los distintos estratos de poder.

Por eso el invitado especial del coloquio fue el Profesor Francisco Muñoz Conde, de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, España. Él tuvo la valentía de investigar con rigurosidad y difundir la verdadera historia de Edmund Mezger, un jurista alemán cuyos libros fueron fuente de estudio de los abogados penalistas de casi toda América latina. Pero detrás de ese discurso dogmático y de brillantez técnica se escondía un hombre que no sólo se acomodó en las estructuras de poder de la Alemania Nazi, sino que además fundamentó técnicamente el genocidio, por ejemplo a través de su proyecto de ley de “extraños a la comunidad” para la persecución de las minorías vulnerables y de la voluntad de esterilizar a quienes los nazis consideraban “asociales”; y hasta llegó a visitar el campo de concentración de Dachau, para estudiar desde cerca la maquinaria del exterminio.

En Argentina y en América Latina aun no hemos comenzado a revisar esta parte de la historia signada por las dictaduras que desaparecieron personas y cambiaron a la fuerza las estructuras de nuestras sociedades. Pensar estas historias, creímos al organizar el coloquio, nos ayudará a lograr plenamente nuestro derecho a la verdad y a conocer nuestra verdadera identidad.

Por eso elegimos a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires como sede de este encuentro, con el objetivo de que los futuros “expertos en derecho” sean conscientes de la necesidad de estas múltiples búsquedas, imprescindibles. Para ello contamos con la colaboración de varios profesores de esa casa de estudios y de otros ámbitos como brillantes expositores en los distintos temas. A ellos y a la Facultad les agradecemos enormemente.

El lector encontrará en esta publicación cada una de las exposiciones del coloquio, que abarcan temas como las “Nuevas perspectivas en torno a las leyes de adopción”, “Identidad y responsabilidad”, “El derecho penal y sus distintas vinculaciones con los derechos humanos”, “Investigación, documentación y prueba de graves violaciones a los derechos humanos”, distintas miradas sobre el “Derecho internacional de los derechos humanos”, “Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad” y “La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder”, la segunda clase magistral del Profesor Muñoz Conde.

Agradecemos especialmente al Dr. Félix Crous, de la Procuración General de la Nación, que co-organizó con Abuelas las actividades, y a la Unión Europea y la Agencia Española de Cooperación Internacional, quienes han posibilitado con su financiamiento tanto el coloquio como esta publicación.

Luciano Hazan

Equipo jurídico de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo

Acto de apertura

Mónica Pinto

Vicedecana de la Facultad de Derecho de la UBA.



Buenas tardes a todos, antes que nada quiero darles la bienvenida en nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a este Coloquio Interdisciplinario, organizado por las Abuelas de Plaza de Mayo y la Procuración General de la Nación. Nos sentimos honrados de poder colaborar con esta actividad brindando nuestra casa de estudios.

El desafío de estas jornadas es que podamos seguir discutiendo las implicancias del derecho a la verdad y en el caso particular de las Abue-

las, el derecho a recuperar la identidad, frente a las gravísimas violaciones a los derechos humanos. Precisamente, hay todo un capítulo del derecho que ha dado en llamarse la justicia transicional o la aplicación de las normas jurídicas en los períodos post-conflicto, entendiendo en estos casos por conflicto los períodos de política de Estado de violación sistemática de derechos humanos, que ha permitido –y estoy haciendo una síntesis– darle una dimensión distinta al derecho a la verdad.

El derecho a la verdad hoy no es solamente un derecho de la víctima inmediata; es el derecho de una sociedad a reclamar el conocimiento de lo que como sociedad se ha padecido. Ese derecho a la verdad es un derecho individual, pero también es colectivo. Es un derecho que, como tal, estaba vigente aún en momentos en los cuales este capítulo de la justicia transicional estaba en construcción. Y qué no decir sobre el aporte del drama que acompañó a las Abuelas en relación con el derecho a la identidad. Se han desarrollado en estos años una serie de procedimientos, no específicamente desde el Derecho, pero sí desde la Ciencia, que han permitido dar un grado de certeza muchísimo mayor de la pertenencia de una persona a un determinado grupo familiar.

Esta búsqueda incesante de las Abuelas para que la identidad pudiera ser recuperada, inclusive cuando ellas ya no estuvieran a cargo de la búsqueda de sus nietos, ha permitido que se beneficiaran no solamente todos aquellos que han podido recuperar su identidad, y por tanto dignidad, sino todos aquellos otros que son víctimas de ilícitos de una naturaleza distinta.

Así que estas jornadas, este coloquio interdisciplinario sobre las violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad y a la identidad, es una nueva ocasión para poder evaluar cuánto hemos avanzado, en qué condiciones y cuánto es todo lo que todavía nos resta por hacer. Conocer la verdad siempre será algo doloroso, pero parecería que es casi la pre-condición necesaria para poder tener buena salud.

En este sentido, solamente puedo felicitar la organización del evento, agradecer que sea en esta facultad y beneficiarme, como se benefician todos ustedes, de los desarrollos que tenga el coloquio.

Muchísimas gracias.

Esteban Righi

Procurador general de la Nación.



Es un privilegio para la Procuración General de la Nación coparticipar de este acto y de estas jornadas. De modo que les agradezco que nos hayan dado la oportunidad de compartirlas.

Me preguntaba qué podía decir en este pequeño espacio que nos fijaron para abrir el coloquio. Y viendo el programa me interesó especialmente la intervención que va a tener un catedrático español, quien se va a referir al rol de los juristas en los autoritarismos. Creo adivinar que se va a referir a la época del nacional-socialismo en Alemania, y tengo cierta intuición sobre

de quién va a hablar porque algo he leído de Muñoz Conde al respecto.

Entonces, me gustaría hacer algún comentario sobre el rol de los juristas o el rol que los juristas han tenido en nuestro país, donde hemos tenido un precedente que justifica la referencia. Es decir, hasta dónde los juristas, los abogados, los teóricos del derecho han sido consecuentes con la defensa del estado de derecho.

Si ustedes me perdonan, yo recordaría mis épocas de estudiante porque era una época en la cual me enseñaron las cláusulas de una Constitución que no era aplicada. Es decir, en estas aulas se enseñaban normas que no regían en el país, pero no nos decían que no regían en el país. La facultad vivía en una especie de microclima absurdo. Además de eso, también tuve oportunidad de escuchar teorizaciones sobre engendros jurídicos como, por ejemplo, los *decretos leyes*, nombre con el cual se mencionaba un claro caso de usurpación del Poder Legislativo por parte de autoritarismos que sucesivamente irrumpieron en nuestro país. Inclusive después les llamaron leyes y nuestros profesores hablaban de leyes aludiendo a algo que eran cualquier cosa menos leyes. Y, para no cansarlos, también escuché teorizaciones sobre las posibilidades que tenía un gobierno ‘de facto’ para reformar la Constitución, situación que también ocurrió en nuestro país, el que se caracterizó por la derogación de constituciones y la implantación de normas constitucionales que finalmente tuvieron alguna incidencia en nuestra vida pública.

Entonces, la pregunta que a mí me nacía cuando venía para acá es qué debe hacer un jurista o qué es exigible de un jurista o de un profesor de derecho en estas circunstancias. Y, desde luego, admito que hay respuestas individuales; quiero decir, cada uno debe responder según sus propias convicciones. Naturalmente, y mucho menos a propósito de lo que fue el terrorismo de estado que padeció nuestro país durante la última dictadura, no es exigible el heroísmo. Pero en todo caso sí es exigible evitar la sobreactuación posterior. Me refiero a que asistimos, durante lo que va de democracia en nuestro país, desde el '83 para aquí, a algunas sobreactuaciones que parecen destinadas a compensar inconductas previas. Esto sí creo que tenemos derecho a exigir que no se produzca.

En todo caso, creo que el rol del jurista pasa por un criterio orientador que es tratar de llevar la idea del estado de derecho hasta sus últimas consecuencias. Debe hacerlo siempre, y si no pudo hacerlo alguna vez por las razones que fuera, se tratará de que sea discreto, trate de hacerlo hoy y en todo caso no exagere la nota para compensar el déficit del pasado.

Les pido perdón, no puedo dejar de recordar las cosas que me enseñaban cuando era alumno; y como eran falsas pretendo que no pase más en la Argentina.

Muchas gracias.

Estela Barnes de Carlotto

Presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo.



Muy bienvenidos a este coloquio interdisciplinario de las Abuelas de Plaza de Mayo. El agradecimiento, por supuesto, a todos los que participan, dándonos su sabiduría, su experiencia de vida y, sobre todo, la transmisión de cómo desde lo jurídico deben respetarse los derechos humanos.

No es casualidad que estas jornadas se realicen en esta facultad. Esta facultad siempre estuvo generosamente abierta para los actos no sólo de Abuelas sino de todos aquellos que reivindicaran los derechos humanos en todos los órdenes de la vida. Personalmente me ha tocado estar senta-

da en este lugar, en muchas oportunidades, representando a la institución Abuelas de Plaza de Mayo.

Las Abuelas, que ya llevamos 28 años de lucha, deseamos socializar, compartir nuestras experiencias, porque creemos que es una obligación devolver aquello que nos fue brindado. Hemos escuchado a queridísimos expositores con sus experiencias de vida y con su participación en esta historia de Abuelas en relación con la justicia. Y qué grato es decir que hemos escuchado en épocas muy duras, muy difíciles, el juicio esclarecido de algunos miembros de la Justicia.

Por eso Abuelas ha publicado experiencias de resoluciones, dictámenes; aportes que hacemos sobre todo a los jóvenes estudiantes. Este coloquio indudablemente va dirigido a los jóvenes que se están formando en este ámbito donde la lectura y la comprensión del ejercicio que van a tener que hacer en la vida deben estar sometidos al sentimiento humano, al manejo y al respeto de los derechos humanos, al derecho del otro.

A veces es difícil llevar a la práctica esto que estamos pretendiendo hacer en estas jornadas.

Para Abuelas, el derecho a la identidad, el derecho a la búsqueda de la verdad y los derechos humanos, son violentados, no solamente en nuestro país sino en el mundo entero. No es sólo en Argentina donde se ven cosas que hay que erradicar definitivamente como la injusticia de la muerte de niños por hambre, de un padre que no tiene trabajo, de la falta de techo, de la educación que se deteriora, de la salud que no se atiende. Todos estos, derechos fundamentales para vivir dignamente desde que nacemos. En muchas partes del mundo esto también ocurre. Y como se dijo, café mediante, antes de empezar, “es el compromiso del siglo XXI velar por la seguridad y el cumplimiento de los derechos humanos”.

Estamos dando nuestro humilde aporte –como lo hemos dado en este transcurso de veintiocho años– contribuyendo a modificar en lo posible lo que se hace mal. Y en el tema jurídico, la justicia internacional fue para nosotros también algo para mantener, profundizar y sobre todo hacer más abarcativa. Estuvimos presentes en aquellas jornadas en Italia cuando se empieza a gestar el Tribunal Penal Internacional. Allí estuvimos las

Abuelas con el tema de nuestros chicos robados, como expresión argentina de un delito único en el mundo, el robo de niños por razones políticas.

Y este abrir caminos nos ha permitido tener la tranquilidad de que no sólo estamos egoístamente buscando lo nuestro sino que también queremos dejar para los jóvenes y las futuras generaciones la tranquilidad del respeto al derecho humano, a que vivan bien. Pero debemos enseñar a que lo practiquen, sobre todo los futuros abogados, y debemos dar el ejemplo de que nosotros, los adultos, lo practicamos. No solamente debemos decir que hagan sino que debemos hacer.

Pienso que estas jornadas van a tener un sentido muy positivo, que van a contribuir a todo este trabajo. E indudablemente las exposiciones, los trabajos y las conclusiones van a servir para que aquellos que no pudieron asistir por diferentes razones tengan en sus manos lo antes posible la experiencia que vamos a vivir en estos dos días.

En nombre de las Abuelas, muchísimas gracias.

Matthias Jorgensen

Encargado de Negocios de la delegación Unión Europea en Argentina.



Muy buenas tardes. Es para mí un privilegio poder participar en esta apertura como representante de la Unión Europea en Argentina. He visto el programa de este coloquio y me parece sumamente interesante y de actualidad. Creo que eventos como éste constituyen medidas importantes para sensibilizar a un público amplio sobre los derechos humanos en general y sobre las cuestiones del derecho a la identidad en particular.

Como ustedes saben, la Unión Europea en Argentina tiene un número importante de proyectos de colaboración en áreas tan diversas como educación, salud, desarrollo social, apoyo a las pymes, proyectos medio-

ambientales, derechos humanos y otros. Todos estos proyectos reflejan el compromiso que la Unión Europea tiene con la Argentina. Y todos estos proyectos son importantes, evidentemente.

Sin embargo, el proyecto de apoyo al trabajo de las Abuelas de Plaza de Mayo para la rehabilitación de las víctimas de la dictadura –un proyecto clave para nuestra acción de derechos humanos en Argentina– tiene un lugar muy especial para la delegación de la comisión europea en Argentina. Las razones me parecen evidentes. Quién puede dejar de conmoverse ante crímenes tan repudiables como el de torturar y matar a padres, robarles sus familias y sus hijos, despojarlos de su identidad y proceder a su apropiación ilegal por parte de familias que en esa época pertenecían al círculo de poder.

Para mí es una fuente de alegría y de orgullo que la Unión Europea pueda contribuir al proceso de restituir a las víctimas su verdadera identidad y de reunir a las familias. Yo quiero felicitar a las Abuelas porque su trabajo refleja la necesidad en el ámbito de los derechos humanos de un trabajo continuo, del esfuerzo en el tiempo, de tener paciencia y de tener perseverancia. Vuestro trabajo no ha terminado en el momento de la reunificación con sus nietos. Ustedes más que otros conocen, evidentemente, el dolor de perder a sus seres queridos y eso les da la motivación de ir más allá de la simple identificación: la de contribuir a que esos crímenes no se repitan nunca más y en ningún lugar.

A mí me parece que esta mirada doble, hacia el pasado pero en el mismo momento hacia el futuro, constituye una dimensión muy importante del trabajo de las Abuelas y del trabajo de este coloquio. Éste es el elemento verdaderamente crucial para su significación a nivel nacional y para su proyección a nivel internacional. Y por ello me alegro de poder compartir estos momentos con todos ustedes.

En relación al enfoque sobre los derechos a la identidad, me parece también sumamente importante esta perspectiva de abordaje. La propia identidad es uno de los elementos fundamentales de un ser humano, y este derecho debería ser tan evidente y normal que ni siquiera debería cuestionarse. Sin embargo, tanto en Argentina como en otros países, las autoridades dictatoriales violaron este derecho con impunidad.

Quiero destacar que desde Unión Europea nos acercamos a este tema, nos involucramos en el trabajo en Argentina, con mucha humildad. Nosotros, en Europa, también hemos vivido tiempos de violencia y de gravísimas violaciones a los derechos humanos, y esto no solamente durante la Segunda Guerra Mundial sino también después, en los años '60, '70, '80 y '90. Y en varios lugares del continente europeo.

Creo que la Unión Europea y sus estados miembros, en base a estas dolorosas experiencias, tienen una sensibilidad en lo que toca a los derechos humanos. Hemos podido aprender lecciones muy importantes y, a nivel del continente europeo, hemos también logrado unos resultados importantes. Por ejemplo, el informe de la Convención sobre Derechos Humanos a nivel europeo y la incorporación de esos derechos dentro del edificio legal de la Unión Europea.

Sin duda, el proceso de integración europea que ha incluido la incorporación de países tradicionalmente enemigos, como por ejemplo Francia y Alemania, es uno de los frutos más visibles de esas enseñanzas.

Y la finalidad de la Unión Europea, hoy más que nunca, es la de construir un espacio de paz, prosperidad y democracia, respetuoso de los derechos humanos dentro de sus fronteras, pero también fuera de ellas, en lo que está a su alcance. Porque en el tema de derechos humanos nunca se puede decir “ya está, ya hemos logrado el estado ideal, ya hemos logrado el objetivo y ahora podemos descansar”. El proceso de mantener los logros y extenderlos, defenderlos, es un proceso continuo.

Nosotros, dentro de la Unión Europea, queremos compartir nuestra experiencia con otros países y aprender de las suyas también. La cooperación en materia de derechos humanos entre la Unión Europea y Argentina va en ambas direcciones. Y para mí esto significa, sin duda, aprender del compromiso infalible de las personas luchadoras por los derechos humanos durante la dictadura en Argentina. Y entre ellas, ustedes, las Abuelas de Plaza de Mayo. Las felicitamos por sus esfuerzos y los logros alcanzados durante los últimos años. Y esperamos que este trabajo que ha dado ya tantos frutos continúe siendo tan exitoso como ha sido hasta ahora. Nosotros estamos verdaderamente orgullosos de haber acompa-

ñado este esfuerzo en favor de los derechos humanos y queremos seguir acompañándolas en el futuro. Y por eso les deseo mucho éxito para este coloquio.

Muchas gracias.

Clase magistral: **El rol de los juristas en los autoritarismos**

Profesor Dr. Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho penal, Universidad “Pablo de Olavide”, Sevilla.



Buenas noches. Vamos a ahorrarnos los protocolos. Es para mí un placer y un gran honor no sólo estar aquí en Buenos Aires, en la facultad de Derecho y su universidad, sino sobre todo estar en un acto organizado por esa maravillosa institución, tan loable por tantos conceptos, que conforman las Abuelas de la Plaza de Mayo.

Desde que me propusieron venir expresamente para disertar hoy y mañana sobre temas relacionados con lo que a ellas tanto les afecta y les preocupa, me sentí realmente satisfecho, no planteé ningún problema, estuviera en la parte del mundo que estuviera yo dije “voy”. Y aquí estoy, sin mayores preámbulos, para desarrollar dos temas que aparentemente no tienen nada que ver, pero que sí están muy íntimamente relacionados, y no sólo ya con una problemática oscura y dramática, como es la del Derecho Penal en cualquier parte del mundo, sino con una problemática licenciadamente aún más oscura y dramática como es –o fue, espero que pasado– el abuso del derecho penal concretamente en este país.

El tema que aquí desarrollaré trata sobre el rol de los juristas en la legitimación de los regímenes autoritarios. Es un tema aparentemente abstracto, filosófico y con validez universal, que nos afecta a todos quienes de un modo u otro, alguna vez, nos tenemos que enfrentar con situaciones dramáticas dentro de la profesión jurídica que hemos elegido y que ejercemos bien sea a nivel de docente, de investigador, de práctico, abogado, juez o legislador. Es el rol que tenemos que jugar en la configuración de los regímenes políticos y de sus ordenamientos jurídicos en cualquier país, en cualquier parte del mundo.

El ordenamiento jurídico es muy amplio, afecta prácticamente a todas las relaciones de intercambio humano. Hay áreas de ese ordenamiento jurídico que se rutinizan, por así decir, y no plantean ningún problema de conciencia a nadie: compraventas de bienes de consumo, transacciones comerciales para simplemente organizar y dirigir el tráfico económico, las relaciones personales o las relaciones entre los Estados. Por lo tanto, vamos a admitir que hay una parte del derecho que es casi como el lenguaje cotidiano, que no se cuestiona porque lo utilizamos diariamente. Como el *burgués gentilhomme*, en la famosa obra de teatro de Molière, que al darse cuenta que hablaba en prosa reunió a toda su familia para comunicarles que ese día se había enterado que así hablaba desde hacía cincuenta años. Pues más de uno no sabrá que cuando se monta en el bus o hace cualquier transacción, como comprar el periódico, está haciendo una transacción de carácter jurídico, o cuando contrae matrimonio o cuando se relaciona con cualquier otra persona.

Sin embargo, hay una parte del ordenamiento jurídico que es especialmente dramática y que incluso aunque se routine y se asuma en la vida diaria no deja indiferentes ni a los que lo padecen ni a los que lo ejecutan y lo aplican. Naturalmente me estoy refiriendo al derecho penal. Porque, no seamos ingenuos, hablar del derecho penal es hablar siempre, de un modo u otro, de violencia. De violencia, porque la mayoría de los actos de los que se ocupa el derecho penal son actos violentos: homicidios, asesinatos, violaciones, secuestros, plagios como se dice aquí, robos, grandes fraudes. Y ciertamente eso es preocupante y hay que controlarlo, reducirlo de algún modo, porque eliminarlo completamente es muy difícil, por no decir imposible. Pero no lo olvidemos: hay otra parte de la violencia que es la que ejercen los que están arriba, los que aplican el derecho penal, porque el derecho penal es también –en el país más poderoso del mundo y en muchos otros– pena de muerte, es también reclusión perpetua, es prisión prácticamente de por vida, en circunstancias casi inhumanas.

Y estoy hablando del derecho penal de un país normal y civilizado.

Anteriormente, no digamos, era el derecho penal de sangre y de lágrimas, el derecho de la tortura que se aplicaba como un sistema probatorio en la Inquisición y que hoy se aplica ya como un sistema probatorio lícito, claro está, de modo que también hay que plantearse ese tema.

Es que la historia del derecho penal hasta nuestros días es la historia de la crueldad, del sadismo y de la inhumanidad. Y no sólo por parte de los delincuentes, cosa que es evidente, sino también por parte de los que reprimen y castigan a los delincuentes.

Habrá que matizar, sin duda, pero esa es la realidad de la que tenemos que partir y es la que plantea especiales problemas de conciencia al jurista que aunque como jurista de ese derecho de la vida diaria puede estar más o menos tranquilo, cuando empieza a relacionarse con el derecho penal empieza a tener problemas de conciencia.

La verdad es que cuando vemos la historia del derecho penal lo vemos como algo que está fuera del propio jurista: el derecho penal lo hacen otros. ¿Qué es lo que tiene que hacer el jurista, entonces? (Sobre todo quien les habla en este momento que es un modesto profesor de provin-

cias) Bueno, se dice que los juristas cuando explicamos el derecho, y el derecho penal en particular, hacemos ciencia. Yo no estoy seguro de que sea la palabra más acertada, pero tampoco nos vamos a reservar las ciencias sólo para la matemática, la física. El derecho es una elaboración de sistema, de lenguaje técnico, que nos permite entenderlo y abarcar ese magma inabarcable integrado por una cantidad de artículos y más artículos que hay en todos los códigos del mundo.

Entonces, lo primero que tenemos es esa ambición puramente técnica –no hay que ignorarlo– y ya con eso los juristas se justifican. Y a esa ambición también la cumplen los juristas en la vida diaria y el profesor cuando explica los textos jurídicos sin mayores problemas de conciencia. Pero claro, cuando los niveles de crueldad, de dureza, de represión son ya excesivos –y reitero que eso se ve claramente en el derecho penal– puede ser que el jurista en un momento determinado diga “oiga, yo no me trago todo lo que me echen, yo tengo que de algún modo decir que no estoy de acuerdo con esto, yo no soy un mero servidor o cómplice de lo que hacen estos señores que están en el poder y que hacen las leyes”.

Las leyes no son sagradas, hay un momento en que hay que ponerles una valla, una barrera, hay que decir que no. Y realmente ha habido juristas en la historia que, en un momento determinado, cuando todo el mundo asumía que aquello era inamovible, dijeron “oiga, eso no se puede hacer”. Es conocido, en la historia del derecho penal, que el Marqués de Beccaria en la Italia del Norte ilustrada de casi finales del siglo XVIII escribió un librito de menos de cien páginas sobre delitos y penas que revolucionó el derecho penal en ese momento simplemente porque criticó con toda la dureza, claridad y contundencia de un joven apasionado el derecho penal brutal, de sangre y de lágrimas que fue el derecho penal de las monarquías absolutas vigentes hasta aquel momento.

Ese rol es siempre encomiable, el del jurista crítico, el del jurista que en un momento determinado dice “no, no me trago esto, esto hay que cambiarlo, y lo denuncio como hay que denunciarlo, por escrito, con el rigor de la inteligencia y de la claridad argumental”.

Pero también es verdad que hay otro modelo de referencia que se

puede llamar de positivismo jurídico. No pretendo entrar aquí, y menos en este momento, en cuestiones de nombres de filosofías o teorías del derecho sino que me refiero a actitudes, a actitudes que hacen que muchas veces haya quien diga “oiga, yo me encargo de aplicar el derecho que me viene dado y que no me planteo si el derecho es malo o es bueno”. Esta es una actitud conformista y naturalmente pancista de gente que no quiere comprometerse con nada, por conflictivo que le pueda parecer desde el punto de vista de su conciencia.

Y todavía hay una tercera actitud, la que pueden usar los más grandes (y no por eso los mejores ni los más buenos) que dicen “no, no, además no se preocupe, yo le voy a ayudar a usted a hacer esas leyes para machacar al pueblo, le voy a legitimar y voy a ampliar mi inteligencia para darle todo tipo de fundamento a las barbaridades que esté cometiendo”. Esos son las que naturalmente llamaríamos “los malos”, que no son los malos en el sentido técnico –y eso es lo que nos duele– sino que a veces son los mejores técnicamente hablando y, sin embargo, son los auténticos criminales. Los que no sólo se tragan todo lo que les echan sino que son ellos mismos los que cuecen el pastel y los que le dan todo tipo de fundamento e incluso alto nivel técnico y teórico.

Éste es el planteamiento que quisiera hacerles como punto de partida. Naturalmente que en la vida del derecho, y del derecho penal también, no es todo negro o todo blanco sino que hay posturas intermedias y que, muchas veces, esas posturas intermedias dependen de circunstancias personales y de otras cuestiones que son de carácter extrajurídico como el dinero, el poder. Hay gente que es capaz de vender su alma no como el Fausto al Mefistófeles por la eterna juventud sino por el poder, por la riqueza y por el dinero.

La verdad es que también depende mucho del contexto en el que nos movamos. Hay también un derecho penal rutinario y aunque opino que el derecho penal en general es muy criticable y a veces se comporte en la solución de los conflictos como un burro en una cristalería o como los bomberos que apagan un fuego causando más daño a la casa que el propio incendio, a pesar de que el derecho a veces causa mucho daño y pocos beneficios, no soy partidario de su abolición.

Existe una postura que sostiene que el derecho penal no tiene ninguna legitimidad, actitud abolicionista muy conocida que goza de mi simpatía pero no de mi adhesión puesto que no he visto todavía una sociedad en la que se pueda prescindir del derecho penal, ni creo que la pueda ver, ni aún creo que puedan verla nuestros descendientes.

El derecho penal tiene una función establecida; de lo que se trata es de saber cuáles son los límites para ejercer esa función. Y se trata también de pensar si esos límites son o no compatibles con determinados principios y valores. En este sentido, una postura radical abolicionista diría “todo el derecho penal es malo y hay que acabar con él”. En mi opinión, esa postura que no es del todo convincente en el plano teórico porque suele entenderse como utópica es por lo menos poco práctica. Y la considero poco práctica porque despegarse del derecho penal “porque es malo” significa quedarnos sin armas frente al enemigo. Quiero decir, si se sostiene que el derecho penal no sirve para nada y que hay que abolirlo, ¿qué alternativa proponemos? ¿Y qué alternativa tenemos mientras las sociedades sigan organizándose con derecho penal? Porque no se puede negar que existe el derecho penal.

Por lo tanto, sin querer entrar ahora en críticas más profundas al movimiento abolicionista, creo que no corresponde que el jurista deje de ejercer su rol y considero que debe utilizar su técnica jurídica de un modo tal de intentar que el derecho penal funcione, en la medida que pueda funcionar dentro de ciertos límites.

A este argumento se le puede acusar de producir una función legitimadora. Y yo creo que sí, creo que existe esa función legitimadora en mi argumento. Yo no cuestiono el sistema en la medida en que dentro del sistema procuro mejorarlo, procuro que sea coherente con determinados principios. Esta es la postura más común, en un modo u otro la que empleamos quienes nos ocupamos diariamente de explicar el derecho penal, de investigarlo, o también de aplicarlo en la práctica o de desarrollar la profesión que sea en relación con la aplicación del derecho penal.

Les decía, sin embargo, que todas estas actitudes no son abstractas sino que dependen de realidades muy concretas y dependen también de perso-

nalidades muy concretas. Personalidades que pueden variar desde la cínica y egoísta que sólo pretende el poder y la riqueza y se sirve del derecho para ello, hasta personalidades virtuosas y heroicas que pretenden conseguir el bienestar de la humanidad a través del derecho. Pero esas posturas extremas no son reales; los seres humanos concretos, en su materialidad, son buenos, malos, regulares, buenos para algunas cosas, malas para otras; nunca hay ni malos ni buenos absolutos. Sin embargo, en un momento determinado hay que tomar postura. Y probablemente el hecho de que me hayan pedido que esté hoy aquí ante ustedes –y no quisiera alargar mi intervención excesivamente porque ya lleva un cierto retraso la agenda de esta tarde y porque después, si no hay límite de tiempo, yo estoy dispuesto a contestar todas sus preguntas–, que me hayan propuesto intervenir y en este tema concretamente, se debe a que en un momento de mi vida me interesó saber lo que había hecho uno de los más grandes penalistas del siglo XX durante una de las épocas más oprobiosas y brutales de violación de los derechos humanos –y no ya del siglo XX sino probablemente de toda la historia– como fue el régimen nacional socialista.

El penalista del que les hablo y sobre el que he escrito un libro es Edmund Mezger, de gran influencia en la elaboración de la ciencia del derecho penal en todos los países hispanoparlantes y, específicamente, aquí en la Argentina. Para sorpresa primero mía al descubrirlo y luego para todos quienes tengan buena fe y no tengan prejuicios contra mí de tipo ideológico, para todos aquellos que fueron leyendo mis aportes, ese penalista del que les hablo fue uno de los grandes legitimadores del derecho penal nazi y de sus máximas aberraciones. ¿Cómo se puede explicar esa esquizofrenia ideológica o simplemente moral? No sé responder eso, lo que sí sé es que los datos están ahí y de eso les voy a hablar brevemente para volver a retomar después el discurso sobre el rol de los juristas en la legitimación de los estados autoritarios o de los regímenes autoritarios.

Es verdad que el derecho tiene una parte técnica y eso, igual que en cualquier otra profesión, supone que el jurista –del mismo modo que el médico por ejemplo– pueda y deba, ante todo, ser un buen técnico y que le dé seguridad a la sociedad sobre el contenido de las leyes.

“Esto lo puede usted hacer, si hace esto pagará más impuestos, o puede ir a la cárcel”, etcétera. O sea, “esto es lo que dice la ley y yo que sé interpretarla se lo digo como un técnico”. Esta forma de conducirse es la que comparo exactamente con la función de un médico que a veces debe limitarse a curar una diarrea infantil por más que sepa que esa diarrea está condicionada por una mala alimentación que se da más en unos barrios deteriorados pobres de la ciudad que en otros donde hay un buen nivel de vida. Porque primero se exige curar la diarrea y después se verá cómo se podría solventar el problema de la alimentación deficitaria de los niños de esta zona. De modo que también hay que entender que cualquier jurista ejerza como técnico. Y en esto creo que los juristas alemanes deben ser elogiados porque son quienes mejor han elaborado la técnica jurídica –lo que ellos llaman la dogmática jurídica– pues ofrecen magníficas construcciones sobre cómo interpretar un derecho. Con estas elaboraciones técnicas, con estas sistematizaciones, se pueden llegar a entender perfectamente las bases del derecho penal.

Y en este arte Edmund Mezger fue, probablemente, uno de los más importantes juristas del siglo XX. Publicó su tratado todavía en una época democrática en la República de Weimar, antes del advenimiento de Hitler al poder, y ese tratado fue extraordinariamente traducido en la República Española por un penalista español, discípulo del gran Jiménez de Asúa –que después se vino exiliado a este país, Argentina. De modo que ese tratado, que ya de por sí era un gran monumento jurídico desde el punto de vista técnico, tuvo además la repercusión que tuvo primero en España y después en toda América Latina porque el profesor don Luis Jiménez de Asúa fue su difusor trayendo consigo el libro. Probablemente Jiménez de Asúa ha explicado ese libro en esta misma aula muchas veces. Probablemente el primer libro que metería en el baúl sería el de don Edmund Mezger, para explicarlo luego aquí; y todavía en esta sala veo a alguien que lo oyó directamente explicar el tratado de don Edmund Mezger, tratado que le sirvió de base para el que escribió después durante el exilio en Argentina.

Estamos en los años anteriores al '33, cuando en España comienza la guerra civil y los juristas demócratas como Jiménez de Asúa se tienen

que ir. No todos se fueron y muchos de los que se quedaron terminaron siendo juristas del franquismo y legitimando una de las peores dictaduras del siglo XX, como fue la dictadura franquista, no sólo por su intensidad en represión sino por la prolongación del sistema represivo durante cuarenta años.

Mientras tanto, en Europa había una sacudida, una conmoción: la que produjo el advenimiento de Hitler al poder en Alemania, en el '33. Desde el primer momento ese poder mostró su verdadera faz y lo expresó incluso en el derecho penal practicando políticas de tolerancia cero, razzias, abriendo campos de concentración; antes que para los judíos para toda la marginación social y “para limpiar las calles de basura”, como dijo después un presidente español en épocas no muy lejanas.

La sociedad alemana lo miró con simpatía, hasta el punto de que prácticamente tenía el apoyo unánime, y no sólo del pueblo sino de los grandes maestros, de los grandes sabios, de los premios nobel. Hitler no llegó al poder a través de un golpe de Estado, ni incluso como sucedió en la España de Franco a través de una guerra civil que demuestra al menos que una parte de la sociedad estaba en contra de la dictadura. No, por el contrario, Hitler llegó al poder casi por aclamación, y si no fue por aclamación desde el comienzo, la tuvo muy pronto.

Se toma el poder para hacer ese tipo de leyes: leyes de represión primero de marginales, después de los judíos, campos de concentración de los disidentes, hasta llegar al poder absoluto legitimado por toda una cohorte de sabios profesores como empezó a serlo desde el primer momento Edmund Mezger. El que aquí no llegara a saberse lo que estaba ocurriendo, los usos que se le daba a ese tratado, tiene que ver con que por ejemplo cuando se viene don Luis en el '39 después de la guerra civil, de toda aquella situación, no estaba en condiciones –ni él, don Luis Jiménez de Asúa, ni muchos de los que se vinieron– de seguirle la pista a las publicaciones de Edmund Mezger; ellos sólo conocían el tratado. Y no es que no les preocupaba lo que ocurría sino que ni siquiera podían llegar a conocerlo porque se vinieron al exilio. Vinieron con lo puesto, incluso sin la muda siquiera más elemental, llegaron con una mano detrás y otra adelante.

Pero Mezger sí. Y ahora viene lo gordo: Mezger empieza a hacer leyes de esterilización y castración de homosexuales, de asociales, a legitimar la eliminación de los elementos dañinos al pueblo y a la raza alemana, es decir, de los judíos, de los gitanos; y todo esto lo incluye en su libro.

A medida que me encontraba con este perfil de Mezger me metía cada vez más en los archivos alemanes. Y así terminé encontrándome una documentación verdaderamente horripilante, a base de proyectos de ley de eliminación de asociales, de castración de homosexuales, de internamiento en los campos de concentración. Mezger no se quedó en la teoría. Por el contrario, pasó a la práctica.

Veán ustedes, me encontré con un expediente de marzo del '44 –momento en que Alemania era el infierno– para visitar los campos de concentración, permiso que pedía del jefe de las SS. Como hubo alguien que lo negó, las fotocopias de esa documentación están en la última edición de mi libro sobre Mezger; a ese capítulo le llamé 'Bajada a los infiernos'. Y también tuve que llegar a decir –con cierta crudeza que me llevó a quitarlo en la versión última, aunque aparece todavía en alguna versión portuguesa o la alemana– que mientras más conozco algunos penalistas más me gusta mi perro.

Ésa es la historia muy resumida de lo que hizo Mezger del '33 al '45: legitimó al régimen nazi y al mismo tiempo contribuyó a la parte más oscura y dramática, brutal y represiva de ese régimen legitimando un derecho penal de eliminación del adversario. Lo que hoy llamarían, desde una técnica más refinada, como derecho penal del enemigo –y no quiero que esto se entienda como acusación a penalistas más recientes que mantienen ideas por lo menos bastante parecidas–.

A lo que me voy a referir ahora sí tiene que ver con la labor que ejercen las Abuelas de la Plaza de Mayo. Porque la contribución de Mezger al nazismo existió, pero si lo hubiéramos sabido en ese momento lo hubiéramos puesto en su lugar: Mezger, gran dogmático del derecho y gran nazi, incluso colaborador del genocidio.

¿Se pueden ustedes imaginar que durante sesenta años eso ha permanecido oculto y que no ha salido a la luz hasta que yo lo he descubierto?

¿Se pueden ustedes imaginar que apenas hecho este pequeño ejercicio de recuperación de la memoria han llovido sobre mí las más brutales injurias, acusaciones y amenazas en una campaña de descrédito sin precedentes? Pues ése es el problema que podemos tener siempre que queramos saber el pasado de algunos como Mezger, y eso es lo que en el último capítulo de mi libro le llamo –y alguno quizá se pueda sentir afectado, pero la alusión es simplemente a una frase que todos ustedes pueden entender– “Y al tercer año resucitó”.

Porque Mezger resucitó. Tuvo problemitas, tuvo algún tipo de procedimiento en el juicio de Nuremberg, pero se escapó, se desnazificó, ocupó de nuevo su cátedra, lo nombraron presidente de la comisión de reforma del derecho penal en la época de Adenauer –ya mayorcito– y escribió un resumen de su gran tratado. No volvió a tocar el tratado porque en la época nazi se haya dedicado a la criminología biologicista, racista, sino porque retomó la dogmática jurídica pero haciendo un resumen bastante malo que, por cierto, se tradujo en Argentina en los años ‘50. Resumen que no tiene ninguna reminiscencia nazi –todo hay que decirlo– y que quien lo tradujo fue Conrado Finzi. Y fíjense ustedes lo que son las parábolas de la vida: Conrado Finzi era el hijo de un penalista italiano, Marcelo Finzi, que tuvo que huir de la Italia fascista por su origen judío. Su nieta, Leticia, con la que he tenido contacto en mis trabajos e investigaciones, –porque he trabajado también el tema de Finzi– me dijo que nunca hubiera podido imaginar su padre que estaba traduciendo la obra de un gran nazi.

Pero bueno, alguno sí sabría quién era Mezger. La posibilidad de que en Argentina hubiera muchos que conocieran ese pasado no se me quita de la cabeza. Y no me refiero al mundo académico sino a otros mundos.

En todo caso, continuó, Mezger vuelve a la palestra, vuelve a ocupar el lugar preeminente.

Mi contribución a la historia del derecho penal ha sido la de revelar la gravedad del rol que ocupó Mezger. Es grave lo que hizo Mezger, es grave ser cómplice de cualquier régimen dictatorial negador de derechos fundamentales, violador de los derechos fundamentales más íntimos y personales del ser humano. Y aquí, en Argentina, lo que se ha hecho –y

legitimado— ya no fue sólo la eliminación física sino la de su identidad familiar, biológica. Eso es una aberración tan grande que ni siquiera en la época nazi llegó a realizarse. Y realmente, que hubiera habido alguien que hubiera podido legitimar eso me parece muy grave. No tengo nombres, aunque algunos habrá.

Decía, es muy grave la complicidad, la legitimación a cualquier plan de violación de derechos humanos, pero lo que también me parecería especialmente grave es que esos nombres nunca se supieran, ni siquiera cincuenta o sesenta años después de ocurrido. Y también es grave que sacarlos a relucir algún día, encontrarlos en algún papelito, en algún archivo secreto de algún ministerio, pudiera suponer a quien los descubran los mismos riesgos que yo he tenido que sufrir cuando he sacado a relucir el pasado de Edmund Mezger.

Por esta importancia que le confiero al tema es que la conferencia de hoy trata sobre el rol de los juristas en la legitimación de los regímenes democráticos. Porque lo que a mí me parece que tiene que ver más con las Abuelas es el rol que debemos tener los juristas en democracia para que ese rol que desempeñaron los juristas en la legitimación de los regímenes autoritarios y todo lo que pasó en esos períodos, aquí o en cualquier otra parte del mundo, no se olvide. Ya pasó y no podemos hacer nada por evitarlo. Pero, debemos recordar. Debemos recordar y además no dejarlo impune.

Y ya no sólo se trata de que no se quede impune lo que sería un escándalo para toda la humanidad si así quedara sino también de revelar quién es quién. Como dirían las revistas de los personajes famosos en Estados Unidos “¿who is who?”, “que cada palo aguante su vela”, y que nadie se oculte bajo el manto de la democracia cuando hace veinte años, treinta o los que sean en el país que sea, estaban completamente en el bando del fascismo y de la antidemocracia.

El ejemplo de Mezger es sólo uno, con el que pude encontrarme y en quien baso mi obra, un personaje muy importante en nuestro mundo latino, aunque su procedencia sea alemana. Pero hay muchos Mezger, de provincias, de países periféricos, de esos que no son tan conocidos y que, precisamente por eso, pueden quedar más fácilmente impunes.

La labor nuestra, por lo tanto, consiste no sólo en denunciar en cualquier momento en que se produzca la violación de los derechos sino también cuando, por las razones que sean, en un momento determinado, se nos tape la boca. Y ahí florecerán las otras actitudes: las de los que se callen porque no se atrevan, porque tengan familia a la que proteger, y la de los que incluso se jueguen la vida y que por eso siempre tendrán nuestro reconocimiento.

Pero evidentemente también hay otras cosas que denunciar cuando ya ha pasado el régimen autoritario. Evidentemente hay un rol que cumplir en democracia. Porque además de quienes han llevado a la práctica directa la violación de los derechos humanos, también existen los otros, los que técnicamente no son los más malos, sino incluso los mejores, pero sí son los más malos moralmente. ¿Acaso esos deben quedar en la impunidad? ¿Esos deben reformarse o cambiar su rostro ideológico como una máscara y aparentar que han sido demócratas toda la vida y que siempre han sido respetuosos con los derechos humanos?

Cuando yo leo textos de una y otra época de Mezger en los que sugiere la castración de homosexuales, el internamiento por tiempo indefinido hasta su exterminio en los campos de trabajo (que eran los campos de concentración), y después leo el respeto a los derechos humanos, años más tarde, en otras obras ya de la época de la democracia, yo no sé si me encuentro ante un gran cínico, ante un inmoral, un amoral; ni sé cómo calificarlo.

Pero los textos están ahí. Sólo y para terminar les puedo señalar lo expuesto leyendo un par párrafos de una y otra época.

En la época del nacional socialismo hay textos como el que seguidamente les paso a leer. Éste es los más suaves: “en el caso de que pueda esperarse de los extraños a la comunidad (así se refería a los judíos) una descendencia indeseable deberán ser esterilizados”. Y después de una visita a uno de los centros penitenciarios dice “en las diferentes visitas a los centros penitenciarios se observan siempre reclusos que por su constitución corporal ni siquiera merecen el nombre de personas, parecen abortos del infierno. Sería deseable que se les fotografiara. También debería ponderarse su eliminación, independientemente de la gravedad del delito y de la pena a la

que hayan sido condenados. Sólo deben decidirse las fotografías que permitan ver claramente la deformidad”. Porque una de las razones por las que las personas podían ser esterilizadas o eliminadas en los centros penitenciarios era simplemente porque eran “deformes”, porque eran “feas”. A los nazis no les gustaban las personas feas y deformes. Éstas no daban con la imagen del impasible del alemán, rostros impenetrables de superhombres, prototipos de la superioridad de la raza aria alemana.

Y cuando uno lee esos textos y se encuentra con que cinco años más tarde dice que “el derecho tiene que realizarse y luchar eficazmente contra el delito, sin perder al mismo tiempo de vista las exigencias irrenunciables y los mandatos de humanismo y humanidad”, entonces uno no sabe cómo valorar a esta persona.

Y termino mi exposición con dos frases de dos autores muy importantes y conocidos que no provienen del campo jurídico. Una es con la que comienzo el libro y que es de Bertolt Brecht, de su famosa obra de teatro *La vida de Galileo*. En la escena en que a Galileo le piden que jure su afirmación de que la Tierra gira alrededor del sol, Brecht le hace decir lo siguiente: “quien no sabe la verdad es simplemente un ignorante, pero quien la sabe y la llama mentira, es un criminal”. Y la otra cita con la que quiero terminar es del gran Quevedo, nuestro gran poeta de la lengua española del siglo XVII: “Mas no he de callar por más que con el dedo, ya tocando la boca o ya la frente, silencio avises o amenazas miedo. ¿No ha de haber un espíritu valiente? ¿Siempre se ha de sentir lo que se dice? ¿Nunca se ha de decir lo que se siente?”.

Nada más. Muchas gracias.

DEBATE

Público: Mi pregunta es sobre los derechos sociales que se están empezando a gestar. ¿Cómo están elaborando los penalistas –y si es que se han empezado a elaborar– esos derechos sociales teniendo en cuenta que cuando existan, si no se cumplen ingresarán al campo de lo penal?

Muñoz Conde: Para darle un marco más explicativo a su pregunta, primero debería aclarar que aunque soy jurista y hablamos desde este campo no debemos olvidarnos que el derecho no es un ente separado del resto de la sociedad. Y por eso es importante su pregunta.

Mezger existió y el derecho nacional socialista existió porque existieron unas relaciones económicas y sociales que dieron lugar a esos fenómenos. Es decir, si hay desempleo hay más delincuencia. Simplemente porque hay más gente que necesita de la delincuencia para sobrevivir, es una delincuencia de la supervivencia.

Entonces, estamos asistiendo en momentos de globalización y de neoliberalismo a un gran recorte de los derechos sociales y naturalmente a un aumento de la conflictividad social que se observa aquí especialmente, pero también en cualquier otro país del mundo. Ahí está Francia, por ejemplo, con el levantamiento de los inmigrantes de los barrios marginales. Y ocurre en los barrios marginales porque el inmigrante que ha conseguido adaptarse no tiene ningún problema. También podemos pensar en otros conflictos como la guerra en Irak y el Derecho Penal Internacional. Por lo tanto ahí es donde está el verdadero problema del futuro.

Y reitero que la importancia de la pregunta radica en que, ciertamente, en un momento en que la conflictividad social va en aumento y en que el sistema económico está produciendo graves injusticias para los más débiles, pues probablemente va a comenzar a utilizarse el Derecho Penal para reforzar ese sistema tan injusto.

Claro, lo que sucede es que hay momentos en los que el problema se diluye más, no resulta tan evidente, y entonces es difícil tener esa conciencia. Es cierto que uno no puede cambiar el sistema de la noche a la mañana, pero sí hay que tomar conciencia de lo que acabas de decir, esto es, de que probablemente el Derecho Penal va a terminar siendo un Derecho Penal que va a servir para confirmar un sistema social o económico que profundizaría la injusticia, la aumentaría o la agravaría.

Y esa es la lucha en la que tenemos que incluir otros campos y actores, ya no sólo provenientes de lo jurídico, sino que se hace necesario interactuar con movimientos sociales, sindicatos, etc. Y esperemos que todavía

el sistema democrático sea capaz de asumir que los problemas sociales no se resuelven con el derecho penal.

Sin embargo, también es cierto que la opinión pública, a veces mediaticizada, a veces manipulada, cree que el derecho penal sirve en este sentido, es decir que el aumento de penas soluciona los conflictos sociales. Y eso sí que es un error. Pero evidentemente existe esa línea por la que se puede terminar con un derecho penal de corte autoritario y fascista más tarde o más temprano. Y desgraciadamente más temprano que tarde.

Clase magistral:

La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder

¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden, controlan y planifican la realización de delitos en el ámbito de la delincuencia organizada estatal y paraestatal?

Profesor Dr. Francisco Muñoz Conde

Para resolver el problema que plantea la intervención de varias personas en la realización de un delito, tradicionalmente la Dogmática jurídico-penal distingue entre autoría y participación. La distinción entre una y otra categoría se lleva a cabo utilizando distintos criterios, entre los que predomina, por lo menos en lo que se refiere a los delitos dolosos comisivos, la **teoría del dominio del hecho**, según la cual autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer. El partícipe, en cambio, es sólo, como su propio nombre indica, alguien que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un deli-

to, cuya realización, sin embargo, depende la voluntad de otra persona que es el verdadero autor.

Esta distinción es puramente conceptual y no impide que, desde el punto de vista de la gravedad de la pena, también el partícipe pueda ser condenado con la misma pena que el autor en sentido estricto. Pero la más importante consecuencia de la distinción dogmática entre autor y partícipe es que la punibilidad del partícipe, aunque sea la misma que la del autor, depende o es accesoria de la del autor, que es la figura en torno a la cual gira la configuración del tipo delictivo.

Las ventajas de este sistema se ven con especial claridad en la distribución de responsabilidad que hay que hacer en los delitos especiales propios cuando en su realización interviene alguien que no tiene las cualidades exigidas en el tipo delictivo en cuestión para ser considerado autor en sentido estricto de dicho delito. Así, por ejemplo, el delito de prevaricación judicial, sólo puede ser cometido como autor por el juez, aunque naturalmente no pueda excluirse que otras personas puedan haber intervenido en su realización, induciendo, por ejemplo, al juez a prevaricar. Pero lo que no puede ocurrir en ningún caso es que el que no es juez pueda realizar directamente como autor el delito de prevaricación. También se ve claramente la diferencia entre autoría y participación en los casos de inducción a un delito que, por las razones que sean, el inducido ni tan siquiera comienza a ejecutar, pues sin ese comienzo de ejecución del delito por parte del inducido, el que induce a otro a ejecutar el delito queda impune, o todo lo más puede ser castigado por provocación, caso de que esté especialmente castigada esta forma de tentativa de participación en el delito.

Esta distinción se hace más difícil de realizar, e incluso a veces puede quedar gravemente comprometida, cuando el delito es cometido, no ya por varias personas cada una con distinto grado de intervención o responsabilidad en su realización, sino por esas mismas personas integradas en grupos u organizaciones en cuyo seno –por otros miembros del mismo– se ha diseñado un plan conjunto o decidido la realización de esas acciones. En estos casos, no se plantea sólo la necesidad de castigar

a los miembros del grupo por su pertenencia al mismo o por ejercer funciones directivas, cuando éste ya de por sí constituye una asociación criminal, sino el problema de cómo hacerlos responsables cuando no intervienen directamente en la ejecución de los delitos concretos que llevan a cabo otros, sino que simplemente los diseñan, los planifican o asumen el control o dirección de su realización. Ésta es la cuestión que casi siempre se plantea a la hora de resolver problemas de autoría y participación por los hechos concretos realizados por miembros de organizaciones criminales tales como las dedicadas al terrorismo, el narcotráfico o el blanqueo de capitales, que son los grandes males que aquejan a las sociedades modernas. Pero también se plantean problemas similares de difícil solución cuando se trata de delitos cometidos, planificados y dirigidos desde el propio Estado por lo dirigentes gubernamentales y por personas que ocupan en el organigrama del mismo los más altos cargos. No me ocupo ahora de los grandes delitos económicos y medioambientales, o de la responsabilidad por el producto en el ámbito de grandes empresas que, si bien en algunos casos pueden ser ya de por sí organizaciones criminales, no operan, como éstas, desde un principio fuera de la ley o realizando actividades generalmente constitutivas de delitos.

En todo caso, para resolver el problema que aquí nos ocupa, hay que partir, aunque no siempre y en todos los supuestos de criminalidad a los que me acabo de referir, del delito de asociación ilícita, que se tipifica en la mayoría de los Códigos penales del mundo, y que se castiga de forma autónoma e independientemente del delito o delitos que a través de la asociación ilegal se cometan, con los que en todo caso puede entrar en concurso real o ideal. Esta autonomía del delito de asociación ilegal puede ser muy importante para castigar adecuadamente algunas formas de criminalidad organizada, como la realizada por los grupos terroristas, ya que el castigo de la pertenencia o la dirección de una asociación ilícita, tanto más cuando se trata de las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas, puede ya de por sí ser suficiente o servir de penalidad alternativa en los casos en los que no se puede imputar, conforme a las reglas generales de imputación a título de autoría o participación y a la

valoración de la prueba que haga el Tribunal, a todos los miembros de la organización los hechos concretos realizados sólo por algunos miembros de la misma. Si, por ejemplo, la cúpula de una organización terrorista, estatal o paraestatal, acuerda el recrudecimiento de acciones violentas, tales como asesinatos y atentados de todas clases que llevan a cabo comandos especialmente formados para ello, y por las razones que sean los hechos concretos que cometan estos comandos no pueden ser, ni por la vía de la autoría, ni por la de la participación, imputados a los que hayan decidido esta campaña terrorista, siempre queda la posibilidad de que se les pueda castigar por el hecho mismo de ser promotores y directores de estas organizaciones terroristas; lo que evidentemente quizás no sea una solución plenamente satisfactoria, pero sí al menos posibilita el castigo de conductas que, sin entrar dentro de las categorías de la autoría y la participación en relación con los concretos delitos realizados, a todas luces deben ser castigadas. Ello supone indudablemente un adelanto de la intervención del Derecho penal a ámbitos ciertamente aún lejanos de las concretas lesiones de bienes jurídicos individuales que en su día se llevarán a cabo, pero que por su vinculación con ellas son lo suficientemente graves como para justificar esa intervención, siempre, claro está, que se materialice a través de instrumentos técnicos legislativos que respeten los principios de legalidad, de certeza y seguridad jurídicas, y de intervención mínima. Si el delito de asociación ilícita tiene alguna razón de ser en el Derecho penal de un Estado de Derecho es precisamente porque las decisiones que se adoptan en la cúpula de las organizaciones criminales tienen una especial peligrosidad para bienes jurídicos individuales tan importantes como la vida humana, dada su estrecha vinculación con los atentados (aunque ésta no sea suficiente para fundamentar una responsabilidad directa en los mismos), la forma especialmente alevosa con que se planean, el carácter indiscriminado de la mayoría de los mismos, que alcanzan a víctimas anónimas que nada tienen que ver con las instituciones o ideas políticas a las que se quiere atacar, y, sobre todo, la frecuencia casi masiva, similar a las acciones bélicas, con la que en determinados momentos de la vida de un país se producen, formando parte

de una estrategia de tensión perfectamente calculada y planeada hasta en sus más íntimos detalles.

Pero lo que aquí se trata de resolver es en qué casos y a quiénes se pueden imputar –independientemente del delito de asociación ilícita que hayan cometido– los hechos delictivos concretos (asesinatos, secuestros, estragos, incendios, etc.) que realizan algunos miembros de la asociación criminal, o de cualquier otro grupo que no revista los caracteres de una asociación ilegal, pero que en el curso de su actuación pueda igualmente dar lugar a la comisión de hechos delictivos dolosos.

La respuesta no es evidentemente sencilla, dada la complejidad y la diversidad de manifestaciones que presentan las distintas figuras de delito que aquí vienen en consideración. Hay en todas ellas, sin embargo, una problemática común que diariamente se presenta como un problema a resolver por los Tribunales de Justicia, sin que la doctrina haya conseguido darle hasta la fecha una respuesta unitaria y convincente. Este problema, cuya solución es también importante para confirmar el sentimiento de Justicia material vivo en la opinión pública, que obviamente quiere que todo el peso de la Ley caiga sobre los principales responsables de los respectivos delitos y no sólo sobre figuras secundarias o accesorias, no puede resolverse con apriorismos dogmáticos alejados de la realidad, propios de una jurisprudencia conceptualista; pero tampoco con el coyunturalismo y la espontaneidad propias de una Justicia del Cadí exclusivamente vinculada al caso concreto, que no puede ser manejada para resolver otros casos que se puedan dar en el futuro. Se impone, por tanto, una solución equilibrada que, respetando la distinción dogmática entre autoría y participación y el fundamento principal de la misma, la teoría del dominio del hecho que hemos adoptado como punto de partida, procure resolver satisfactoriamente, también desde el punto de vista de la Justicia material, el problema de cómo imputar responsabilidad penal en estos ámbitos delictivos tan graves y característicos de nuestras modernas sociedades, a título de autores, a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, planean, deciden y controlan la ejecución de un delito. Para conseguir una cierta claridad en un terreno tan confuso y tan

poco dado a la aplicación automática de los conceptos normalmente elaborados en la Parte General en relación con delitos de estructura más simple, seguidamente analizaré por separado los distintos supuestos en los que con más frecuencia suelen plantearse este tipo de problemas, advirtiendo ya, desde el primer momento, que es casi imposible alcanzar una solución unitaria, completamente exenta de contradicciones y plenamente satisfactoria de los mismos.

Para resolver este problema y en relación concretamente con los crímenes contra la Humanidad y genocidios cometidos por los miembros, altos cargos y funcionarios del aparato de poder del Gobierno nacionalsocialista alemán en el período de 1933 a 1945, Claus Roxin desarrolló en 1963, primero en un artículo dedicado expresamente al tema y luego en uno de los capítulos de su fundamental monografía “Autoría y dominio del hecho” (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. ed., alemana 1963, p.299 ss.), una sugestiva teoría, conforme a la cual podía fundamentarse una **autoría mediata** de quienes, sin haber intervenido directamente en la ejecución de tan horribles hechos, dominaban su realización sirviéndose de todo un **aparato de poder** de organización estatal que funcionaba como una máquina perfecta, desde la cúpula donde se daban las órdenes criminales, hasta los meros ejecutores materiales de las mismas, pasando por las personas intermedias que organizaban y controlaban el cumplimiento de estas órdenes.

Tres son los elementos que según Roxin deben darse para fundamentar una autoría mediata de esta clase: el dominio de la organización por parte de los autores mediatos, la fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores y que se trate de aparatos de poder que actúen como un todo al margen del Derecho. Con esta tesis se resuelve con aparente facilidad, no exenta de objeciones, la calificación de autores no sólo de los que en la cúspide, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la ejecución de los delitos, sino también de los que en los escalones intermedios del aparato de poder llevan a cabo funciones burocráticas y de organización necesarias para ejecutar dichas decisiones.

Uno de estos personajes intermedios fue Adolph Eichmann, alto funcionario nazi encargado de la planificación y puesta en marcha de los

actos de exterminio, ejecutados luego materialmente por otros, en los campos de concentración. En el proceso a que fue sometido en Jerusalén, tras haber sido secuestrado ilegalmente –todo hay que decirlo– aquí en Buenos Aires, quedó probado que Eichmann jamás llevó a cabo personalmente algunas de estas ejecuciones, como tampoco las llevaron a cabo personalmente, que se sepa, los más altos dirigentes del aparato de poder nazi, como Hitler, Himmler o Goebbels, pero ello no fue obstáculo para considerarlo responsable y ciertamente como verdadero autor de los delitos que otros habían ejecutado materialmente. Como es sabido, Eichmann fue condenado a muerte y ejecutado.

Para Roxin, la única razón que puede fundamentar la conclusión de que Eichmann fue un verdadero autor y no un mero cómplice de los hechos criminales de los que era acusado en el proceso de Jerusalén, es considerarlo, de acuerdo con su teoría, no autor director, pero sí **autor mediato** de estos delitos, en la medida en que por su posición en el aparato de poder era un engranaje importante del mismo y controlaba, y por tanto dominaba, los hechos que ejecutaban otros.

Contra esta tesis se han formulado, desde luego, algunas objeciones de principio que aducen sobre todo que la figura de la autoría mediata, que ahora reconocen expresamente el Código penal alemán y el Código penal español, no es aplicable cuando el ejecutor material es plenamente responsable de lo que hace, sino sólo cuando éste es inimputable o ni siquiera actúa típica o antijurídicamente, es decir, cuando es un **simple instrumento** no responsable en manos del hombre de atrás que es realmente el autor (mediato) de lo que el autor inmediato realiza sin responsabilidad alguna o con una responsabilidad por lo menos disminuida. Aquí, por el contrario, los ejecutores materiales, sin excluir la posibilidad de que en algún caso concreto algunos actuaran en error de prohibición o coaccionados, son plenamente responsables e incluso cometían los hechos de forma absolutamente voluntaria, mostrando además muchas veces un alto grado de adhesión a la causa, entusiasmo o fanatismo, igual o mayor al de los superiores que les daban las órdenes.

Es ciertamente anómalo considerar como autoría mediata estos casos de

“autor tras el autor”, como los ha denominando otro teórico alemán, F.CH. Schroeder; pero Roxin le da a su tesis una convincente fundamentación que ha hecho que su posición no sólo haya sido aceptada por muchos otros autores que le han seguido tanto en Alemania como fuera, sino también por los Tribunales de otros países y, concretamente en Alemania, por su Tribunal Supremo que en una sentencia trascendental se sirvió de esta teoría para fundamentar la responsabilidad de los Altos Cargos del Gobierno de la antigua República Democrática Alemana por los disparos realizados en el Muro de Berlín por los Guardias Fronterizos contra las personas que intentaron pasar a la República Federal de Alemania.

También en Argentina la Corte Suprema se sirvió de esta teoría para fundamentar la condena de los Generales de la Dictadura que dirigieron y organizaron las ejecuciones y “desapariciones” de tantos miles de ciudadanos argentinos, por más que después una discutida Ley de Punto Final dejara sin efecto dichas condenas, que ahora vuelven a actualizarse con su reciente declaración de inconstitucionalidad por la Corte Suprema de este país. En este caso tampoco se puede decir que Videla o sus secuaces llevaran a cabo personalmente esos secuestros o los asesinatos que, sin duda, ejecutaron materialmente otros, pero, con una fundamentación o con otra, lo que nadie discute es que también deben ser considerados los principales responsables y, por tanto, también autores (mediatos o no) de tales hechos. Y lo mismo podría decirse de la responsabilidad del General Pinochet y de sus colaboradores por, entre otros cargos, los asesinatos y desapariciones de detenidos realizadas por la llamada “caravana de la muerte” tras el golpe de Estado en Chile en septiembre de 1973 que actualmente, tras el fracaso de su extradición a España, se está intentado determinar por la Justicia chilena.

Un ámbito de la criminalidad estatal (o paraestatal) en el que igualmente puede aplicarse la tesis de Roxin sin grandes problemas e incluso como una forma bastante fácil de resolver la imputación a título de autoría, es el “golpe de Estado” generalmente encuadrable en el delito de rebelión. Para ello no es preciso recabar ejemplos de la historia de otros países. La casuística española no sólo es muy amplia al respecto (cente-

nares de “golpes de Estado” más o menos relevantes han animado la escena política española durante los siglos XIX y XX, y la dictadura del general Franco que rigió España durante casi cuarenta años se originó en uno contra el Gobierno legítimo de la II República), sino que ha motivado, en los casos en que los rebeldes no consiguieron sus propósitos, importantes decisiones judiciales en las que siempre el problema principal consistía en determinar quiénes eran los principales responsables y, por tanto, verdaderos autores de los mismos. Normalmente, el delito de rebelión se da en el marco de un aparato de poder estatal tan marcadamente jerárquico como es la institución militar. También aquí hay, además de una estructura jerárquica que facilita el manejo del aparato de poder de los que están en la cúspide del mismo, una fungibilidad de los “meros ejecutores”, como los denomina el art. 480,2 del Código penal español, y una actuación de los mismos al margen de la legalidad o de los cauces previstos legalmente para conseguir los cambios políticos deseados. En la cúspide de la estructura jerárquica están generalmente los principales responsables, los que, ya a través de actos de conspiración, planean el golpe, deciden los detalles de su realización, el día y la hora del mismo, la estrategia a seguir, y los que, en el último momento, pueden abortarlo si las cosas no salen cómo pensaban. Después vienen, en inmediata conexión con los mismos, los encargados de poner en marcha el plan acordado, los “burócratas del golpe”, los que “sedujeren o allegaren tropas” en la terminología del art. 475, que se encargan de buscar fondos, ayuda y cobertura material y, al mismo tiempo, sirven de puente o de intermediarios con los jefes y oficiales que sacan las tropas a la calle, toman los sitios estratégicos, dan las órdenes de disparar, asesinar o detener a los miembros y principales representantes del Gobierno legítimo o simplemente a los ciudadanos que se opongan a sus propósitos. Y, naturalmente, al final del aparato de poder están los meros ejecutores, la masa anónima de suboficiales, soldados y civiles que, más o menos de buen grado y con mayor o menor coincidencia con las ideas que animan a los principales responsables de la rebelión, llevan a cabo las acciones armadas, se enfrentan directamente con las tropas leales al Gobierno

legítimo, realizan acciones de transporte, avituallamiento, intendencia, etc. Realmente se hace difícil distinguir en este conglomerado más o menos bien organizado de personas, con distintas contribuciones materiales en diferentes estadios y etapas temporales de realización del proyecto, quiénes son los verdaderos autores, y quiénes meros comparsas o actores secundarios.

El problema principal que se planteó en la STS de 22 abril de 1983, en la que se juzgó a los responsables del “Golpe de Estado del 23 de febrero de 1981”, fue precisamente la calificación de la conducta de algunos generales y jefes que intervinieron en la preparación del golpe y participaron en las reuniones previas decidiendo extremos importantes del mismo, pero no participaron luego directamente o no estuvieron presentes en el “alzamiento violento y público” que, según el art. 218 del anterior Código penal y el 472 del vigente, constituye la acción típica del delito de rebelión propiamente dicha. La sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de junio de 1982, que juzgó en primera instancia dichos hechos, había calificado la conducta de los citados militares de mera conspiración y, en consecuencia, les aplicó las penas inferiores en dos grados a las que aplicó a los que consideró autores. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que eran verdaderos autores de la rebelión misma, calificándolos, a la vista de los hechos probados, como piezas básicas del “organigrama ejecutivo” que controlaban no sólo las tropas que se alzaron, sino los contactos con otras personas, incluido el Rey. Así, por ejemplo, según el Tribunal Supremo, el General Torres Rojas fue quien dirigió de hecho los movimientos de la División Acorazada tras el asalto al Congreso. Y en lo que se refiere al General Armada Comyn (al parecer el “Elefante Blanco” al que se aludía en algunos documentos de los golpistas) el Tribunal Supremo afirma que “su nombre es citado como el de una pieza clave y decisiva”, razón por la que no lo considera mero conspirador sino “cabeza de la rebelión”, si bien, admite, su intervención material en el golpe se limitó formalmente a ofrecerse como mediador entre los que habían tomado el Palacio del Congreso de los Diputados cuando estaba celebrándose sesión plenaria (el Teniente Coronel Tejero

y el grupo de Guardias Civiles que le acompañaban) y el Rey. Este criterio coincide con la doctrina sentada ya por dicho Tribunal en sentencia de 18 marzo de 1935 en la que, para determinar quién era el jefe de un intento de golpe de Estado contra la República, se decía literalmente que “no es preciso que el caudillo insurgente se ponga al frente de una unidad o grupo rebelde, acreditándose por la organización en conjunto del movimiento y por las órdenes e instrucciones que dio a los jefes y oficiales comprometidos.”

Evidentemente, el delito de rebelión va normalmente precedido de una serie de actos, reuniones, contactos previos, negociaciones, etc., difícilmente encuadrables como tales y sin más aditamento de elementos materiales que puedan servir de prueba en los estrictos moldes de la autoría y la participación. Por eso mismo se recurre con frecuencia, en la praxis judicial y en la regulación legal de estos delitos, a las figuras de la conspiración, la proposición y la provocación que tienen aquí, precisamente por eso, su razón de ser y su justificación histórica (cfr. art. 477 del Código penal en relación con los arts. 17 y 18 del mismo cuerpo legal). Pero ello no excluye que, una vez que la rebelión llegue a materializarse, sea necesario determinar la responsabilidad de los verdaderos jefes y, por tanto, autores también en sentido estrictamente jurídico-dogmático de la misma. Recurrir para ello a las figuras de la inducción o la cooperación necesaria, como hizo la Corte Suprema argentina en el caso de los Generales de la Dictadura, por más que también permitan la aplicación de la pena de la autoría estricta, no sólo es una incorrección dogmática y una mala interpretación de la regulación legal de esta materia, sino una deformación de la verdad histórica y de la fenomenología peculiar de estos delitos.

La teoría de Roxin constituye, por tanto, un verdadero hallazgo dogmático que sirve para fundamentar –sin quebrantar y, más bien, confirmando el criterio material del dominio del hecho, que por lo menos en los delitos de dominio dolosos sirve de fundamento a la autoría– la autoría mediata de los que están detrás de los autores materiales o ejecutores de muchos de los delitos cometidos a través de organizaciones estatales o paraestatales de poder, porque normalmente se dan en ellos los requisi-

tos que Roxin exige para aplicar dicha teoría: la organización estructurada jerárquicamente del aparato de poder, la fungibilidad de los meros ejecutores y la actuación de los mismos al margen o incluso expresamente en contra de las normas jurídicas. La clave que, en todo caso, sirve –a mi juicio– para fundamentar en estos casos la autoría mediata de los que están detrás de los autores inmediatos o ejecutores materiales de los hechos, es la fungibilidad de éstos, ya que, en definitiva, se trata de personas carentes de autonomía que ni siquiera son conocidas personalmente por el que da las órdenes e incluso no tienen una relación directa con ellos. Se trata, pues, de meros ejecutores anónimos que si, por cualquier motivo, no quieren o no pueden realizar en el caso concreto el hecho que se les ordena, pueden ser sustituidos por otros, sin que por eso fracase el resultado final, que dominan otros, sean éstos Eichmann, Hitler, Videla, Pinochet, el “Elefante Blanco” o el Sr. X de cualquier aparato de poder que se forme desde las entrañas de las propias instituciones estatales para llevar a cabo actividades delictivas totalmente al margen de las normas legales y terminar cometiendo los crímenes mas horrosos e inhumanos de cuantos ha conocido la Humanidad.

En última instancia, la teoría que aquí se ha expuesto, o a cualquier otra que con el mismo nivel de argumentación jurídica se utilice, no pretende otra cosa que evitar la “impunidad” y conseguir que el brazo de la Ley y de la Justicia alcance también a los poderosos y a los que sirviéndose de las estructuras del aparato de poder estatal deciden, planifican y controlan la ejecución de crímenes horribles, de cuya responsabilidad pretenden luego evadirse aparentando no saber nada, no haber visto nada y sobre todo no haber manchado nunca sus manos con la sangre de los inocentes.

Mesa:

Nuevas perspectivas en torno a las leyes de adopción

Tensión entre el derecho a la identidad y el mercadeo de niños

Nara Osés

Defensora de los Derechos de Niños y Adolescentes de Neuquén.



El propósito de esta presentación es reflexionar, a través de una experiencia local, acerca de la posibilidad de utilizar las construcciones jurídicas, psicológicas y sociales del derecho a la identidad de los niños para frenar el tráfico interno, su puesta en el mercado, su mercadeo.

En el mes de mayo de 2003, la Defensoría de los Derechos del Niño en la que me desempeño, junto a profesionales pediatras del Equipo de Asistencia al Maltrato Infantil del Hospital Regional Neuquén, pusimos en evidencia pública, en nuestra comunidad, la aceptación judicial y de sectores de la comunidad de las entregas de niños para su adopción, como fruto de acuerdos económicos de partes desiguales. Situación que en el país se denomina “la guarda puesta”, “el padre puesto”, o que se ilustra en el noreste del país con la descripción del abogado “busca panza”; en síntesis, la forma del “tráfico interno de niños a través de medios ilícitos”. Las definiciones de tráfico de menores y de medios ilícitos surgen de la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, aprobada por la ley 27559. “Tráfico internacional de menores” significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos; “propósitos ilícitos” incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se halle localizado; y “medios ilícitos” incluye, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres...”

1- La aceptación judicial. El caso había ocurrido en mayo de 2002 y tiene al menos dos componentes para analizar: la apertura del trámite, previa al nacimiento, y el acuerdo de partes desiguales.

Se presenta una joven embarazada, cercana a la fecha de parto, con un matrimonio a quien ha decidido entregar su hijo por nacer. La Defensoría se opone a la apertura de un trámite de esta naturaleza, fundando la objeción en legislación provincial, la ley de protección de la niñez y la adolescencia, ley 2302, consecuencia de la Convención de los Derechos

que circunscribe la apertura de la jurisdicción “a la amenaza o violación de los derechos del niño o adolescente”. Previo al nacimiento no aparecían tales supuestos, nada hacía suponer que se vulneraría la integridad del niño por nacer, ni tampoco su derecho a la identidad. Por el contrario, temíamos que, como ya había ocurrido con anterioridad, la apertura de este trámite transformara en imposible la tarea de los equipos de salud destinados a vincular a la madre y su hijo. A pesar de nuestra objeción el expediente se inició y, pocos días después, al nacer la niña, el matrimonio fue autorizado a vincularse con la misma dentro del Hospital.

En el primer informe psicológico de la madre, aún embarazada, surge que recibe ayuda económica de quienes desean recibir su niño, de quienes sólo conoce sus nombres de pila. Luego, la segunda psicóloga actuante, quien ya nacida la niña entrevista a los aspirantes, describe a la pareja como efectuando un mero trámite. Finalmente la joven, frente a la Jueza, reconoce que mintió en la primera declaración referida a las razones históricas y familiares que la llevaron a elegir la pareja preadoptante. Surgen del expediente que hubo “contactos” para presentar a la madre con la pareja.

La Defensoría pide entonces que la niña sea incorporada a la familia de los siguientes aspirantes del Registro de Adoptantes, por considerar que esos acuerdos entre “contactos” por una parte, y entre la madre y la pareja, importaban un inicio del vínculo filial cargado de irregularidades, de “secretos” que no se podrían decir en el futuro, que la salud psíquica de esta niña, como derecho, no se respetaba, ya que este silencio o las mentiras que se instalarían respecto del modo de encontrarse la pareja con ella no tienen en cuenta el impacto que existirá en la niña al conocer su realidad biológica.

La sentencia de primera instancia consideró que si bien es necesario escuchar y valorar la decisión de la madre y de su representante legal de entregar a la niña en adopción a la pareja elegida, tal decisión no obliga a la Jueza actuante a efectivizar tal entrega, y que de las actuaciones no surgía el convencimiento íntimo de la madre al momento de elegir la pareja que adoptará su niña, ya que no los conocía. Decide entonces la jueza convocar a los aspirantes el Registro de Adopción.

La pareja y la madre apelan la resolución; la Sala de la Cámara Civil revocó la sentencia de primera instancia, admitiendo que la madre joven había mentido, que no se conocía cuál era el vínculo entre la madre y la pareja, pero que le asiste a la madre un derecho constitucional y natural a decidir el destino de su hija, por lo que en esa misma resolución se decide que la niña era entregada en guarda preadoptiva a la pareja solicitante, y la entrega de la niña se realiza de modo inmediato, previo a notificarse la resolución a la Defensoría.

La sentencia dejó sin tratamiento puntos llevados a su consideración, en especial el modo de llegar a un acuerdo entre la madre y los aspirantes, y la ayuda económica que se se había efectuado. Quedaron serios interrogantes acerca de cuál es el derecho constitucional y natural de las madres para entregar a su hijo a cierta familia. Qué es el niño para los jueces, objeto de este acuerdo, considerado como propiedad de la madre. Y cuál es el rol del Estado, de la Justicia, en la legitimación de acuerdos referidos a personas. Tampoco se dio respuesta a preguntas que planteamos a los jueces de Cámara, como ¿Qué significará en la vida de esta niña conocer este modo de acuerdos para lograr su abandono? ¿Sabrá lo que ocurrió? ¿Habrán secretos? ¿Habrán mentiras? ¿Cómo medir esta herida que dificultará, si no impedirá, la reparación del abandono que debe importar la adopción? ¿Cómo evaluar estas prácticas en los contextos de pobreza? ¿No se asemejan la libertad de “conectar” un niño con la libertad de conseguir un “objeto” bajo las leyes del mercado, o de la libre oferta y la demanda?

2- Los mecanismos sociales de aceptación. El caso databa de diciembre de 2002 y lo llamé “Del modo en el que se conectan madres embarazadas y personas que aspiran a recibir un hijo”. El Equipo de Maltrato y Abuso Sexual del Hospital Castro Rendón presentó en la Defensoría a una mujer joven, embarazada, que pretendía denunciar que en una dependencia judicial se le sugirió dar a su futuro hijo a un matrimonio conocido, desestimándose el sistema del Registro de Adoptantes, y que luego apareció en su casa, una pareja, que la visitó en varias oportunidades para interrogarla acerca de la entrega del niño por nacer. En esa y en otras dos ocasiones se la

acompañó a denunciar los diálogos con la pareja interesada y con un presunto abogado que le enseñaría qué decir en el Juzgado al momento de entregar a su futuro niño. Luego, más adentrado el embarazo, denunció ante el equipo tratante la forma en la que se le acercaron profesionales de ámbitos del Poder Ejecutivo. El equipo tratante iba conociendo la desesperación con la que los aspirantes presionaban a la madre. Todo se documentó.

Si alguna duda nos quedaba, tras trabajar en el primer caso, estas descaradas descripciones de los diálogos entre “las partes” evidenciaban el escaso valor que en sectores de la comunidad se otorga a un niño como sujeto.

La discusión pública que generamos en diversos espacios, como la legislatura provincial, la universidad y los medios gráficos de comunicación, buscaba evidenciar el grado de respeto y garantía de los derechos de los niños, así cómo influir en las decisiones de los jueces. Por ello presentamos un encuadre jurídico que acompañara el diagnóstico de los hechos. La descripción de los hechos fue acompañada de un panorama de la pobreza provincial, de la maternidad de jóvenes adolescentes, situaciones sociales fundamentales para comprender el forzamiento de los acuerdos entre partes desiguales.

3- El contexto jurídico: el derecho constitucional de niños. La Convención de los Derechos del Niño y la reciente ley Nacional de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, ley 26061, conforman un marco garantizador de los derechos de los niños y los adolescentes y son la fuente de la nueva doctrina del derecho de niños. Los derechos de los niños, la concepción del niño como sujeto de derechos, es un avance tan importante como lo fue la emancipación jurídica de las mujeres. Concebir a los niños como sujetos, garantizar en la práctica la nueva condición jurídica, es parte de un proceso en el que estamos transitando, y el tema de los derechos de los niños en situación de vulnerabilidad, tal que pueda desencadenarse su abandono y posterior adopción, es un tema emblemático porque al analizarlo aparecen otros sujetos activos: los posibles adoptantes.

Uno de los principios fundamentales de la Convención es el interés superior del niño, definido como la máxima satisfacción integral y simultánea de

sus derechos, de acuerdo al artículo 3 de la ley 26061 de Protección Integral.

Estamos frente a una pauta objetiva de interpretación, ya que los derechos a satisfacer son los previstos en la Convención y en la Ley nacional.

La segunda pauta objetiva de interpretación es el final del artículo 3, ya citado, que dice que frente a un conflicto entre los derechos e intereses del niño y el igual legítimo derecho o interés de un adulto, se debe priorizar a los primeros.

¿Qué derecho constitucional de un niño se encuentra en juego, en cuestión, cuando su madre decide que lo entregará para su adopción? El primero, el derecho a preservar su identidad. El derecho a su identidad implica que se respete su nombre, su nacionalidad, su cultura, es decir su historia. La identidad como derecho integral, no es sólo conocer la realidad biológica (de acuerdo al artículo 328 del Código Civil el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad). La realidad biológica es un elemento de la identidad, un elemento de la historia propia, al que se deben integrar las respuestas a interrogantes como, “¿quién soy?, ¿de dónde vengo?, ¿quiénes me pusieron en el mundo?”¹ A estas preguntas, Eva Giberti agrega “ese sí mismo está sostenido por el espacio y en el tiempo, sólo puede asumirse como algo propio, algo en lo cual se reconoce como quien es, si tiene la posibilidad que ese espacio y ese tiempo correspondan a la historia de vida”.

Quisiera ahora exponer una concepción particular de identidad. Para el pueblo mapuche, pueblo originario que habita en la Patagonia, el origen y la identidad de la persona se definen a partir del origen geográfico y el entorno del cual surgen, *tuwun*. Ese punto geográfico, “el paraje o la zona, posee características, fuerzas, que inciden en la personalidad y el carácter del sujeto. Junto al lugar de donde se es uno mismo, adquiere gran trascendencia la raíz familiar, *Kvpalme*. Tanto el espacio físico como los ancestros ligan a la persona a la biodiversidad que los rodea, y a esa raíz vuelven al morir.”²

Retomando el análisis de los derechos en juego en las situaciones planteadas, cuando la madre o los padres deciden dar a su hijo en adopción

surge una tensión entre el derecho a la identidad de ese niño y su derecho a sobrevivir y desarrollarse integralmente³ en una familia que lo desee. Si el Estado, en nuestro caso la autoridad judicial, decide que el abandono de los progenitores ponen en riesgo su vida, su salud, debe procurar una reparación de ese dolor que implica el abandono; la reparación será una adopción que le garantice el derecho de vivir en familia y también un reencontro verdadero con su identidad, con su historia. Toda adopción que no garantice el respeto al encuentro cierto con la historia del niño, no reparará aquella primera herida, no devolverá los trozos o partes que sobrevivieron de aquella inicial vulneración del derecho a la identidad.

Así, la única forma transparente que tiene el Estado para garantizarle a un niño –mañana adolescente y luego adulto– que reencontrará la verdad de su historia será que su comunidad de ciudadanos hizo lo que estaba a su alcance.

Por ello, desde el derecho constitucional de los niños, no es posible aceptar los acuerdos entre partes –progenitores, futuros adoptantes, contactos– para decidir que un niño permanezca en una familia, salvo que esa circunstancia sea, por alguna especial situación, más garantizadora del derecho a la identidad que la alternativa del Registro⁴. Los ejemplos serían que quienes entregan a su hijo pudieran sostener posteriormente con él vínculos afectivos, o que el niño fuese criado por una familia de su cultura originaria, o que sea cuidado por quienes ya están cuidando a sus hermanos.

La posición descripta discrepa con quienes sostienen que la madre que abandona ejerce un derecho (en la sentencia de Cámara del primer caso que se comentó, los jueces se refieren a “un derecho constitucional, y hasta de orden natural”, aunque sin explicarlo), una facultad, que surgiría de los artículos 274 y 383 de Código Civil. El primero dispone que los hijos puedan vivir en la casa de los padres o “en aquellas que éstos le hubieren asignado”; el segundo autoriza a los padres a designar tutor a los hijos para el caso del fallecimiento. Como enseña Stella Maris Biocca⁵, “los supuestos son distintos, en el caso del artículo 274 se trata de una autorización temporaria, sin desligarse de las obligaciones de la patria potestad, sin abdicar de ella; en el caso del artículo 383, se trataría

de una ultra actividad de la patria potestad, una protección que el proge-nitor prevé para el caso inevitable de la muerte. Quien entrega en adop-ción a su hijo no ejercita la patria potestad, ya que la misma es irrenun-ciable, más bien se abdica de la patria potestad. Salvo que se adhiera a la vieja concepción de la patria potestad como derechos sobre los hijos, si no cuál sería el derecho al elegir quienes serán los padres del niño.

4- El deber del Estado y de la comunidad. Las acciones del mundo adulto. Para que los niños no sean puestos en una suerte de mercado de oferta y demanda es necesario trabajar en la discusión pública, en la información acerca del daño individual que se ocasiona, en la concienti-zación social. Pero además el Estado debe asumir la responsabilidad de intervenir en estas situaciones de modo claro, transparente y contundente.

En el año 2002, en el seno del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, se conformó una Comisión de Notables, integrada por Eva Giber-ti, Stella Maris Bicoca y Juan Carlos Fugaretta, con la finalidad de favorecer el mejor funcionamiento del sistema de adopción, previniendo en particu-lar todo intento que favorezca el tráfico de niños. En el diagnóstico elabora-do se plantea que es necesario considerar que existe un importante sector de la población –madres solas, adolescentes y en grado de pobreza extrema– en un alto nivel de vulnerabilidad, que facilita la implementación de mecanis-mos ilícitos, enmascarados bajo la apariencia de brindar un espacio de fami-lia, “el denominado tráfico interno, mediante el cual algunas provincias se han convertido en proveedoras de otras, en función de las mejores condicio-nes socio económicas de los habitantes de estas últimas”.

¿Qué le corresponde a la comunidad, obligada en la Convención a garantizar los derechos de los niños, como primera tarea? ¿Transparen-tar las adopciones o generar políticas públicas generales que intenten evi-tar el abandono materno? La normativa para cumplir con la segunda alternativa existe: se trata de la previsión del artículo 75, inciso 23, segun-do párrafo de la Constitución Nacional, que establece que corresponde al Congreso “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta

la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.” Si lográramos que ese seguro se implementara se podría trabajar en la prevención de los abandonos de niños. La cuestión presupuestaria que ello implicaría debiese ser prioritaria, ya que la ley nacional de protección establece en su artículo 5 que “en la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen”.

Respecto de la primer alternativa, es decir la de garantizar la transparencia del procedimiento de la adopción, tiene una cabal importancia el decreto del Poder Ejecutivo Nacional número 383/05 que crea el Registro único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos, concretándose así lo dispuesto en el artículo 2 de la ley de adopción: “las autoridades de aplicación organizarán en el orden nacional y provincial un Registro Único de Aspirantes a la Adopción, cuyo funcionamiento se coordinará mediante convenios”. Ese registro único administrará la información de las inscripciones ante las autoridades respectivas y estará a cargo de una Dirección Nacional.

Desde nuestra experiencia regional, sabemos de la importancia de que se respete el orden de las inscripciones para evitar que aspirantes que se anoten en el registro conecten madres que entregarán a sus hijos por fuera del registro, y entonces sólo se lo utilice como un paso formal. En la ciudad de General Roca, el matrimonio Lara-Salgado, inscripto en el registro de adoptantes, denunció que la autoridad judicial responsable avalaba acuerdos de entrega de niños mientras los aspirantes estuviesen inscriptos en el registro. El informe de la Comisión de notables que mencioné advierte que los intermediadores se aprovechan de la alteración en la convocatoria del orden del registro, por ello propone que ese orden sólo se afecte en respeto del interés superior del niño. Es que cabe aquí el dicho popular que expresa “hecha la ley, hecha la trampa”.

5- El resultado de la discusión pública en Neuquén. El impacto de la discusión que generamos en nuestra comunidad fue importante. El Defensor del Tribunal de Justicia, Dr. Alejandro Gavernet, propició reunio-

nes de funcionarios y magistrados y elaboró un reglamento para el registro de adoptantes que fue aprobado por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, en diciembre del año 2003⁶. El artículo 23 del reglamento dispone que los Jueces al utilizar el registro respetarán la prelación del orden de los aspirantes inscriptos en él. Sólo podrán apartarse del orden de preferencia con carácter restrictivo y, fundamentalmente, valorando el interés del niño en los siguientes supuestos: cuando se trate de hermanos, cuando se trate de niños con capacidades especiales, cuando la guarda fuese solicitada por miembros de la familia extensa, cuando la identidad cultural del niño así lo justifique.

Con ese respaldo legal, en la jurisdicción de Junín de los Andes, tres niños mapuches fueron entregados en adopción a familias mapuches, a partir de la intervención de la Coordinadora de Organizaciones Mapuches, el Defensor de los Derechos del Niño y la Trabajadora Social del Juzgado.

En la legislatura provincial, en el mes de octubre, el Diputado Rojas ha presentado un proyecto de ley para reglamentar el registro de adoptantes que sostiene el respeto del orden de prioridad de los inscriptos en ese registro, previendo entre las excepciones la pertenencia a una cultura originaria.

A modo de conclusión. Las normas que se deciden aplicar para resolver una situación de entrega directa, es decir la respuesta jurídica, son posteriores a la visión que del status de los niños tiene el operador del derecho o que de los derechos constitucionales tiene el operador del derecho. La concepción social del niño sujeto de derechos es un proceso que estamos transitando y que nos necesita activos, militantes. Es preciso y urgente profundizar las discusiones jurídicas, políticas y éticas respecto al lugar en el que se coloca a un niño cuando se piensa en su adopción. Mirta Colipán, referente del pueblo mapuche en el camino de conservar la identidad de los niños, explica el trascendente momento en el que comprendieron que estaban defendiendo los recursos naturales y su territorio pero no habían evaluado, como estrategia comunitaria, el modo de evitar el éxodo de sus niños.

Nosotros, adultos que trabajamos en defensa de los derechos de los niños, podríamos hacernos una pregunta en ese sentido: ¿de qué modo

frenamos el tráfico interno de niños, tan envuelto en buenas intenciones, tan vulnerador de la identidad, de la justicia y de la libertad?

Si entendemos que la Convención y la ley provincial de protección de los derechos de la Niñez y la Adolescencia son un proyecto de sociedad participativa, tolerante y democrática, que cumpliéndolas garantizamos derechos de ciudadanos y no de incapaces, nuestras respuestas jurídicas desafiarán el statu quo, porque los niños nos desafían a todos, nos urgen, nos comprometen, nos necesitan cuestionadores, creativos, atentos y, en especial, deseosos de justicia.

NOTAS

1- Eva Giberti. Taller regional por el derecho a la identidad de niños y adolescentes en el MERCOSUR, septiembre 2000-cita de Stella Maris Bicoca-Derecho Internacional Privado-Editorial Lajoune, tomo 1, pág. 368.

2- “Derecho a la identidad-Pueblo Mapuche”, trabajo presentado por Celia Ester Biondo en Jornadas Patagónicas de Minoridad y Familia, Caleta Olivia, 2002.

3- art.6 de la Convención de los Derechos del Niño y 11 de la Ley 2.302

4- De la sentencia de Cámara en expte. 682-CA.

5- *Derecho Internacional Privado*. Editorial Lajouane, Buenos Aires 2004, Tomo 1, página 371.

6- Acuerdo 3740.

César San Juan

Ex abogado del Servicio Solidario de Defensoría de Menores del MEDH.



Agradezco la oportunidad de volcar el conocimiento y experiencia recogida en esta materia que se me brinda a través de este coloquio. Deseo enfocar la exposición desde la perspectiva que aporta el cruce entre el tema de la adopción y la protección de los derechos humanos. Es la perspectiva con que trabajábamos este tema en el Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos (MEDH) cuando teníamos un programa de defensoría de menores que, principalmente, estaba destinado a auspiciar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de los tribunales nacionales.

Se comenzó aquella tarea en los años noventa, a poco tiempo de haberse ratificado la Convención por la Argentina. El área principal de trabajo estaba centrada en la defensa de niños en conflicto con la ley pero, al poco tiempo, también pudimos advertir por consultas que recibíamos que ese ejercicio de la autoridad amplísimo, no sujeto a formalidades, que tenían los jueces en sus intervenciones de carácter tutelar, tenía lugar no sólo en el tipo de casos indicados, sino también en aquellos caratulados como protecciones de personas, que la justicia civil de la Ciudad de Buenos Aires practicaba respecto de familias, en general pobres, a los que una intervención tutelar les separaba de sus hijos. Según vimos, también, no era infrecuente que estas decisiones derivaran en la entrega de esos niños en adopción, sobre todo cuando se trataba de lactantes, puesto que éstos se hallan dentro de aquella franja etárea sobre la que se enfocan, principalmente, las expectativas de las personas que procuran la obtención de niños para adoptar.

En ese ámbito se desarrollaba nuestra tarea que era, por cierto, bastante complicada, atento a un conjunto de causas. En varios casos que llevamos se pudo observar que en la gestión de la adopción se verificaba la presencia de agencias que cooperaban con el Poder Judicial y que presentaban la modalidad de atender, por así decirlo, en dos ventanillas: mediante una de éstas ofrecían y brindaban asistencia a las personas que expresaban dificultades para contener a sus hijos; mientras que por la otra, asesoraban a personas que se hallaban en procura de un niño para adoptar. Su dinámica de trabajo comprendía el criterio de presentar una carpeta completa de antecedentes de familias adoptantes allí donde juzgaban que el vínculo biológico de las personas a las que se hallaban asistiendo, no era viable por algún motivo y en virtud de decisiones que se tomaban en el seno de sus equipos técnicos; con lo cual, era frecuente que estas familias se encontraran, de repente, no sólo separadas de sus hijos, sino que, cuando iban a tribunales a reclamar por ellos, se los enteraba de que aquellos habían sido entregados en guarda “simple” a una familia.

Sin embargo, a la guarda simple que tenía esa familia al poco tiempo la transformaban en una guarda con fines de adopción, operándose por ese

medio un cambio solamente semántico puesto que la intención de adoptar se hallaba clara desde el primer momento de su intervención en el caso.

Entonces había que empezar una ardua tarea destinada a recuperar los hijos para sus padres biológicos que se desarrollaba en condiciones de gran desigualdad. En general, nuestra intervención tenía comienzo en esta etapa, pues la familia biológica, luego de haber pasado ya por una serie de experiencias desalentadoras, rotos completamente los lazos de confianza con la agencia y los tribunales, a los que había visto actuar de manera mancomunada para consagrar el estado de cosas que tenían ante sí, acababa por comprender que tenía intereses diferenciados con estas instituciones y salían en busca de asesoramiento jurídico.

A las medidas destinadas a obtener visitas que, como primeros auxilios, se solicitaban para lo inmediato y con el objeto de evitar que los padres perdieran todo contacto con sus hijos mientras se tramitaba la restitución, se respondía defiriendo la resolución hasta después de contar con informes periciales de carácter psicológico.

Es interesante señalar que, al tomar una decisión de este tipo, jamás se entraba en consideraciones relativas tanto a la legitimidad de origen como a la legitimidad del mantenimiento de la medida de restricción de derechos que implicaba la puesta de los niños a disposición judicial y, eventualmente también, la separación de sus padres. En cambio, generalmente de modo implícito y en ocasiones explícitamente, se apeló siempre a la noción del interés superior del niño, entendido éste como justificación de la idea según la cual, al dictar resolución, debe atenderse de manera excluyente a aquella alternativa que mejor podría favorecer el potencial de desarrollo del niño como persona, lo que tiene la implicancia de eliminar toda estimación que introduzca en el caso la especial jerarquía del vínculo biológico y, consecuentemente, la operatividad de la regla que ordena al Estado ejecutar acciones tendientes a la preservación del mismo.

Aquellos informes psicológicos, por otra parte, no eran sencillos de sobrellevar para los padres, en virtud de todo un conjunto de circunstancias tales como el tiempo que demanda su realización sumado a la angustia creada por la expectativa. Por otra parte, el rechazo de un pedi-

do de restitución inmediata, cuando tal decisión se impone según el sentido común, permite intuir un desenlace desfavorable y vuelve más penoso el tránsito por la medida pericial, en la cual se depositan, por lo que se ha dicho, muy pocas esperanzas. Todo ello lleva a un progresivo desgaste en la familia biológica del niño.

Finalmente, cuando llegaba el tiempo de hacer un pedido de restitución, luego de evaluadas las pruebas y transcurrido todo el tiempo que demandaba su realización, quedábamos encerrados en la regla del mantenimiento del *statu quo* mediante pericias psicológicas que afirmaban, con base en el interés superior del niño, que cualquier cambio tendría un efecto traumático, motivo por el cual concluían en propiciar el mantenimiento de las cosas tal como estaban, de modo que el tiempo iba haciendo sólo su trabajo.

LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE ADOPCIÓN

A lo largo de esta tarea y en la investigación destinada a fortalecernos para enfrentar estas dificultades, tomé conocimiento de un fallo de la Corte que querría recordar en este momento: se trata de un fallo del año 1973, el fallo *Treviranus* (cf. CSJN, “*Treviranus, Mónica Alejandra s- adopción*”, 13 de abril de 1973).

Pese a que tuvo una vigencia de apenas dos (2) años, ya que en 1975, con otra composición, el mismo Tribunal modificó la doctrina que allí se había fijado, su mención me parece importante porque, por primera vez, la Corte asumió la cuestión de las asimetrías de poder que se juegan dentro de las relaciones de adopción. El fallo presenta un razonamiento formal, en el que se pone de relieve un aspecto tan importante, como frecuentemente relegado en las consideraciones que acompañan a las decisiones en el proceso de adopción, como es el hecho de que los padres biológicos son titulares de derechos, así como las importantes consecuencias que de allí se derivan.

En concreto, en el fallo *Treviranus*, la Corte señaló que, en el caso de los padres biológicos no privados de la patria potestad por sentencia

firme, su citación al juicio sólo puede tener el sentido de escucharles a los fines de que manifiesten si están de acuerdo con la adopción, en cuyo caso, será el juez quien decida lo que es más conveniente para el niño.

Pero en el supuesto de que la respuesta de éstos fuera negativa, afirma, no es posible admitir la procedencia de la adopción. Tal proposición se sustenta en la existencia del límite dado por la posición jurídica de los padres, en tanto titulares del conjunto de derechos y deberes que integran la patria potestad, posición ésta que no podría ser removida por los jueces sino por aquellos motivos que las leyes han establecido, tales como cuando exponen o abandonan a sus hijos, cuando les dan consejos inmorales, los colocan “dolosamente” en peligro material o moral (el encomillado es original del fallo de la Corte) o cuando son delincuentes profesionales o peligrosos (con cita de los arts. 307 y 308 del Código Civil vigente a la fecha del fallo: 13 de abril de 1073). Ese límite no podría ser franqueado, por tanto, en virtud de razones de mera conveniencia, pues ello importa vulnerar gravemente el más fuerte de los lazos que puede vincular a dos seres humanos, cual es el surgido del hecho de la procreación, haciendo posible que, por encima de toda consideración de índole ética, la mejor posición económica, la mayor cultura, la mejor educación o bondad de los adoptantes, puedan ser considerados motivos valederos para privar a los padres del derecho y de la obligación de criar a sus hijos y educarlos, tal como lo expresa el Código Civil (cf. art. 265), conforme a su condición y fortuna.

En el voto concurrente del Dr. Marco Aurelio Risolía a las consideraciones vertidas, se agrega que el criterio impugnado tendría la consecuencia de que la facultad de crianza y educación de los hijos resultaría así transferida a los magistrados, situándose el ordenamiento en una pendiente peligrosa, señala, que podría acercar a concepciones repugnantes a la esencia de nuestro régimen constitucional, donde se asignen al Estado funciones que sólo le competen subsidiariamente.

Además, según la Corte, tal solución importaría consagrar para los padres, una suerte de pena de inhabilitación, sin rehabilitación posible, que vendría a imponerse a éstos, no obstante su extrema gravedad, sin

previa prueba de infracción que alcance a justificarla, de modo que tal imposición resultaría a todas luces una violación de lo que dispone el art. 18 de la Constitución Nacional.

Como se ha señalado con anterioridad, dos años después, en 1975, la Corte trató otro caso de adopción, en el cual hizo referencia al fallo *Treviranus*, designándolo con nombre y apellido, para señalar que “esta Corte no comparte el criterio sustentado por el Tribunal en su anterior composición, expresado en Fallos 285:279, en el sentido de que sólo mediando pérdida de la patria potestad puede admitirse la solicitud de adopción cuando existe oposición de los padres ...” (cf. CSJN, “Domínguez, Raúl y otra s-adopción, 28 de octubre de 1975).

En tono crítico, señaló que la exigencia de recabar previamente la conformidad de los padres no se hallaba prevista en la ley. Aunque tal cosa era cierta, las razones que esgrimió la Corte para sostener aquella proposición radicaban en el juego de las disposiciones del ordenamiento jurídico y, en particular, en el régimen de la patria potestad. Según éste, los padres biológicos pueden ser privados de los derechos que integran este instituto, previo juicio y sentencia en el que se invoquen y prueben algunas de las causales taxativamente fijadas por el legislador para justificar tal consecuencia.

Esta nueva sentencia, a mi juicio, no rebatió las argumentaciones del fallo anterior, limitándose a señalar que no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, factor de apreciación ineludible para los jueces.

De tal manera, se dio un giro de 180 grados para regresar a una posición semejante a la actual en que se reclama esclarecer en qué consiste el interés superior del niño en el derecho argentino y cómo debería jugar ese criterio rector dentro del juicio de adopción.

El caso *Treviranus* nos muestra una perspectiva novedosa que no se ha vuelto a repetir por la Corte. Entre otras cosas, me parece que esto invita a la necesidad de reflexionar sobre las razones por las que la sociedad tiene una mirada tan sesgada sobre las cuestiones que involucra la adopción. Creo que todos somos testigos de esto; en general, la adopción

se presenta desde una perspectiva candorosa, enfocada como una realidad que remite, exclusivamente, a la protección de la niñez desamparada; pero en ningún momento se hace referencia a esta institución en el aspecto polémico y conflictivo que nos ofrecen las controversias entre familia biológica y familia adoptante, que son más frecuentes de lo que comúnmente se cree y que se hallan cruzadas por las diferencias de clase y el abuso de poder que tiene lugar muchas veces por ese motivo.

LA REELABORACIÓN CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Pero he planteado aquí el tratamiento de esta materia desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos y, vale remarcarlo, esa perspectiva conlleva una suerte de rebeldía contra todo orden social desigual que se encuentre establecido sobre la base de una mera facticidad no informada por criterios éticos. De tal manera, considero que el tema del interés superior del niño aplicado a la adopción necesita de una reelaboración conceptual que permita incorporar la perspectiva arriba indicada que permanece en la penumbra, de modo que un criterio rector que, habiendo nacido de las entrañas mismas del movimiento de derechos humanos, no opere en la realidad a favor de un comportamiento institucional montado sobre criterios discriminatorios basados en la pertenencia a determinada clase social.

En lo personal, no soy tan optimista acerca de las posibilidades de atender a este problema a través de nuevas formulaciones que podamos dar a la ley pues, en definitiva, si tales formulaciones no son luego aplicadas por los jueces, rápidamente se regresa, una vez más, al punto de partida, sin haber transformado nada. Actualmente, desde mi actividad profesional, puedo observar que no es excepcional que los jueces apliquen el criterio del interés superior del niño con deliberado desconocimiento de las situaciones precedentes en las que, ocasionalmente, el origen de una adopción puede hallarse manchado por el aprovechamiento de debilidades circunstanciales o estructurales de la familia biológica.

Así, no deberíamos considerar extraordinario para el paisaje de la República Argentina, que una familia adoptante “gane” rápidamente la posición dominante que representa la guarda de un niño recién nacido, empezando a construir un statu quo que luego es cada vez más difícil de revertir, echándose así las bases sobre las que se consolidará un vínculo adoptivo. En ciertos casos en que las cosas ocurren de este modo, las decisiones judiciales suelen volver la espalda al abuso de poder que se halla en el origen de la guarda del niño y luego, el juicio comparativo entre una y otra familia (evitando siempre que dicha comparación sea directa y pueda reflejarse entonces en términos ofensivos) y la valoración del tiempo transcurrido, conformarán las premisas de una decisión judicial en cuyo vértice se podrá ver brillar el interés superior del niño con la correspondiente cita del art. 3 de la homónima convención.

Mucha gente, que tiene una visión crítica como la que estoy planteando, ha desarrollado un sentimiento de rechazo hacia el principio del interés superior del niño, al que es visto como una herramienta que en muchos casos redundo en agresión a los derechos humanos, antes que a su afianzamiento y protección. Sin embargo, creo que es posible trabajar mejor ese concepto y, en este sentido, tal como fue señalado más arriba, me inclino más por las posibilidades de buscar la salida al problema mediante la investigación jurídica antes que mediante la reformulación de contenidos normativos.

La realidad permite observar que se trata de un concepto –que tal como ocurre ocasionalmente con otros conceptos jurídicos que en su aplicación práctica se ven aislados del contexto normativo en que fueron dados a luz o de aquél que los envuelve dentro de la sistemática del ordenamiento en el que rigen– frecuentemente presa de interpretaciones subjetivas en las que, al amparo de todo elemento intersubjetivo de fundamentación, no debería extrañar que concluya por constituir la expresión del catálogo más acabado de prejuicios sociales discriminatorios.

Hace poco tiempo, la Corte Suprema dictó un nuevo fallo en un caso de adopción; fue el 2 de agosto de este año. Es aquí anecdótico considerar qué decidió y qué circunstancias fácticas la llevaron a resolver como lo hizo,

puesto que si bien no abordó el tema con una profundidad que responda a las expectativas de quienes tenemos preocupaciones como las que se han expuesto, los criterios vertidos en la sentencia no conforman una contribución alentadora para la atención del problema planteado. También desconocemos con precisión los términos del fallo que fue revocado en esta ocasión, porque cuando se leen las sentencias se recibe información acerca de lo que el tribunal superior extracta de la sentencia del inferior, sin acceder a esta última. No obstante, vamos a conceder crédito a lo que dice ahí la Corte en este caso, en que revocó un fallo de la Suprema Corte bonaerense que ordenaba la restitución de una niña a sus padres biológicos, rechazando una adopción. Para ello, invocó un criterio que sostendría una suerte de intangibilidad de los vínculos biológicos. Entonces lo que la Corte hace es tachar ese criterio y afirmar que no se puede administrar justicia en este tipo de cuestiones sobre la base de fórmulas hechas previamente. Estamos obligados, por el contrario, dijo la Corte, a considerar el interés superior del niño y esto implica atender a las circunstancias de hecho que están rodando este caso. De manera tal que por ese motivo la Corte revocó la decisión de la Suprema Corte bonaerense.

Pero me parece interesante ver de qué manera –dado que es la Corte nueva, con la nueva composición– enfocó este tema del interés superior que tantas preocupaciones nos trae. Dentro de este análisis hallamos una diferencia de matices relevante entre el voto de la mayoría y uno de los votos separados, que quiero poner de relieve.

Según el voto de la mayoría: “el interés superior del niño tiene dos funciones: es una pauta de decisión ante conflictos de intereses y es un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. Y dice después: “es un parámetro objetivo, que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos”. Como se puede ver, se trata de una formulación tautológica que no nos aporta mucho y que, por ello mismo, nos lleva a sospechar que la Corte esté viendo el problema social que tenemos y de qué manera una concepción tan abstracta del interés superior del niño, en definitiva, lo que hace, es permitir que operen las

relaciones de fuerza asimétricas que hay en la sociedad. De manera tal que este voto de la mayoría no resulta para nada auspicioso.

Ahora bien, hay una definición distinta, que surge del voto de los ministros Fayt, Zaffaroni y Argibay. Permítanme que haga una lectura textual de una parte de este voto: “esta regla jurídica (el interés superior del niño) tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar, conceptualmente, aquél interés del niño como sujeto de derechos de los intereses de otros sujetos de derechos individuales y colectivos incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés, el de los padres y el del niño, ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular, pero contingente que, ante un conflicto, exigirá la justificación puntual en cada caso concreto. Así, ante una controversia entre progenitores y adoptantes acerca de lo que más conviene al interés del niño, la premisa de que lo que más conviene a este último es la convivencia con los primeros, no puede ser tomada como una verdad autoevidente. Hacerlo, no solo es una petición de principio, sino también un desconocimiento del principio jurídico supralegal que marca la independencia, conceptual, del interés del niño respecto del de otras personas”.

Uno puede preguntarse cuál es la razón por la que, si se hallaban de acuerdo con la mayoría en cuanto a la parte resolutive de la sentencia, estos ministros se vieron motivados a hacer un voto separado. Creo que, aunque la diferencia pueda ser sutil, se advierte, no obstante, el empleo de una precisión de cirujano en la confección de este voto separado y particularmente en su definición de lo que debe entenderse por interés superior del niño. De dicho voto separado se extrae una concepción mucho más restringida que aquella otorgada por el voto de la mayoría en lo que refiere al significado del interés superior del niño, en su concepción más elemental, lo que lleva a suponer que estos jueces, obrando de ese modo, han expresado su desconfianza por los desbordes de autoridad que pueden tener lugar a partir de una concepción tan amplia como la que expresó el voto de la mayoría.

De manera tal que, y ya para concluir, querría ilusionarme con que esta diferencia de matices entre los votos que les acabo de leer implique

una disposición de la Corte o, al menos de estos ministros, para tratar en un futuro próximo el debate que nos lleve a dar una mejor precisión conceptual, que contribuya a eliminar esta forma de ejercicio abusivo del poder que muchas veces los jueces reafirman con sus sentencias.

Elsa Freijo

Abogada de Abuelas de Plaza de Mayo, docente UBA, consejera en minoridad.



Agradezco a Abuelas por invitarme a participar en este coloquio y a todas aquellas personas que, desde hace varios años, me dieron la inmensa oportunidad de ayudarlos a encontrar sus orígenes biológicos, y a tantas otras que, a pesar de la adversidad, aún siguen en la búsqueda.

Cuando me propusieron hablar en este coloquio acerca de las nuevas perspectivas en torno de las leyes de adopción, pensé qué es lo nuevo en relación a la adopción y por ende qué es lo viejo en el tema.

Por ello, resulta interesante hacer una breve síntesis de nuestra historia legislativa en relación al tema en cuestión, encontrándonos con la pri-

mera ley en la materia, la Número 13252 sancionada el día 15 de septiembre de 1948 y conocida como “Ley de Adopción de Menores”.

Desde la sanción del Código Civil no había existido legislación alguna al respecto, debiendo tener presente que la Ley de Patronato con vigencia en los albores del siglo pasado, contempló la situación de los niños en situación de abandono, pero no se refirió a la institución que nos atañe en esta oportunidad.

En las primeras décadas del siglo XX, era una práctica social y jurídicamente aceptada que por actos de “beneficencia” se criaran niños desprotegidos, en los hogares de familias que le brindaban protección y comida, inscribiéndolos luego en los registros como “hijos propios”.

Por lo tanto, la aludida “protección” a los niños les provocaba, como consecuencia, la “desprotección” en sus derechos personalísimos, en su saber quiénes eran: muchos de ellos aún siguen buscando sus orígenes biológicos, sus raíces, dado que la “identidad” no era una cuestión a tener en cuenta.

La referida ley estableció que “la adopción crea un vínculo legal de familia”, contemplando sólo la adopción simple y estableciendo posteriormente que “el parentesco que crea la adopción se limitará al adoptante y al adoptado, quien será considerado como hijo legítimo”.

La práctica referida a tener a los niños “como hijos propios” siguió vigente, amparada por la carencia de legislación adecuada; así lo expresan los numerosos fallos jurisprudenciales.

Recién en el año 1971 se dictó la ley 19.134 (30.06.1971) que crea la institución de la adopción plena.

Dicha ley, para nuestro asombro, fue acompañada por la Ley 19.216 del día 7 de setiembre de 1971 conocida como la ley de “Inscripciones falsas de nacimiento-Amnistía-Adopciones de inscriptos falsamente”.

Esta ley en su artículo primero establecía que “Concédase amnistía general por los delitos establecidos en los artículos 133 y 293 del Código Penal que se hubiere cometido mediante falsa inscripción de menores como hijos propios siendo ellos ajenos, siempre que en la ejecución de los hechos no se hubiere obrado con fin de lucro o con propósito de causar perjuicio”.

El mensaje ministerial, que lleva las firmas de Francisco Manrique y de Arturo Mor Roig, culmina su exposición expresando textualmente “la ley tiende en definitiva a resolver conflictos dignos de comprensión tratándose de comportamientos objetivamente reprochables que le dio su origen, (...) *y que es causa de ansiedad de zozobra y de angustia, máxime cuando ello no ha ocasionado daño social ni personal.*”

Entonces, a través de la figura contemplada en la ley 19.134, los niños inscriptos como hijos propios, luego de una tramitación judicial, pasaban a ser hijos adoptivos de esos mismos padres.

A pesar de ello, muchísimos padres no regularizaron la situación, manifestando en las actas de nacimiento “ser legítimos hijos” y, en consecuencia, esos chicos adoptados en las condiciones que indicamos, hoy hombres y mujeres, siguen buscando sus orígenes biológicos.

Hasta aquí se puede observar que el derecho personalísimo de identidad del menor no aparece siquiera mencionado y, peor aún, cuando se expresa en la ley de amnistía que la falsificación de los datos sobre la identidad biológica de los niños “*no ha ocasionado daño social ni personal*” lógicamente se refiere a los padres, porque a los niños se los siguió teniendo sin consideración.

En el año 1979, a poco de cumplirse internacionalmente los veinte años de la “Declaración de los Derechos del Niño” por iniciativa de Polonia, se comienza a trabajar en un proyecto de convención sobre los derechos del niño a nivel internacional.

A partir de allí es destacadísima la intervención de nuestro país a través del artículo que contempla la protección del derecho a la identidad del niño que, de manera casi textual, reproduce la convención como propuesta de este grupo de trabajo.

Asimismo, la intervención de nuestro país y de Venezuela también fue importantísima en relación al tema que nos atañe, es decir de los niños que se encuentran en estado de abandono.

América Latina en general y Venezuela en particular, enfrentando a las grandes potencias, sostuvieron que había que otorgarle un tratamiento preferencial a la defensa del niño que se encontraba privado temporalmente

de su medio familiar y, en última instancia, contemplar el de aquellos que habrían de estar permanentemente separados de su medio familiar.

Los artículos 20 y 21 de la Convención tienen una lógica y amplia repercusión en materia de adopción, y la puja con los países desarrollados culminó con la primacía de la posición latinoamericana.

La Convención de los Derechos del Niño fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a partir de la reforma constitucional de 1994 (art.75 inc. 22).

Llegamos, entonces, en nuestro país, a la Ley 24.779 –vigente hoy en materia de adopciones– que incluyó en su articulado el derecho del menor a acceder a sus orígenes biológicos; acceso que si bien en el proyecto de ley se contemplaba a partir de la edad de 16, finalmente en el texto de dicha ley se estableció la edad de 18 como condición.

Por otra parte, en nuestro país y en los últimos días, se publicó en el Boletín Oficial la ley de “Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”, que precisa qué se entiende por “interés superior del niño”. Tal como lo han expresado mis colegas que han expuesto precedentemente en este coloquio, cuando hay un conflicto entre una persona con un derecho legítimo y el derecho legítimo de un niño, prima pues el derecho del menor.

La reciente legislación contempla las posibilidades que tiene el estado de aplicar medidas de protección integral y las medidas excepcionales que se adoptarán cuando estuvieren temporal y permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.

Entonces, es aquí donde yo sostengo que es posible tener una mirada distinta en el tema de adopción, es decir que esta institución no sea la única opción que existe en relación a un menor.

Trabajando en el derecho de familia, como lo hago desde hace tantos años, pude entender que es más acertado hablar de “un interés superior de la familia” en donde las políticas de estado contemplen la posibilidad de acompañarlas desde una óptica más integrativa; es decir que las medidas excepcionales a las que se refiere la reciente ley sean precisamente

medidas que tengan como objetivo la conservación o recuperación de los derechos vulnerados de los chicos y la reparación de sus consecuencias.

Entonces, es posible considerar la permanencia de los menores en ámbitos familiares alternativos y sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve plazo recurrirse a una forma convivencial alternativa.

En la misma ley se recalca que la falta de recursos económicos, físicos, de políticos o de programas de organismos administrativos no será fundamento para la aplicación de las medidas excepcionales.

Es necesario, como dije anteriormente, tener una visión mucho más amplia en el tema y contemplar la posibilidad que nos brinda la ley en cuanto a la aplicación de aquellas medidas que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares y luego, sólo si así se requiriese, la aplicación de aquellas que son excepcionales.

Nosotros, que contamos con los tribunales especializados en el tema de familia que funcionan con equipos interdisciplinarios y con las herramientas que nos da la ley, podemos pensar en un interés superior de la familia y en tantas otras posibilidades en las cuales también se encuentre contemplada la institución de la adopción pero no como una forma exclusiva de vínculo.

Es por ello que es necesario un aporte distinto desde todos los ámbitos y el aporte de cada uno de nosotros que trabajamos en el tema: cambiar todo quizás no es posible, pero empezar paulatinamente con los cambios nos permitirá obtener importantes logros, en una sociedad más justa.

Esto es en beneficio de todos los chicos. No es sólo para aquellos que se encuentran en situación de abandono sino también para mis hijos, sus hijos; quienes, de este modo, se encontrarán con un futuro mejor para desarrollarse.

Muchas gracias.

Mesa: Identidad y responsabilidad

Alicia Lo Giúdice y Cristina Olivares

Alicia Lo Giúdice: Psicoanalista. Responsable del área terapéutica y Directora del Centro de Atención por el Derecho a la Identidad de Abuelas de Plaza de Mayo. Profesora adjunta, Facultad de Psicología, UBA.

María Cristina Olivares: Psicoanalista. Integrante del equipo terapéutico del Centro de Atención por el Derecho a la Identidad de Abuelas de Plaza de Mayo. Docente de grado y posgrado, Facultad de Psicología, UBA.

Centro de Atención por el Derecho a la Identidad

Equipo Terapéutico: Alicia Lo Giúdice, María Cristina Olivares, Ana Zabala, Alicia López, María Inés Mascó, Daniel Riquelme, María Lavalle, Tatiana Sfiligoy, Graciela Bernztein, Emma Chistic, Graciela Kait, Virginia Aliaga, Enrique Goldengruss.



INTRODUCCIÓN

Desde las primeras restituciones de niños por orden judicial fuimos convocados por los Jueces a cargo de los diferentes casos. Tomaremos dos ejemplos a modo de introducción.

En uno se trataba de una niña secuestrada junto a sus padres a los 23 meses. A los 7 años y medio, a partir de la instalación de la democracia en el país, se solicita su restitución a su familia. El Juez que lleva la causa la deniega a pesar de las pruebas hematológicas que probaban consanguinidad con su familia. Apelando a otras instancias judiciales la Cámara otorga la restitución en diciembre de 1984.

La niña inicia un tratamiento psicoanalítico al año siguiente y el Juez convoca a la analista a una entrevista en la que plantea su difícil situación dado que por “el bien de la menor” tenía que “conciliar” los pedidos de la abuela materna, a la que se le había otorgado la guarda provisoria, y los de “los padres” que reclamaban un régimen de visitas.

La intervención de la analista consistió en diferenciar padres de “apropiadores”, puesto que de lo contrario se renegaba del hecho, equiparando el robo al acto filiatorio instituido por los padres; con la consecuencia de omitir la situación de los padres “desaparecidos” y las condiciones de violencia que habían inaugurado la convivencia con los secuestradores. Algo notable es que esta niña logra conservar su nombre ya que era al único que respondía: verdadero acto de la pequeña sujeto de resistencia a la apropiación. Pero, por otro lado, sucumbía a lo ordenado por los apropiadores que la hacían vivir como recién nacida, a pesar de sus 23 meses. Su desarrollo óseo responde al mandato, deteniendo dos años su crecimiento.

Con posterioridad dicho Juez demora la entrega de los documentos durante 3 años y manifiesta su sorpresa cuando la analista diferencia adopción de apropiación.

En el otro caso que tomaremos un Juez se expide con prontitud en relación a una niña de diez años que había nacido en cautiverio, ubicando el lugar de objeto en que había quedado desde el secuestro y su apropiación. Este Juez otorga la documentación correcta a partir de la anula-

ción de la falsificada, argumentando que la documentación también hace a su seguridad jurídica.

Nos encontramos ante la misma circunstancia, secuestro y apropiación de niños durante el Terrorismo de Estado en Argentina (1976/1983), y dos respuestas:

- un Juez que reniega de lo acontecido, intentando “legislar” como si la convivencia con los apropiadores, que se basó en el secuestro, desaparición y asesinato de los padres, se debiera a un abandono y no a una ruptura de la legalidad que perpetua el secuestro de la niña.
- otro Juez que, ubicando lo sucedido, logra efectivizar un reordenamiento simbólico restituyendo su lugar a la niña como sujeto del derecho.

Frente al vacío jurídico que generó el accionar del Terrorismo de Estado fue necesario crear nuevas ficciones jurídicas que dieran cuenta de esta nueva situación, pero algunos Jueces llenaron ese vacío con lo conocido, sin considerar que se trató de un hecho inédito en la modernidad. Al secuestrar a un niño e inscribirlo como otro, se usaron inscripciones fraudulentas como modo de perpetuar la ilegalidad, consumando otro modo del exterminio: puesto que al desaparecerlos e inscribirlos como otros se produce otro modo de filiación (falsificada) como optimización racional del encierro, siendo lo que permanece vigente de la dictadura en la actualidad.

Con la dictadura se ha dislocado la inscripción de la vida en el ordenamiento del Estado, lo que nos hace prever nuevas y más delirantes formas normativas de la inscripción de la vida en la ciudad. Vivimos en democracia pero la dictadura sigue vigente en los modos de sostener el secuestro y el cautiverio de los hoy jóvenes que permanecen “desaparecidos”, en la ignorancia de lo sucedido, amparados algunas veces en el accionar mismo del Poder Judicial.

Será necesario ubicar con qué concepto de familia y de amor filial se sostiene la permanencia en dicha situación.

INCIDENCIA DE ABUELAS DE PLAZA DE MAYO

La invención de Abuelas, con la creación de su institución, fue un acto ético y ciudadano como respuesta a la usurpación del poder por parte de las fuerza armadas.

Se trataba de buscar los modos de localizar y poder recuperar a sus nietos desaparecidos, hijos de sus hijos desaparecidos. Junto con otros organismos de derechos humanos nombraron el accionar del poder totalitario: Terrorismo de Estado.

Recordemos que a partir del 24 de marzo de 1976 las Fuerzas Armadas usurparon el poder e instalaron dicho Terrorismo de Estado como mecanismo generalizado y sistemático de represión de la sociedad. Por una decisión política y planificada se utilizaron las estructuras y recursos del Estado en forma clandestina y con la complicidad de todos los organismos oficiales para dejar a sus habitantes en la indefensión, producto del terror.

Persecución, asesinato y desaparición de personas, apropiación de niños, censura y desarticulación de los lazos sociales, fueron algunos de los métodos utilizados.

El Estado de Derecho perdió su vigencia durante ese período, y el control del poder absoluto quedó a cargo de las Fuerzas Armadas. Esta situación tuvo como consecuencia el avasallamiento de todas las garantías individuales protegidas por la Constitución, ya que se utilizó, de forma generalizada, la violencia como medio para los fines del Estado.

La implementación del estado de sitio, como estado de excepción, permitió su fundamento jurídico. El estado de excepción deja de referirse a una situación de peligro real y tiende a confundirse con la propia norma; el mismo fue creado para la supuesta realización de la “reorganización nacional”.

Decíamos anteriormente que una de las formas de la violencia fue la práctica de la “desaparición forzada de personas” y la institucionalización de campos de concentración y exterminio (llegaron a ser más de 600 en todo el país), quedando organizada una modalidad represiva del poder. Este modelo de poder concentracionario fue propio del siglo XX y fue

creado por el nazismo durante la segunda guerra mundial y funcionó como poder totalizante, dueño de la vida y de la muerte.

La violencia quedó implantada en la sociedad como modo de vida, cuya coacción implicó el terror y la parálisis, desarmando el lazo social. El trauma vivido, en tanto genocidio, afecta a toda la comunidad convirtiéndose en trauma histórico.

P.F. Strawson plantea que nuestra elección de los nombres es parcialmente arbitraria y depende de la observancia de reglas sociales y legales. El criterio que permitiría fijar un sistema de nominación es un criterio de uso. Inventa el concepto de “quasi-nombre” que se trata de locuciones que, en el uso que hacemos de la lengua, tienen un empleo semántico particular; no son nombres propios sino nombres que funcionan como nombres propios.

Expresiones de este tipo vienen a ser impresas o escritas cuando una cierta clase de acontecimientos o cosas resulta de un interés primordial en una sociedad. Designa a esos quasi-nombres como **síntomas en una sociedad**, son los nombres del malestar en la civilización, de las nuevas traducciones del goce que escapan al sentido. Es necesaria una marca, un rasgo que inscriba el quasi-nombre, se trata de la inscripción de la dimensión del síntoma en la lengua.

Así podemos designar como quasi-nombre al Terrorismo de Estado con su práctica de desaparición forzada de personas e instalación de campo de concentración y exterminio.

EL DERECHO Y EL PSICOANÁLISIS

En la Introducción concluíamos interrogando con qué concepto de familia y del amor filial se intentó legislar en relación a los hechos que nos convocan.

Recordemos que tanto el Derecho como el Psicoanálisis se encuentran involucrados en el acto de “instituir lo vivo” con operaciones diferentes; para el Derecho el vínculo de filiación está creado por las instituciones

jurídicas. Se trata de un principio político de organización, que permite el anudamiento de lo biológico, lo social y lo subjetivo y lo instituye a través de la genealogía, ya que es la ley la que asigna un padre a un hijo en virtud de una presunción legal que así lo establece. El Derecho Romano nos dice que no basta con nacer pues a la vida hay que instituir la, e instituir implica la normatividad, cuya exigencia será la existencia de un marco de legalidad que garantice la conservación de la especie.

Para el Psicoanálisis “instituir lo vivo” será planteado desde las operaciones de subjetivación necesaria para que el pequeño sujeto se humanice. La familia es el ámbito donde se desarrolla el ser hablante y desempeña un papel primordial en la transmisión de la cultura. Lo simbólico, que precede al sujeto, es la función ordenadora de la cultura que separa al hombre de la naturaleza, inscribiéndolo de entrada en el lenguaje, ley fundadora cuyas interdicciones fundamentales son la prohibición de matar y la prohibición del incesto, y en las estructuras de parentesco que organizan la diferencia de sexos y de las generaciones.

El niño, al nacer, por su prematuración, necesitará de la función materna y paterna para vivir, y para constituirse subjetivamente se identificará a sus padres, de ellos recibirá una marca simbólica, trazo identificatorio que le permitirá ser. Se lo marcará con un nombre, inscripción que incluye la etimología del apellido, la novela familiar, pues uno se nombra como ha sido nombrado y al hacerlo se ubica con relación a cada uno de los progenitores, aquél que lo incluyó en el orden de las generaciones.

Una identificación es una inscripción inconsciente con eficacia simbólica que particulariza e impide la repetición de lo idéntico. En cada inscripción se marca el lugar que el sujeto ocupa en el orden de las generaciones, que es único y que abre el camino a nuevos eslabones en el sistema de parentesco.

Es en este sentido que, desde el psicoanálisis, podemos pensar la identidad: ser inscripto por los padres en el sistema de parentesco reconociendo la igualdad y la diferencia, pues sólo siendo diferente puedo particularizarme. El sujeto no puede pensarse ni autoengendrado ni siendo idéntico a otro; pues, al nacer, sostenido por el deseo de los padres, subjetivarse será producirse como sujeto nuevo.

La función de la familia tiene a su cargo la transmisión de una constitución subjetiva que implica la relación con un deseo que no sea anónimo. Para la madre su relación con el niño llevará la marca de un interés particularizado por él, que es índice de su investimento libidinal. Con relación al padre, su función será la del “nombre del padre”, en tanto prohíbe el incesto, humaniza el deseo y es el que, en tanto deseante, se hace responsable de sus actos.

J. Lacan vincula el tema de la familia a la lengua, en tanto que la lengua que cada uno habla es cosa de familia, y ésta es primordialmente el lugar donde se aprende la lengua materna. Es la madre quien habla al niño en su propia lengua y compartirla es lo que hace posible su transmisión.

Si la lengua crea el parentesco, ser secuestrado y apropiado es ser despojado del contexto familiar, donde el pequeño sujeto se prende a las marcas singulares de la lengua.

En este punto nos podemos servir de una expresión introducida por Eric Laurent, el “familiarismo delirante”, para desarrollar las consecuencias que recaen sobre las personas cuando la función de la familia está soportada por la voluntad del bien. Lo que degrada la familia en “familiarismo” es la añadidura del término “delirante”, del que podemos extraer al menos dos incidencias prácticas:

ocultamiento de los acontecimientos que serán tramados como historia. adherencia a un código único que, sin dejar de encontrar sus simpatías en la opinión pública, hace obstáculo a los equívocos propios de la lengua que dan lugar a la constitución subjetiva del niño.

En ocasiones, desde lo jurídico se sostienen frases tales como: “oscuras circunstancias”, “forzada situación de orfandad”, “estado de intensa subordinación afectiva” “intensos lazos afectivos con aquellos que la criaron y a quienes sigue viviendo **como si** fueran sus verdaderos padres”, para mantener la apropiación, aunque se reconozca que se viola la ley penal con la falsificación de la documentación. Podemos decir que es desde la legalidad que se sostiene una situación de ilegalidad.

Recordemos que J. Lacan plantea en “Función y campo de la palabra y del lenguaje en psicoanálisis”, *Ecrits, du Seuil*, París, 1966, página 277,

“...sabemos efectivamente que estrago, que llega hasta la disociación de la personalidad del sujeto, puede ejercer una filiación falsificada cuando la coacción del medio se empeña en sostener la mentira”.

La situación de los jóvenes secuestrados, apropiados y aun no localizados, como de aquellos que se presume justificadamente que pueden ser uno de los nietos buscados por las Abuelas y a los cuales la justicia niega la posibilidad de verificar científicamente el lazo de parentesco, nos conduce a plantear que se reniega de lo acontecido. En tanto se legisla como si nada hubiera sucedido, planteando un modo de familia a-temporal, a-espacial y a-histórica. Dejar la decisión en el sujeto involucrado es renegar que la situación de apropiación fue sostenida por un Estado Totalitario y que no puede ni debe de ninguna manera ser sostenida por un Estado de Derecho.

Es responsabilidad del mismo verificar que la ruptura de la legalidad no se siga sosteniendo e incidir para que un sujeto pueda tomar la distancia necesaria de un discurso que lo aliena (intensa subordinación afectiva) y que impide una decisión propia. El Estado debe operar sobre el discurso apropiador abriendo paso a otra versión de lo acontecido, modificando su situación de indefensión que deja al sujeto en una desorientación siniestra.

Es a partir de esta modificación que el sujeto podrá decidir qué ha implicado esto para él puesto que no es posible borrar las marcas que la apropiación produjo, en tanto que las funciones parentales se ejercieron desde una particular perversión.

De lo que se trata es de generar las condiciones para dar lugar a un nuevo discurso que permita al sujeto obtener un saber sobre su historia.

La situación de un joven secuestrado debe ser considerada desde la lógica concentracionaria, puesto que el mismo ignora que el origen del vínculo con quienes lo criaron se basa en el asesinato de sus padres “desaparecidos” y su propio robo. Su situación está falsificada, así como su documentación, filiación e identidad. Su estatuto de ciudadano es paradójico, ya que su estado de excepción se sitúa dentro y fuera del orden jurídico. Estos jóvenes viven con independencia de cualquier control judicial y de toda referencia al ordenamiento jurídico, poniendo en cuestión los conceptos de derechos subjetivos y de protección jurídica. Cabe

interrogar por qué se los priva de sus derechos, a conocer la verdad y el derecho a la identidad. Se persiste en la optimización racional del encierro como modo de renegar la historia vivida. Este modo de permanencia en lo social podríamos nombrarlo como *renegación de renegación*.

En el caso de una joven que sostiene su negativa a realizarse el análisis genético la Corte Suprema falla a su favor, argumentando la preservación de su derecho a la intimidad, lo que implica nuevamente renegar que el robo de niños durante el Terrorismo de Estado es un acto público. Es necesario un acto jurídico para dar lugar a la construcción de su intimidad e identidad.

Tampoco se puede apelar a la mayoría de edad de la joven, dado que los actos que estamos tratando tienen el carácter de crímenes de lesa humanidad, que no caducan con el tiempo. Es de destacar que un Juez, en uno de los casos mencionados en la Introducción, pudo argumentar para sostener su restitución jurídica que “el ocultamiento no sólo fue hacia la justicia sino hacia quien le dio trato de hija, privándola de su historia, de su derecho a la verdad y de su real identidad”, planteando “la necesidad de un pronunciamiento rápido que haga cesar en su beneficio esta situación de incertidumbre que padece, referida en especial a su nombre y a la necesidad de contar con documentos que hagan cesar la posibilidad de cualquier daño moral para la misma”. Planteó su posición para administrar justicia en que no se puede desconocer la realidad de la Argentina en los años en que estos hechos sucedieron y que “están en juego los derechos y garantías humanos, el derecho a la vida en dignidad, a evitar que alguien indefenso sea despojado de su singularidad como persona, el derecho inalienable de cualquier individuo a conocer la verdad de su historia y crecer entre los suyos y los derechos de éstos a tener en el seno familiar a sus indefensos descendientes”.

Si caracterizamos la apropiación de niños durante el Terrorismo de Estado como un hecho inédito, las soluciones tienen que ser inéditas y no conformarnos con lo “ya sabido”. Es necesario desplazar los límites del discurso conocido para dar lugar a lo inédito, para lo cual se necesita decisión.

DAR LUGAR A LA SINGULARIDAD

Desde nuestro equipo, orientados por una práctica psicoanalítica, sostenemos que estas cuestiones no pueden ser pensadas únicamente desde el trauma, ni sólo desde el reclamo de derechos, sino que es necesario articular el deseo con la verdad. Esto se verifica con el accionar de Abuelas que con un deseo decidido han luchado contra el silencio del asesinato y el robo, generando un movimiento cultural, social y jurídico que necesita de la producción de nuevas ficciones.

Los psicoanalistas que integramos el Centro de Atención por el Derecho a la Identidad de Abuelas de Plaza de Mayo nos sentimos convocados por el desafío que introduce Abuelas; no nos proponemos resolver los impasses de otras disciplinas, tratamos de ser dóciles a la lengua del Otro, introduciendo enigmas en las normas e incluyendo la singularidad en el uso de las normas jurídicas.

Dado que algunos jóvenes que fueron secuestrados y apropiados presuntamente han sido ubicado pero se niegan a realizar la prueba genética que confirmaría parentalidad, proponemos ofrecerles entrevistas para habilitar otro espacio, posibilitando otro tiempo subjetivo que deleve el ocultamiento, permita otras versiones y que dé lugar a una decisión propia.

El acto jurídico de restitución de identidad es un paso necesario, en tanto hace al uso de los derechos, pero no suficiente. Es en el espacio analítico ofertado, como sitio de lo posible para que surja el sujeto del inconsciente, donde podrá restituirse situando las marcas del estrago, con la deslocalización del goce que conlleva.

Desde el Psicoanálisis y el Derecho, en la medida que afrontamos el problema de instituir lo vivo, debemos interrogarnos para encontrar los modos más adecuados para su tratamiento.

Ambos estaríamos ante la posibilidad de dar lugar a lo inédito, para dar lugar a la invención.

BIBLIOGRAFÍA

Agamben, Giorgio: *Homo Sacer I. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-textos, Valencia, 1998.

Aksman, Daniel, Dassen, Florencia, Lo Giúdice, Alicia, Riquelme, Daniel y otros: “Abriendo el expediente de la transferencia”. Segundo Encuentro Internacional del Campo Freudiano, Buenos Aires, 2005

Lacan, Jacques: “Dos notas sobre el niño”, en *Intervenciones y Textos 2*. Manantial, Buenos Aires, 1988.

—Función y campo de la palabra y del lenguaje en psicoanálisis, en *Escritos 1*, Siglo XXI, México, 1971.

Laurent, Eric: “El discurso del inconsciente y el enigma de las normas”, en *CIEN Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Niño, Cuaderno 3*. Buenos Aires, 1999.

Lo Giúdice, Alicia: “Derecho a la Identidad”, en *Psicoanálisis: Restitución, Apropiación, Filiación*, Centro de Atención por el Derecho a la Identidad, Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2005.

—“Lo que se restituye en un análisis”, en *Psicoanálisis de los Derechos de las Personas*. Tres Haches, Buenos Aires, 2000.

—“Restitución, apropiación, filiación. Desplazando los límites del discurso”. Jornadas sobre Identidad organizadas por la Universidad Nacional del Comahue y el Consejo de Psicólogos del Neuquén. Neuquén, Julio 2005.

Riquelme, Daniel: “Filiación falsificada y estrago”, en *Psicoanálisis: Restitución, Apropiación, Filiación*, Centro de Atención por el Derecho a la Identidad, Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2005.

Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo: *Los niños desaparecidos y la Justicia. Algunos fallos y resoluciones. Tomo 1*. Buenos Aires.

El orden metafórico: discurso y construcción de la identidad

Silvia Barei

Doctora en Letras, investigadora en el área de Discurso y Cultura. Titular de Teoría Literaria y de estética en la Universidad Nacional de Córdoba.



1. PUNTO DE PARTIDA

Es ya un lugar común entre los estudiosos de los discursos sociales señalar que todos los lenguajes de la cultura no solo sirven a los procesos de

comunicación, sino que son vehículos de significados o, mejor aún, de sentidos cuyo anclaje solo se concreta si se inscriben en condiciones particulares de producción y recepción.

No nos ubicamos en un universo de discurso de manera abstracta, sino que nuestra práctica cotidiana del discurrir está activada por el lugar y las circunstancias en que éste se produce y por los generadores de sentido a partir de los cuales entendemos no solo el contenido del mensaje, sino el mundo que nos rodea.

En este trabajo voy a detenerme en el funcionamiento social del lenguaje centrado en dos aspectos: la construcción de un orden metafórico (como orden cognitivo e ideológico) que afecta nuestro modo social de comprender el mundo, y su correlato en la construcción discursiva de las identidades, entendido el problema del nombre no como denotación sino como atributo semántico múltiple.

El caso que tomaré sumariamente y a modo de ejemplo es la sentencia de La Corte Suprema de Justicia de la Nación, fechada el 30 de septiembre de 2003, en autos: “Vázquez Ferrá Evelyn Karina S/recurso extraordinario”

2. LENGUAJE Y RELACIONES SOCIALES

Sabemos que el lenguaje verbal no es solo medio de transmisión de significados, sino instrumento de construcción de la conciencia social, es decir, de la memoria, de la identidad y de la intersubjetividad.

Toda palabra circula a nivel social cargada de significaciones que podemos entender como el “laboratorio social” donde las ideas se forman y constituyen, por lo tanto, un nexo innegable con la praxis.

En la investigación que estamos desarrollando¹ trabajamos el problema del discurso desde las formas retóricas de los lenguajes culturales, tanto aquellos de la cotidianeidad como los más complejos y plurivocales que constituyen el campo del arte, del periodismo, o del discurso jurídico.

Al relacionar las formas de producción discursiva con otros textos de

la cultura entendemos que ciertos mecanismos retóricos -como por ejemplo, el uso de la metáforas o las formas de nominación- no es privativa solo de los discursos verbales, sino que también es propia del mecanismo de las culturas y, además, permite explicar los modos en que un sujeto o un conjunto social elabora la información y le da determinados sesgos ideológicos.

Paul Ricoeur sostiene que la cultura funciona según una “metafórica general” que está en el origen del pensamiento lógico y por lo tanto rige el de todo sistema, deshaciendo un orden establecido “solo para crear otro orden” (2001:34).

En términos de nuestra investigación lo llamamos “el orden metafórico”: éste modela nuestra forma de conocimiento del mundo y todas las posibilidades del lenguaje, desde las más simples hasta el lenguaje del arte como sistema complejo.

Nuestro sistema perceptual y conceptual es metafórico y en la vida cotidiana alude a campos de comprensión inmediata que muestran, sin embargo, formas ideologizadas de la comunicación social.

Una metáfora determinada puede ser la única vía que tenga un sujeto para destacar aspectos de su experiencia o de sus sentimientos y esa metáfora, dado el carácter discursivo de la ideología, es utilizada seguramente, con dos acentuaciones ideológicas diferentes, por sujetos pertenecientes a estratos socio-culturales diversos.

Por lo tanto, experiencia contextual, comprensión de la situación de habla y principios ideológicos marcan metáforas como las siguientes: “se me estremece el corazón viendo la catástrofe en la televisión...”, o “me muero de rabia cuando pasan estas cosas todos los días...” o “me rompí la cabeza pensando cómo había sucedido”, o “se me vino abajo cuando lo escuché hablar de la guerra...”, o “se puso loco cuando detuvieron a los militares”, o “se pasó de la raya con la respuesta”, o “se lo tomó en solfa cuando le contaron sobre la chica...”, etc.

Lo que importa son las percepciones e inferencias que se realizan según el modo en que se refieren al mundo y a los sujetos. El mismo principio, puede designar percepciones del mundo diferentes y por lo

tanto construcciones diferentes del sentido, aún en sujetos pertenecientes a la misma cultura.

Así pueden implicar un sentimiento, una sanción, una indicación para la acción, una ideología, una propuesta a discutir, etc. Está claro que la metáfora que citáramos arriba “se puso loco cuando detuvieron a los militares” puede sugerir un acuerdo o un desacuerdo con la praxis social (“loco” expresa un estado de ánimo eufórico o disfórico según la circunstancia, el sujeto, el contexto de enunciación, etc.).

Pensado en términos de representación, el orden metafórico “modeliza”² la realidad en tanto transmite modos de pensar y modos de percibirla, por ello es que existe una relación coherente entre los valores de una sociedad y su sistema metafórico: la construcción de las metáforas no es “imparcial” y da cuenta de los axiomas que regulan una cultura.

3. EL ORDEN METAFÓRICO COMO ORDEN COGNITIVO-IDEOLÓGICO

Siegfried Schmidt sostiene que el mundo en el que nos movemos *“es una dimensión conceptual constructiva que nosotros creamos y ensayamos en nuestra comunidad sociocultural mediante interacciones que son relevantes para nuestra vida, pensamiento y conducta tanto individual como social”* (1995:37)

Podríamos decir que en el plano individual o personal, el orden metafórico es un *orden cognitivo*, es decir, rige modos de funcionamiento de la mente que nos permite entender el mundo de determinadas maneras.

Pensamos metafóricamente puesto que nuestro sistema conceptual se basa en la interrelación de metáforas que pueden o no fundamentarse en la experiencia: parten de vivencias simples para dar cuenta de situaciones/conceptos más complejos, por ejemplo: *se me va la vida*. En otros casos, la metáfora surge de combinaciones conceptuales sin raigambre en lo experiencial, por ejemplo: *este niño es un ángel*.

En el plano social, es decir, colectivo, es un *orden ideológico*, está ligado

a formas de funcionamiento del poder que nos hacen (o quieren hacer) ver el mundo de determinadas maneras. Hay una refracción evidente de un orden sobre el otro ya que desde la noción de *intersubjetividad* entendemos que los sujetos interactúan y construyen “realidades” socialmente aceptadas según las condiciones que el medio impone a su existencia.

“Argentina, granero del mundo”; “Argentina, potencia”; “Los argentinos somos derechos y humanos”; “Argentina, Primer Mundo”, son construcciones ideológicas que, respondiendo a realidades sociales diferentes en la historia del país, constituyeron una dimensión conceptual común para todo un cuerpo colectivo. Las metáforas del poder subsumieron formas de lo real –no necesariamente “verdaderas”–, que afectaron las prácticas concretas de los sujetos: prácticas de acatamiento o convicción y prácticas de resistencia.

El desplazamiento del centro de gravedad de un eje metafórico-ideológico puede no solo apuntar a la necesidad de una crítica o una transformación social, sino además posibilitar que su realización ocurra efectivamente. Fórmulas empíricas regidas por sistemas metafóricos (“Hagamos el amor y no la guerra”, “La flor contra el fusil”, “Paz, pan y trabajo”, “La imaginación al poder”, “las estructuras no salean a la calle”, etc.) apuntalan prácticas de resistencia de diversa índole (vinculando estructuras del sentimiento que van de lo íntimo a lo social) de la juventud de los 60-70, subvirtiendo lo que se leía como prácticas del poder: el hambre, la guerra, la destrucción, los lugares comunes de la política, etc.

Las metáforas circulan en discursos dominantes o contradiscursos de un tiempo histórico, un estado de cosas, un sistema de prácticas y un código de comunicación (personal y social) de una esfera de la cultura. En el caso citado, la cultura –o más bien prácticas contraculturales– de los jóvenes de los 60. La plurivalencia de la metáfora ideologizada, la lucha por la respuesta y la transformación de los sentidos deviene un aspecto fundamental para entender de qué modo opera el orden metafórico como lugar de registro de las articulaciones entre lo social y lo simbólico.

Creemos que hablar de “orden metafórico” nos permite dar cuenta del campo complejo del “poliglottismo cultural” (Lotman; 1996) y por ello, en los ejemplos citados anteriormente, advertimos que el modo de designar

se corresponde con formas de lo real, es decir, el lenguaje metafórico designa construcciones culturales que se viven en tanto prácticas concretas de los sujetos y afectan la construcción de las identidades: son modos de autorreferencia (los argentinos somos derechos y humanos) y de distinción entre *nosotros* y *los otros*.

Recordemos que Bajtín-Voloshinov (1993) señalaba que el signo es “arena de lucha” de los lenguajes sociales y más aún, de las clases. Esto indica que un mismo signo –digamos en términos de nuestra investigación, una misma metáfora–, admite una variación de interpretaciones que posibilita su contrastación ideológica.

4. ESTRATEGIAS DE LA DESIGNACIÓN

Dentro de una retórica social del discurso, un aspecto particular –entre muchos otros–, en el que interesa detenerse si es que queremos aportar algo al complejo problema de la identidad, está relacionado con las estrategias del nombrar.

Hemos dicho que el lenguaje crea modelos de mundo, o sea que es portador de una información acerca del mundo que es también una sanción, una evaluación. Una cuestión importante tiene que ver con el modo en que el discurso construye identidades y la relación con la verdad o la realidad nombrada. Entre uno y otro puede haber una distancia máxima –los personajes ficticios de una novela– o una mínima –sujetos de existencia histórica aludidos por su nombre–.

Pero el arco que va entre el nombre y el nombrado tiende distintas posibilidades de atribuir identidades y se juega también la posibilidad de establecer socialmente determinadas verdades.

Qué significa entonces nombrar y cómo lo hacemos diversamente es una cuestión que puede considerarse central si hemos de decidir quiénes somos comunitariamente (por ej. los argentinos somos así o asá) y quiénes somos individualmente (quién soy yo, quién mi prójimo, quién es el otro, etc.).

Discursivamente designamos la identidad de dos maneras: mediante

los nombres (genéricos o individuales) y mediante los pronombres (personales, demostrativos, formas deícticas, etc.).

En nuestra concepción el lenguaje es siempre connotativo, por lo tanto los nombres junto con la referencia indican un sentido: implican una serie de atributos que aluden a alguien que es nombrado. Ahora bien, el problema es que este conjunto de características puede variar según quién nombre, en qué circunstancias históricas, en qué contexto político, con qué intenciones, etc. Juan Pérez es para su madre un hijo con atributos positivos, para su mujer, un hombre con otros atributos, para sus hijos un padre preocupado por su bienestar, para el estado, es un marginal, para la policía un “peligroso delincuente”, para su abogado un “inocente” hasta que se demuestre lo contrario, para el juez, un caso difícil, para determinados sectores sociales, un “perseguido”, para otros, “alguien que debe estar toda la vida entre rejas”, etc, etc.

Sin el nombre no es posible la referencia y sin embargo ésta no es inamovible. Cuando se habla de sujetos de ficción –personajes del cine o la literatura– este problema no es grave porque no tienen existencia extradiscursiva y por lo tanto a nadie le preocupa si Tomatis (un personaje de las novelas de Saer) es santafesino, es intelectual, es nadie o es el mismo Saer. Es todo ello y es también otras cosas y de allí deriva la riqueza de la construcción ficcional.

El problema se presenta cuando el nombre que designa entidades o sujetos pertenecientes al mundo real está ligado a un universo de variaciones que no permiten discutir la referencia del sentido.

¿Cómo y en función de qué un nombre le corresponde a un sujeto en particular y cómo ello define esa complejidad de referencias que llamamos “identidad”?

Las historias personales, los marcos contextuales, las creencias, la resignificación del pasado, se hacen entonces necesarias. Lo que se denomina identidad-referencia, no puede estar separada de la identidad-sentido (Ferro; 1998:37)

Ahora bien, el sujeto se nombra a sí mismo porque primero otros lo han nombrado: la familia, el Estado, la Iglesia, lugares hegemónicos de

inscripción del discurso en los que se dice algo y también se hace algo con el nombre.

Es decir, mediante mecanismos retóricos, como hemos visto anteriormente, el lenguaje instaaura prácticas (presenta, expone, argumenta, autoriza, deniega, clausura, confiere fuerza de ley, convierte en verdad, legítima, etc.)

¿De qué manera estas prácticas discursivizadas son constructoras de identidades?

Veamos un caso: el de Evelyn Vásquez, hija de Susana Pegoraro, desaparecida en 1977, embarazada de 5 meses, y de Rubén Santiago Bauer. Nacida en la ESMA, habría sido entregada a Policarpo Vázquez (quien se desempeñaba en la base naval de Submarinos de Mar del Plata) e inscrita en el Registro Civil con el nombre de Evelyn Karina Vázquez Ferrá.

5. NOMBRE Y ANOMIA: VIOLENCIAS FAMILIARES Y JUDICIALES

Quien inicia la querrela por el reconocimiento de identidad es la supuesta abuela biológica, pero la sentencia de La Corte Suprema de Justicia de la Nación, fechada el 30 de septiembre de 2003, en autos: “Vázquez Ferrá Evelyn Karina S/recurso extraordinario” es una respuesta a un recurso interpuesto por –Evelyn Vázquez Ferrá– quien no era parte inicialmente en el juicio contra Policarpo Vázquez y su esposa, Ana María Ferrá, imputados por los delitos de: falsedad ideológica, supresión de estado civil y retención de un menor de 10 años.³

En esta sentencia la “familia” apropiadora es denominada metafóricamente “padres en el afecto”, desconociendo las dos formas de filiación que señala la ley argentina (biológica y por adopción).

Como señalan María Teresa Sánchez y Ana Levstein

“Lo que no puede admitirse de nuestro más alto tribunal de justicia, es que desconozca las normas de fondo que establecen las distintas formas de filiación. Nuestra legislación sólo establece dos formas: la filiación biológica y la filiación por adopción. No existe ningún reconocimiento legal del delito que se está juzgando y que da marco global a la causa: apropiación ilegal de una

menor y supresión de su identidad y estado civil. Dice la sentencia:

“12°) Que, finalmente resultan inadecuados los argumentos del *a quo* que parecen extender la situación procesal de los imputados a la de los testigos con una analogía que no se observa que exista –dada la evidente diferencia de situaciones entre una figura y la otra– y desentendiéndose por completo de las normas procesales que facultan a abstenerse de testimoniar en contra, entre otros, de los ascendientes.”

Los jueces no pueden desconocer, o hacer “como” que no conocen que los imputados no son los “ascendientes” de “Evelyn”. Los imputados mismos lo han reconocido: han expresado que a la niña la recibieron de manos de personal de la Armada en 1977 y los propios jueces han descrito en su fallo esa situación. Por eso, llamarles ascendientes a quienes se han apoderado, apropiado de Evelyn, resulta un agravio más para la presunta abuela, que si bien no parece lograr a través de un proceso jurídico que Evelyn acepte su verdadera historia”. (2005)

Esto implicaría reconocer su verdadera identidad, sus relaciones de parentesco y su nombre. Es decir, su verdadero apellido: Bauer Pegoraro. U otro, si la prueba de sangre demostrara que quien se dice su abuela está equivocada. Pero de todos modos, su nombre no será nunca el nombre de los padres apropiadores.

Una cuestión importante en este caso: si el nombre implica no una denotación, sino una serie de atributos, un sentido y no solo una referencia, Evelyn es mucho más que un nombre de alguien que se presenta ante la justicia: es una joven de cierta edad, ciertas características físicas y sociales, hija, hermana, nieta, etc. Es también una niña “apropiada ilegalmente”, presuntamente “hija de padres secuestrados y desaparecidos”, “nacida en cautiverio”, lo cual inscribe al nombre en un orden metafórico-ideológico de fuertes connotaciones sociales.

Para los jueces la identidad de la menor a quien se suprimió la identidad, sus relaciones familiares y su historia, no interesan en la causa. La argumentación desnuda sus propias aporías y deja leer un espacio de enfrentamientos que deconstruye (a su pesar, ciertamente) sus lógicas –o ilógicas– internas.

Al negar la prueba de sangre con la cual podría hacerse evidente el delito, –apropiación ilícita– la justicia lo perpetúa manteniendo la incógnita de la identidad, no permite volver sobre el ilícito del pasado y por lo tanto clausura la posibilidad del devenir (ad-venir, por-venir del sujeto, su nombre y su identidad).

Incomprensiblemente, el lugar del lenguaje que debe alojar a la verdad o arrojar luz sobre los hechos, se usa para encubrir: no cuestiona el nombre falso y por lo tanto legitima el delito y construye un orden metafórico-ideológico en el que agrega una categoría no existente en el derecho: “padres en el afecto”, sustituyendo metafóricamente a la de “apropiadores” mediante una sustantivación de fuerte efecto subjetivo y, por supuesto, de fuerte consenso social.

Evelyn tiene derecho “*a abstenerse de testimoniar en contra, entre otros, de los ascendientes*”, como lo dice la ley para nuestra protección y la de nuestra familia. Pero los “ascendientes” no son los ascendientes, ni siquiera cumplieron un trámite de adopción sino que cometieron un delito. Evelyn por lo tanto no es Evelyn –su nombre verdadero ha sido secuestrado junto con su identidad– y su abuela no sabe si ha encontrado a su nieta. El sujeto está efectivamente “sujeto”: preso, maniatado, atrapado en una identidad que no es la propia.

Esta sentencia muestra clara y dolorosamente que el lenguaje verbal, aún aquel que se presenta como más denotativo, transmite significados que pueden ser manipulados y que es al mismo tiempo, instrumento de construcción de la conciencia social, es decir, de la memoria, de la identidad personal y colectiva y de la intersubjetividad.

NOTAS Y BIBLIOGRAFIA

- 1- “*Lenguaje y cultura. La construcción metafórica en los sistemas culturales complejos*”. Universidad Nacional de Córdoba.
- 2- Tomamos de la semiótica de la cultura (Lotman y esc. de Tartu; 1996) la categoría de modelización que entiende que las lenguas naturales son modelizan-

tes en primer grado (construyen visiones de mundo) y los otros textos de la cultura (artísticos, periodísticos, jurídicos, religiosos, etc.) lo son en un segundo grado.

- 3- La causa llega a la Corte ya que en Primera instancia se dispone la retención del D.N.I. de Evelyn y la realización de análisis hematológicos, los que se establece que se realizarán con “el auxilio de la fuerza pública para el caso de negativa”, decisión que es confirmada por la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. Evelyn Vázquez Ferrá recurre este fallo de primera instancia. En la sentencia, a la abuela o “querellante” le es negada la prueba de sangre de su presunta nieta para confirmar la filiación que reclama, alegando que “la medida constituye una inadmisibles intromisión del Estado en la esfera de intimidad”, de “dignidad”, “integridad física” y otras “garantías constitucionales” de la joven “recurrente”.

Firman el voto los Dres. Adolfo Rodolfo Vázquez, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano y Guillermo A.F. López. Sólo existe un voto en disidencia, el del Dr. Juan Carlos Maqueda, que confirma la medida de realización de análisis hematológicos, con un amplio fundamento donde incorpora análisis de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

Actualmente y ante el agotamiento de los recursos internos, la Abuela, realizó la denuncia ante la CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) contra el Estado Argentino, por violación a los artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

AAVV; (2004) (comp) *Los niños desaparecidos y la justicia. Algunos fallos y resoluciones. Tomo III.* Abuelas de Plaza de Mayo-CONADI. Buenos Aires.

Aristóteles y Horacio; (1972) *Artes poéticas.* Ed. Gredos, Madrid.

Barei, S. y Aran, P.; (2002) *Texto/memoria/Cultura.* Ed. Univ. Nac. de Córdoba.

Ferro, Roberto; (1998) *La ficción. Un caso de sonambulismo teórico.* Ed. Biblos, Buenos Aires.

Lotman, Juri; (1993) “La Retórica” en Revista *Escritos.* No. 9. Universidad de Puebla, México.

— (1996) *La semiosfera I*. Ed. Frónesis-Cátedra. Valencia

Ricoeur, Paul; (2001) *La metáfora viva*. Ed. Trotta, Madrid.

Sánchez, María Teresa y Levstein, Ana; (2005) “Hostilidad/hospitalidad” en una sentencia de la Corte” en *Barei, S y Perez, E. (comp.) Los órdenes de la cultura. Vida cotidiana, literatura, periodismo y publicidad*. UNC y Ferreyra Ed. Córdoba (en prensa).

Schmidt, Siegfried; (1985) “El constructivismo radical”. En *CHICO RICO* (ed) *Teoría/crítica*. Ed. Verbum, Madrid.

Voloshinov, V. Y Bajtin, M. (1992) *El marxismo y la filosofía del lenguaje*. Alianza Ed. Madrid.

Mesa:

El derecho penal y sus distintas vinculaciones con los derechos humanos

“La apropiación de niños durante la dictadura desde una mirada de género”

Stella Maris Martínez

Profesora adjunta de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UBA. Defensora General de la Nación.



Muchísimas gracias. Agradezco, especialmente, la invitación formulada por las Abuelas. Para todos nosotros es un verdadero orgullo poder colaborar con ellas, poder estar presentes en un evento organizado por ellas.

Deseo hacer un enfoque distinto del tema. Intentaré empezar a construir un discurso de género en relación a la problemática del apoderamiento de niños en los centros de detención clandestinos. Y voy a concebir esta problemática básicamente sin hacer hincapié en el derecho a la identidad ni en el derecho a la verdad –que seguramente expondrán mis compañeros de mesa–, sino analizándola como una forma de violencia contra la mujer.

La práctica de tener a mujeres embarazadas en lugares absolutamente inadecuados para su estado y de separar de sus brazos con destino incierto a los niños, ¿hasta qué punto no puede identificarse, a la luz de los tratados de derechos humanos reconocidos por nuestro país e incluso integrados con jerarquía constitucional, como una modalidad totalmente diferencial que debe impulsar la creación de nuevas herramientas jurídicas que comprendan específicamente esta forma de conducta?

Por eso voy a hablar de la apropiación de niños pero desde una perspectiva que procura analizarla como una modalidad de violencia contra la mujer.

Primero intentaremos comprender por qué estamos hablando de violencia contra la mujer, qué elementos de género hemos podido visualizar en estas conductas de apropiación y qué aportes ha traído a la luz el movimiento de género.

Las mujeres en general, pese a que existe un mito respecto de que somos sobreprotegidas, son víctimas de violencia institucionalizada y no institucionalizada de gran magnitud. Así, el 52 % de los habitantes del mundo son mujeres; sobre 885 millones de personas analfabetas, el 70 % son mujeres; y existen 1.300 millones de pobres de los cuales el 70 % son mujeres. Amartya Sen –el conocido premio Nobel de economía– estableció que, debido a diversas causas de violencia que las mujeres sufren a lo largo de todo su ciclo vital, existen en el mundo 100 millones de mujeres menos de las que debería haber. Esto es importante porque se supone que en las guerras mueren los hombres pero, sin embargo, en la cuenta faltan mujeres.

¿Qué es entonces la violencia de género?

Se considera violencia de género a todas aquellas situaciones de violencia que, particular o desproporcionadamente, afectan a personas, ya sea por ser mujeres o por ser hombres.

¿Cuáles son los objetivos que tiene la teoría de género cuando habla de violencia contra la mujer?

Enseñar a reconocer que existen relaciones de poder y subordinación entre hombres y mujeres que determinan posiciones de desigualdad e inequidad. Ayudar a comprender que la violencia contra la mujer es una expresión de esas relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres. Y contribuir a que se reconozca que bajo ninguna circunstancia mujeres, niñas o niños merecen ser maltratados o abusados.

Debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

¿Qué incluye violencia contra la mujer?

Incluye violencia física, sexual y psicológica, que tenga lugar en la comunidad y que sea perpetrada por cualquier persona. Comprende violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro, acoso sexual. Sean en el trabajo o en las instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar. Y que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra. Esto es considerado violencia contra la mujer. Basta que los agentes del Estado la toleren o la perpetren para que quede encuadrada en la definición que nos da la Convención de Belén do Para. El artículo 4 dice que “toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y las libertades consagradas en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”. Éstos comprenden, entre otros, el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, el derecho a la libertad y a la seguridad personales, el derecho a no ser sometida a torturas; el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; y el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley.

Ahora bien, esto estaba perfectamente manejado a partir de los instrumentos internacionales en los años '80, '90, sin embargo no se concep-

tualizaba la violencia contra la mujer como hipotético crimen de guerra. Concretamente, la violación contra la mujer no era considerada aisladamente como un crimen de guerra. Recién se empieza a sostener esta idea de violación como crimen de guerra –que por cierto costó bastante imponer– a partir de los antecedentes de las sentencias dictadas a raíz de Kosovo. Allí se establece que la comisión extenso-sistemática de actos de violencia sexual contra la población civil se puede considerar como crimen contra la humanidad, esto es, crímenes de lesa humanidad, sin importar si ocurren en el contexto de la guerra o de la paz. Aunque no haya un estado de guerra sino una paz, es decir, aunque no esté declarado un estado de guerra, si hay comisión extenso-sistemática de actos de agresión sexual contra la población civil se lo considera crimen de lesa humanidad.

Bajo ciertas condiciones los actos de violencia sexual pueden ser medios comisivos del crimen de genocidio, definido como aquellos actos cometidos con el intento de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Los actos que se proscriben incluyen las matanzas, causar daño corporal o mental serio, medidas previstas para prevenir nacimientos dentro del grupo, transferir violentamente a sus niños a otro grupo.

Noten que ésta es la primera vez que empezamos a ver una conducta parecida a la que se dio en nuestro país y aquella que estamos tratando de analizar. Esto es, la primera referencia que encontramos que no alude a una agresión aislada sino que tiene que ver, por el contrario, con un crimen de genocidio. En la figura de genocidio, en los lugares donde se producen este tipo de conductas, es muy habitual que se tome a todos los niños de un grupo y se los transfiera al otro grupo étnico. Esto está integrado como genocidio, pero no está visualizado como un crimen específico de lesa humanidad.

Ahora bien, vamos a hacer un pequeño paréntesis. ¿Por qué yo digo que ha llegado el momento de empezar a visualizar conductas de este tipo como una forma específica de agresión a la mujer, más allá de la agresión que signifique contra la identidad de los niños, más allá de la agresión del derecho a la verdad?

El movimiento de género sostiene que todos somos iguales pero que esa igualdad se sustenta en el respeto a las diferencias. No a las diferencias construidas culturalmente, pero sí a las diferencias naturales. La diferencia que hace que la mujer esté embarazada es una diferencia natural, una diferencia que no es producto de una construcción cultural, sino que la mujer, al menos por ahora, es la única que puede cursar un embarazo. Esto la coloca en una situación especial de fragilidad que merece un tratamiento diferencial.

Entonces, ¿cómo debería ser la construcción jurídica? En base a diferencias que se asumen como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento. La igualdad en los derechos fundamentales se configura como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, e insta a que se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad. Esto significa que en una sociedad realmente deben respetarse las diferencias, el derecho de los niños, el derecho de las madres, el derecho de la madre a estar con su hijo; respetarse cosas tan elementales como la lactancia materna como la especial relación que fortifica psicológicamente a un niño. Y se debe analizar también cómo una madre puede sufrir un grave daño psicológico y físico al ver arrancado a un niño recién nacido de sus brazos. Veremos, entonces, para qué y cuáles son las conductas posibles.

Esta conducta importa una agresión específica que, desde el punto de vista de la teoría de género, es una agresión diferencial. No es una agresión sexual, pero sí es una agresión que sólo puede tener como víctima a una mujer. Por ende, debe ser reconocida.

En este momento no existe porque es mucho lo que hay que trabajar en este ámbito. A futuro deberán los juristas ver si se justifica y si tiene entidad suficiente. Yo creo que sí, que a una conducta de estas características se la debe considerar como una agresión específica relacionada con la problemática de género, ya que sólo la mujer que acaba de parir puede ser víctima de desapoderamiento de su niño que acaba de nacer. Desapoderamiento que se reconoce tradicionalmente por lo menos en los discursos habituales, o el apoderamiento del niño para entregarlo en adop-

ción, esto es, utilizar al niño como mercancía, como moneda de cambio; o con el argumento de que ‘esta persona se comportó mal’, es alguien disvalioso para la sociedad, por lo que fuera, entonces ‘mejor le damos ese niño a una familia con parámetros culturales que suelen ser los que tengo yo para que lo críen como corresponde’. Esto también, por otra parte, importa un ataque a la diferencia.

Entonces, las características que poseen las conductas de este tipo, viéndolas a la luz de la doctrina incorporada por la teoría de género, teniendo en cuenta la Convención de Belén Do Para que desde 1995 es ley en nuestro país y que habilitaría llegar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por este tipo de agresiones, y teniendo en cuenta la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer que tiene rango constitucional, nos obligan a incorporar esta mirada que propongo. En particular, cuando vemos conductas disvaliosas que tienen como objeto a una mujer embarazada y que promueven un tratamiento que obedece –ya sea o no en época de paso de guerra– a una conducta sistemática en la cual el maltrato, el parir en condiciones inhumanas y el arrancarle el niño apenas nacido, importa un modo de tortura específica.

Esto es, sintéticamente, lo que quería decir.

Para terminar, no puedo menos que rendir un homenaje a Estela Carlotto y a una persona con quien me une una historia muy larga: Rosa Roisinblit. La primera noticia que tuve sobre toda esta problemática fue siendo secretaria de instrucción cuando Rosa hizo la denuncia en un Juzgado de Instrucción, el número 4. Fue la causa en la que se trabajó sobre la maternidad clandestina que funcionaba en la ESMA.

Este tipo de presentaciones sólo tienen sentido si son un homenaje a las Abuelas en general, y en mi caso, en particular, a Rosa a quien le agradezco como mujer su presencia y su valentía. Muchas gracias.

El aporte de los discursos penales a la legitimación del terror de Estado

Daniel Rafecas

Profesor adjunto de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UBA. Juez del Tribunal Oral.



Ya entrados en el siglo XXI, está claro que el papel cumplido por los discursos provenientes del ámbito de la penalidad ante el terrorismo de estado que llevó, por ejemplo, al exterminio físico de las dos terceras partes de la comunidad judía europea por parte de la Alemania nazi, o que campeó durante décadas en toda nuestra región con decenas de miles de asesinados, es un tema sobre el cual no se ha profundizado en la medida requerida.

Ello es así pese a que resulta central esta tarea como aporte al fundamental ejercicio de la memoria en torno a tales hechos, y no sólo para poner las cosas en su justo lugar (mirando al pasado), sino principalmente como una forma más, tal vez de las más apropiadas, de evitar que tales situaciones no se reproduzcan en el futuro.

En este sentido, es que creo que debemos comenzar a separar, de una buena vez, aquellos discursos provenientes desde nuestro campo de conocimientos que sirvieron exclusivamente a los intereses del Estado policial (que pueden ser denominados “discursos penales”, “legislación penal”, etcétera) de lo que conceptualmente es el Derecho penal, nacido al calor de la ilustración y pensado como conjunto de reglas dispuestas unívocamente para contener los abusos del poder estatal en perjuicio de los ciudadanos, a través de la articulación de un repertorio de garantías (legalidad, lesividad, culpabilidad, etcétera).

Trabajos recientes (especialmente los presentados por Enzo Traverso), no precisamente provenientes de la propia ciencia penal, han ido aproximándose al tema que aquí nos ocupa: a partir de éstos no puede discutirse, por ejemplo, la *línea directa* que conecta el conglomerado de discursos pseudo-científicos conocidos como la “escuela positiva”, propios de la criminología (considerada desde siempre como una ciencia auxiliar al Derecho penal) y las teorías nazis y demás discursos penales del enemigo, por medio de los cuales tales regímenes lograron la segregación simbólica y/o real del conjunto poblacional en cada caso delineado como “enemigo interno”, para luego apuntar a su eliminación física.

Desde este punto de vista, se trata de una condición necesaria de funcionamiento de todo modelo autoritario de poder estatal: definir claramente al “otro”, aislar a un sector de la población definiéndola como enemiga del sistema de poder imperante, más allá del motivo que impulsa dicha segregación, aunque suele ser la agitación de estandartes vinculados con el odio racial, religioso o político.

Es así que las teorías positivistas criminológicas, –provenientes especialmente del norte de la Italia del 1900, cuyos autores más destacados fueron Cesare Lombroso, Raffaele Garófalo y Enrico Ferri– mediante

una mixtura del discurso médico, policial y judicial, creían haber logrado trasplantar la explosión científica que se venía dando en las ciencias naturales a las ciencias sociales: empleando los mismos métodos inductivos, creyeron ver ciertas similitudes presentadas por los “delincuentes” examinados en cárceles, rasgos comunes de orden fisiológico, genético o sociopsicológico (según la teoría de cada autor) que los llevó a afirmar, ante la comunidad científica de aquel entonces, que era posible definir por ciertas condiciones etiológicas al “hombre delincuente”, tarde o temprano determinado a delinquir, frente a quien el Estado estaba autorizado a ejercer una suerte de “defensa social”, anticipándose entonces a lo inevitable y encerrando a ese ser inferior, degenerado, muchas veces irrecuperable para la sociedad, a través de lo que los penalistas y criminólogos denominaron, con cruel eufemismo, la metodología de la “inocuidación” o de la “neutralización”.

Estas teorías, lejos de lo que podemos pensar, tuvieron amplia repercusión en la praxis penal, no sólo en Italia (donde rigió un Código penal de cuño positivista, por influjo de Ferri) sino también en nuestro país, que recibió calurosamente estas teorías (con De Vega, Piñero, Ingenieros) y también estuvo muy cerca de sancionar un Código penal con dicha impronta, hecho que afortunadamente no sucedió dado que se impuso, por escaso margen, el modelo liberal en el código sancionado en 1921 por el Congreso Nacional.

Las noticias del descubrimiento del “hombre delincuente” también tuvieron amplia repercusión en la Alemania del 1900. Para ese entonces, el postulado de la “inocuidación” del delincuente irrecuperable era un lugar común en los tratados de la época. El más destacado jurista penal del momento, Franz von Liszt, emitió un furibundo documento, conocido como “Programa de Marburgo”, en el cual denostaba a ciertos sectores de las clases bajas señalándolas como el “ejército del delito” del cual los delincuentes profesionales no eran más que el “estado mayor”, en un tono bélico que predisponía al lector para imaginar la respuesta de la sociedad sana frente a esta “ralea criminal”. Cito textualmente:

“Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, así el cáncer

de los cada vez con mayor rapidez crecientes delincuentes habituales penetra en nuestra vida social [...] Se trata de un miembro, pero del más importante y peligroso, de esa cadena de fenómenos sociales patológicos que acostumbramos a llamar con el nombre global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, estafadores [...] degenerados psíquicos y físicos. Todos ellos forman un ejército de enemigos básicos del orden social, en el que los delincuentes habituales constituyen su estado mayor”.

En ese y en posteriores trabajos, especialmente su tratado de derecho penal (que tuvo más de veinte ediciones en las siguientes décadas, y fue traducido sistemáticamente al español y difundido en Hispanoamérica), von Liszt pregona, en un tono neutral y objetivo, propio del discurso científico, la inocuización de los delincuentes irrecuperables:

“En el momento en que el acto del delincuente revele una inclinación criminal arraigada («delincuente por naturaleza»; état dangereux) se necesita asegurar el orden jurídico mediante la inocuización del delincuente”.

Por supuesto, estos postulados teóricos fueron difundidos y ajustados a los requerimientos del poder por otros penalistas tras la muerte de von Liszt.

Lo mismo puede decirse del empleo de estos postulados en el marco de los gobiernos de facto de nuestro continente, que resultaron funcionales para entrenar ideológicamente a los perpetradores, servir de factor de cohesión, identificar al “delincuente” –entre nosotros era usual la denominación “delincuente terrorista”– y racionalizar la violencia estatal desatada en contra de las minorías estigmatizadas con esta clase de estereotipo.

Señala Traversa, con relación al Holocausto, que el cruzamiento de este discurso preventivo especial, negativo o eliminativo, con la asimilación del judío al bacilo o al virus (descubierto pocas décadas antes), que machacó durante una década la propaganda de Goebbels, fue fatal para terminar de hacer inútiles las ya de por sí escasas protestas de la opinión pública alemana frente a la persecución sistemática del pueblo judío: el discurso oficial dominante señalaba al judío no solo como determinado inexorablemente a ciertos delitos (la usura, la estafa, la agitación, la inflación de los precios, la explotación laboral, etcétera), sino además como factor de contagio de toda clase de males, desde enfermedades (desde el

tifus hasta las venéreas) hasta ideologías incompatibles con el “sano sentir del pueblo alemán” como el comunismo o el capitalismo; factor de contagio que, en definitiva, debilitaban tanto al Estado como al pueblo y, eventualmente, podían llegar a destruirlos por completo.

Estos mismos discursos estuvieron presentes como factor de legitimación del *politicidio* llevado a cabo en América Latina por las diversas dictaduras militares, todas ellas partidarias de la “doctrina de la seguridad nacional”, asignando a todos los integrantes de las diversas agrupaciones políticas opositoras esas mismas características de inclinación determinista a cometer ciertos delitos, fenómeno “científico” frente al cual el Estado autoritario debía tomar medidas preventivas y eliminatorias de modo tal de “cercenar el miembro infectado” para salvar el resto del cuerpo; o bien para “eliminar las células malignas” procurando evitar el efecto contagioso, y otras apelaciones organicistas similares.

Otras ideas reaccionarias que iban a tener impacto directo en los discursos y prácticas genocidas de los diversos terrorismos de estado modernos estuvieron a cargo del grupo de pensadores que, tras la muerte de Darwin, dominaron los principales ámbitos académicos dedicados al estudio de la biología, la anatomía y la antropología, en especial en Inglaterra, Francia y Estados Unidos, bajo una premisa en común: así como resultaba indiscutida la comprobación empírica de una evolución de las especies, tampoco podía ponerse en cuestionamiento que dicha evolución no se terminaba en el hombre sino que, en el marco de este concepto todavía demasiado genérico, última estación de la cadena evolutiva, era posible definir distintas “razas”, las unas más evolucionadas, las otras aun en estadios menos avanzados, desde el punto de vista de la referida evolución.

Dicha inferencia, defendida por autores como Spencer y Chamberlain, se propagó e impuso rápidamente. Las comprobaciones empíricas venían de la mano de las conquistas imperiales que “descubrieron” en la población negra del África profunda a seres “claramente inferiores” al compararlos con el hombre blanco civilizado europeo.

Pero no sólo ello: como existían razas superiores, era del todo evidente que si la humanidad quería evolucionar en esta cadena que nos empa-

rentaba con el resto del mundo animal y encaminarse hacia su perfección, era imperioso no sólo mantener dichas razas superiores sino, en la medida de lo posible, proveer a su “purificación”, mediante distintas técnicas de “higiene racial”.

Estas teorías racistas condujeron a los primeros casos concretos de impedimento de descendencia de personas con retrasos mentales en los Estados Unidos y Escandinavia y fueron un prelude del siniestro plan “T-4” puesto en marcha por Hitler en 1939 por el que murieron alrededor de cien mil personas con distintas discapacidades en el territorio alemán, muchos de ellos asfixiados por gas.

Pues bien, desde la “teoría” del discurso penal también hubo contribuciones al impulso racista que desembocará en Auschwitz y en otras experiencias genocidas. Por ejemplo, Karl Binding –el otro destacadísimo jurista penal alemán que dominó la escena en derredor del 1900– quien en 1906 publicó una monografía donde proponía, lisa y llanamente, la eliminación física de ciertos tipos de retrasados mentales, considerando que estos sujetos no podían disponer de sus vidas libremente y que por lo tanto el Estado debía librarlos de tanto sufrimiento (y de paso, dedicar esos recursos a asuntos más aprovechables), y acuñando la tristemente célebre frase de “personas desprovistas de valor vital”.

Los nazis se apropiarían de éste y otros trabajos teóricos similares de penalistas, médicos, antropólogos, entre otros, empleando la famosa consigna de eliminar “vidas que no merecen ser vividas”. Así concretaron una masacre planificada de niños y adultos de una crueldad inusitada, dado el estado de absoluta indefensión de las víctimas, que a su vez prepararía a la población, y en especial a la enorme maquinaria burocrática puesta al servicio de los delirios nazis, para lo que aún estaba por venir.

Una tercera vertiente, por la que las ciencias penales le proporcionaron teoría y praxis al nazismo, fue la legitimación del “encierro en custodia” de individuos que, aún sin tratarse de irrecuperables, pueda considerárselos, sea por la razón que fuere, como enemigos de la forma de vida dominante en una sociedad. Penalistas como el ya mencionado von Liszt proponían que cuando un reo cumpliera con su condena impuesta

por un tribunal, si era previsible que esta persona pudiera volver al mal camino, el Estado debía anticiparse y colocarlo en un establecimiento especial para tal fin o bien, en el mejor de los casos, decretar sobre él una “vigilancia policial” que le siga los pasos de modo continuo.

Cito textual de su “Tratado de Derecho Penal”, dominante en el Derecho penal alemán durante las tres primeras décadas del siglo XX. Tras presentar la pena de *inocuidación* para delincuentes diagnosticados como “irrecuperables”, Liszt agrega:

“(...) pero queda lo esencial: hacer inocuo al delincuente liberado, reclusándolo en un establecimiento especial o en la sección de un establecimiento. La inclinación arraigada no precisa una reincidencia repetida, sino que puede ya manifestarse indudablemente en el primer delito enjuiciado por los tribunales...”.

Para reforzar este párrafo, Liszt subraya la importancia de aplicar los métodos de comprobación de la personalidad por mediciones exactas del cuerpo (Sistema Bertillon de filiación antropométrica). Y además, agrega:

“Como medio para producir la inocuidación, se propone especialmente, al lado de la pena de muerte –cuyo efecto absolutamente seguro tiene enfrente varios inconvenientes... [¿Los pruritos de los penalistas liberales? ¿La oposición de las iglesias?] ...y de la prisión perpetua y por largo tiempo, la deportación, a pesar de que la experiencia proclama, sin excepción, su ineficacia”.

Con relación a la deportación como pena inocuidante, von Liszt cita un trabajo de investigación de entonces, a cargo del penalista Korn, que gozó del prestigioso premio de la Fundación Holtzendorff, titulado “¿La deportación, como medio penal, es aplicable prácticamente en las actuales circunstancias?”.

Luego, von Liszt señala que:

“Es útil como medio de seguridad, después de sufrida la pena, la vigilancia de la policía, pero sólo puede producir acción beneficiosa si está en relación con una asistencia protectora regularizada”.

Finalmente, Liszt introduce, en un tono neutro y “científico”, la siguiente medida que propone como remedio de neutralización de ciertos tipos de delincuentes incorregibles:

“Sobre la castración [o esterilización] del criminal, repetidamente propuesta,

compárese...”, citando a continuación cuatro trabajos que tratan el asunto.

El nazismo, a través de las SS y la Gestapo (luego fundidas en la Oficina Principal de Seguridad del Reich, RSHA, a cargo del *Reichführer* Heinrich Himmler) no hizo más que llevar a la práctica estas consideraciones teóricas: *inocuidación* por medio de la reclusión en los *Lager*; *deportación* (a los guetos del Este) de los asociales o extraños a la comunidad; eugenesia masiva de aquellos portadores de “vidas sin valor vital”; *castración* de violadores y homosexuales. Todo estaba previsto de antemano como medidas benéficas para el “cuerpo social” por destacados representantes de la comunidad científica del ámbito penal.

Ni bien asumido el poder en 1933, aquel “establecimiento especial” propuesto para los casos de “enemigos del Estado”, “raleas urbanas” y “delincuentes peligrosos” se erigió en las afueras de Munich y llevó un nombre que iba a quedar grabado en la memoria colectiva de toda la humanidad: Dachau. Muchos más lo siguieron, ya que es sabido que los “campos de trabajo”, los *lager*, se reprodujeron como hongos por todo el Reich. Allí fueron a parar, por oleadas, opositores políticos, toda clase de mendigos de las ciudades, delincuentes comunes, homosexuales, los primeros judíos perseguidos (especialmente tras la *Kristallnacht*); y luego comenzó a recibir también a los prisioneros de guerra.

Por último, otras prédicas propias de las ciencias penales, trasvasadas y aprovechadas por los nazis y demás regímenes autoritarios, tuvieron que ver con el empleo del principal artefacto del sistema penal en todo Occidente: la cárcel. Dispuesta al estilo de la fábrica, con división de tareas y férreo control de cuerpos y almas, el universo carcelario –nos dice Traverso– sentó las bases para la irrupción de lo que sería su salto cualitativo, nunca antes dado: el universo concentracionario. La lógica del trabajo, de la explotación de los cuerpos, del encierro total, de la sumisión absoluta fue llevada hasta las últimas consecuencias por los nazis.

Los centros clandestinos de detención de nuestro país también abrevaron de esta fuente, aunque entremezclada con otros fenómenos como el *aguantadero* del delincuente común, y por otra parte estuvieron desprovistos de la publicidad que en el nazismo se les daba a los *Lager* como fac-

tor de intimidación al resto del conjunto social, dando lugar así, a unas instituciones totales con rasgos propios.

Un último elemento discursivo legitimante de la violencia estatal, vinculado con la penalidad en general y que resurgió con los autoritarismos de entreguerras, fue el empleo de la tortura de modo masivo y sistemático. Justificada y racionalizada durante siglos en los procedimientos penales, a partir de su empleo generalizado por parte de los funcionarios de la Inquisición –que le asignaron el nombre de *tormento*–, tanto en la Europa como en la América católicas, en el siglo XX la tortura fue empleada con el mismo fervor no sólo por las policías secretas de los regímenes fascistas de entreguerras, sino que de allí pasó sin escalas a la lucha imperial francesa en el norte de África, desde donde se nutrieron los perpetradores de nuestro continente, para reproducir esas mismas prácticas en nuestros países durante las décadas siguientes.

Estos cinco conjuntos discursivos (el positivismo criminológico, el racismo eugenésico, los tratamientos especiales, la cárcel y el tormento), fueron creados, reproducidos o reforzados, según el caso, por las ciencias penales. Conjuntamente con otras ciencias de la época, le proporcionaron al terror de estado la base discursiva necesaria para racionalizar –tanto hacia adentro de sus estructuras como hacia fuera, es decir hacia la opinión pública– las prácticas genocidas que llevaron a cabo, especialmente, a partir del inicio de la segunda guerra mundial.

Pero merece destacarse el papel de la ciencia penal. Es que, a diferencia de las otras ciencias, naturales o sociales, el discurso de la penalidad no sólo venía presentado como algo que “es” sino, además, como algo que “debe ser”, como normativa y axiológicamente deseable.

Así, el estudio de los períodos dictatoriales desde la perspectiva de los discursos y desde la legislación penal imperante en ellos revela, por lo general, la desaparición total o al menos parcial de vestigios de Derecho penal, arrasado por un ejercicio del poder punitivo estatal que termina operando sin límites ni restricciones de ningún tipo.

También revela hasta qué punto la consolidación del Estado de Derecho como modelo de organización política depende de un sistema, no

solo «válido» sino además «eficaz», de garantías penales y procesales, a resguardo de los designios de quien se encuentre detentando el ejercicio de poder punitivo estatal.

Finalmente revela que si lo que se quiere es ser partidario del Estado policial, hay que abandonar el Derecho penal y enrolarse en otros complejos discursivos funcionales a tal cometido (como lo hizo Edmund Mezger en su momento, así demostrado por el profesor Muñoz Conde) ya que el Derecho penal –correctamente entendido– sólo es concebible como un freno a las pretensiones de un poder estatal potencialmente supresor de todas las libertades y de todos los derechos, en especial, los derechos humanos fundamentales.

“La justicia penal durante la dictadura militar”

Luis Niño

Profesor adjunto de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UBA. Juez del Tribunal Oral.



Muy buenas tardes. Lo primero que deseo, al igual que Stella Maris, es agradecer a las Abuelas de Plaza de Mayo el hecho de haberme convocado para esta reunión. Rosa me decía hoy ‘ustedes me traen muy buenos recuerdos’, y me resulta paradójico –o tal vez no tanto– que haya existido esa corriente humana en un momento de tanta inhumanidad oficial como para que nos podamos reconocer en buenos momentos, a pesar de lo acia-

go de las circunstancias existenciales que estaban viviendo las Madres y las Abuelas que se acercaban a nuestras dependencias judiciales.

Se me sugirió que hablara de la conducta o el comportamiento del estamento judicial durante la dictadura. Y como tengo unos años ya en los tribunales podría hacer alguna referencia también a la otra dictadura.

Yo llevo 36 años en los tribunales y entonces, por cierto, con unos pocos años durante la primera. Pero pude apreciar ciertas diferencias de comportamiento en algunos operadores del sistema judicial –como se dice en estos tiempos, diferencias de funcionalismo–, como por ejemplo en la dictadura comenzada por Juan Carlos Onganía en 1966 y epilogada con Alejandro Agustín Lanusse en 1973.

En esa época (cuando yo no tenía ningún protagonismo, era un ‘pinche’ como decimos nosotros en los tribunales), un fiscal de la nación, Guillermo J. Ouviaña, que luego fuera destacado catedrático de la Universidad de La Plata y juez de cámara en lo Criminal y Correccional hasta data muy reciente, fue el único funcionario o magistrado –que yo reconociera en aquel entonces– que desconoció abiertamente la ‘ley de facto’ 17.567; lo cual le valió –tras intimaciones por parte de la Procuración General de la Nación– la cesantía en su cargo de fiscal de primera instancia. Esto lo forzó a una inesperada incursión en la abogacía liberal, como abogado del foro, y sólo regresó cuando la democracia permitió que regresaran aquellas muchas personas que habían sido aisladas por su disidencia respecto de los gobiernos de facto y dictatoriales que padecemos.

También en ese período dictatorial apareció el primer fuero especial, es decir la Cámara Federal en lo Penal llamada “El Camarón”, dirigida exclusivamente a juzgar los delitos considerados subversivos. Para nutrir las filas de a ese “camarón” se echó mano a todo tipo de anzuelos como, por ejemplo, entregar un 40 por ciento de sobresueldos a quienes aceptaran ingresar como funcionarios o magistrados de esa Cámara y suministrar custodias, autos oficiales y todo lo demás.

Cierto es que si comparamos ese trecho institucional, visto desde la Cámara Federal en lo Penal o desde cualquier otro engranaje del sistema institucional judicial argentino –en lo nacional y federal que es lo que

más conozco y de lo cual puedo dar testimonio—, con lo que vino después, claro que aparece opacado, aparece hasta con un manto de benignidad aquel “Camarón”, luego absolutamente desvirtuado en su lacerante inconstitucionalidad por lo que vino más tarde. Pero en ese entonces el artículo 18 de la Constitución Nacional había quedado gravemente preterido, gravemente lesionado, al crearse un fuero especial en contra de la ley de nuestra Constitución histórica de 1853 a partir de la creación de esa Cámara Federal en lo Penal.

Ahora bien, pasando en un salto hacia 1976 —evocación que hice en estos días para encontrarme con ustedes en este coloquio— recuerdo llegar a las cercanías del Poder Judicial en esa triste mañana del 24 de marzo del '76 y encontrarme con muchos conciudadanos expresando una inexplicable alegría respecto del fin del gobierno de Isabel Martínez de Perón o María Estela Martínez de Perón y, acto seguido, encontrarme con un Palacio de Justicia —muchas veces considerado a la inversa— tomado en ese momento por dos armas, por dos comandos en jefe, adonde sólo pudimos entrar los dependientes de los jueces o magistrados considerados confiables o neutrales. Porque ya entonces había informes de inteligencia que impidieron a ciertos jueces y ciertos magistrados volver a entrar al Poder Judicial de la Nación. De esa manera, personal de carrera, dignos humana y profesionalmente, como Mario Gustavo Costa o como el desaparecido defensor oficial Dr. Díaz Lestrem, no pudieron entrar más al Palacio de Justicia oficialmente. Y algunos de ellos, como dije del “chino” Díaz Lestrem, no solamente no pudieron ejercer jamás la función pública sino que vivieron la desaparición y la eliminación física.

La gran incógnita es, ¿de qué manera nos comportamos frente a la tremenda tragedia que se abatía sobre el pueblo argentino quienes quedamos, quienes como empleados, funcionarios o magistrados nos mantuvimos en esos puestos? Y en ese sentido creo que hay mucho por investigar todavía. Y voy a dar algunas claves para investigar respecto de cuál fue la conducta que asumieron muchos que, después, por supuesto a partir del 10 de diciembre de 1983, se colocaron rápidamente la camiseta democrática y corrieron alborozados a saludarnos, a abrazarnos a los que hasta

pocos meses antes éramos una suerte de leprosos sociales porque habíamos tomado otro camino cívico, otro camino ético, frente a esa pavorosa tragedia que nos había tocado vivir a todos.

Y esto nos obliga a hacer algunas precisiones respecto de lo más doloroso de la historia. Yo propondría dos capítulos: el de la desaparición forzada de personas y el de los presos que fueron blanqueados por una u otra circunstancia.

Respecto de la desaparición forzada de personas sucedió que, a partir del 24 de marzo del '76, cuando se va lentamente regularizando el flujo de funcionarios y magistrados, reemplazados los expulsados por nuevos magistrados y funcionarios nombrados por el régimen militar, comenzaron a entrar en cantidades sobre los estados judiciales las sanciones de habeas corpus, suscriptas por familiares y por abogados. Sólo que, en un momento dado, en una nueva vuelta de tuerca de las instituciones de facto, se le ordenó a los fiscales de todos los fueros dar datos domiciliarios y nombres de los abogados, del foro o de cualquier foro, que estuvieran presentando este tipo de acciones o recursos, con lo cual mermó en gran número la cantidad de abogados comprometidos con este menester y sólo quedaron los familiares de los detenidos-desaparecidos, o simple y llanamente desaparecidos en muchos casos.

Y aquí debo hacer una digresión y recordar a quien no se apartó de su menester, a quien conocí personalmente, a quien fue mi compañera de estudios en más de una materia, con quien compartí momentos en esta facultad, y quien no se doblegó, no solamente frente a las amenazas y a la desaparición de algunos de los profesionales del foro, sino frente a la advertencia cursada desde un automóvil no identificable en alguna esquina cualquiera de Buenos Aires con la que se le hizo saber que iba a desaparecer si seguía presentando habeas corpus. Me refiero a Teresa Israel que, por supuesto, finalmente desapareció. Hicieron real la amenaza sus esbirros y ella simplemente desapareció. Supe de ella que había estado en el Atlético, mucho tiempo después, por servir a la justicia y servir al derecho.

Hecha la digresión, continúo. Estos habeas corpus, una vez que ingresaban, eran tratados con algún sesgo burocrático por parte de los jueces,

en el sentido de que se cursaban cinco telegramas –esto era lo clásico–: tres a los Comandos en Jefe, uno al Ministro del Interior, Harguindeguy, otro al Jefe de Policía Federal. Las contestaciones eran casi invariablemente negativas, con un cliché que decía “al ciudadano tal no lo tenemos en ninguna dependencia de esta repartición”, con lo cual, a partir de la ley procesal de ese momento, se carecía de la base fáctica para llevar adelante la acción de habeas corpus porque no había –o por lo menos no se conocía– una autoridad del Poder Ejecutivo o administrador que tuviera, sin derecho, restringida la libertad ambulatoria de un ciudadano sin control judicial. De este modo, el paso siguiente era el rechazo de la acción de habeas corpus –previa vista del fiscal, por supuesto– y luego la extracción de testimonios, por parte de otro colega desinsaculado por sorteo, para la investigación de la privación ilegal de la libertad a manos de civiles que, usurpando títulos, uniformes y función, y exhibiendo armas largas, habían cometido tal privación ilegal de libertad.

A mi entender hay claves como para poder investigar. Creo que sería muy importante saber qué magistrados y funcionarios cumplieron con la extracción real de testimonios, y esta información se puede obtener a través de los libros de recibos y a través de la incorporación de esas privaciones ilegales de la libertad como nuevas causas. Y también sería muy importante investigar qué curso procesal le dieron aquellos nuevos jueces a los cuales les resultaron sorteados estos casos. Creo que allí se echaría mucha luz respecto de cuál fue la conducta del estamento judicial argentino en esas épocas.

Yo tengo la fortuna –y Stella también– de haber trabajado con magistrados que, a pesar de haber sido designados por ese gobierno –en mi caso el Dr. Carlos Alfredo Oliveri, prematuramente fallecido; y en el caso de Stella, la Dra. Silvia Ardoy, quien incluso tenía parentesco con un militar en actividad–, llevaron adelante ellos mismos las investigaciones y nos dieron a nosotros una autonomía funcional suficiente como para continuarlas también. Obviamente, no de una manera por la que pudiéramos arribar al esclarecimiento absoluto de los sucesos, pero sí trabajando con la seriedad con que se trabaja cualquier investigación por un delito graví-

simo como el que teníamos enfrente. Es decir, nosotros podíamos citar a los familiares nuevamente, ratificar y ampliar sus testimonios y también los de vecinos, solicitar por los periódicos los testigos que pudiera haber. Lamentablemente no fue ésta una vía muy proficua pero se hizo.

Por esto se nos intimó enviándonos emisarios del Poder Ejecutivo que nos indicaban que cómo íbamos a estar trabajando de ese modo en vísperas de la llegada de la Comisión de la OEA, ya que se iba a considerar que acá había lo que no había y demás. Seguimos trabajando esto, no tuvimos testigos pero sí tuvimos a los familiares y a los vecinos que ampliaron testimonios y también tuvimos otra arma que parece muy pequeña: citar a las autoridades militares y policiales con jurisdicción en esos lugares, tomarles declaración, que incurrieran como incurrían porque estaban mintiendo en buena parte de los tramos fácticos que estaban relatando, tomar esas contradicciones para confrontarlos personalmente, hacer careos, confrontaciones personales, y de ahí pudimos obtener mucho. Mucho, digo, porque durante varias jornadas del juicio a los Comandantes en Jefe, de esas modestas secretarías que en ese momento encarnábamos, surgieron datos como para poder condenar a los máximos responsables de ese genocidio. Durante jornadas enteras, esas modestas secretarías de juzgados ordinarios, juzgados de instrucción, sirvieron para poder alimentar el juicio a los Comandantes en Jefe. Y lo digo no por una falsa modestia, sino porque creo que la autocensura y el miedo, o bien los prejuicios, o bien la ideología de muchos, fue mucho mayor que el verdadero peligro que pudiéramos estar corriendo por el hecho de trabajar como debíamos trabajar.

A mí me amenazaron telefónicamente, me amenazaron personalmente. Al Dr. Oliveri le allanó el domicilio irregularmente un grupo de tareas. Pero no nos asesinaron. De modo que, creo, la autocensura fue muy superior al peligro real y entonces otra hubiera sido la historia si el estamento judicial en su plenitud hubiera trabajado de otra manera estas causas. De otra manera que no es otra que el modo serio de tomar una investigación por un delito gravísimo como el que teníamos delante. Es cierto, nos montamos en una ficción porque esto era materia federal o militar para otra

manera de ver las cosas. Nosotros éramos juzgados ordinarios, pero si se nos servía en bandeja la ficción, si se nos decía que esas personas habían desaparecido a manos de grupos de civiles que usurpaban funciones militares, muy bien, desde nuestra función, avanzábamos todo lo posible.

Nos ocurría también que en la medida en que se tratara de jerarcas militares ya no podíamos nosotros proseguir con una actuación de este estilo ya que éramos simples secretarios de justicia ordinaria. Si bien teníamos delitos muy graves continuaban dentro de la órbita ordinaria y no como éste que hace a un bien jurídico tan importante como la regularidad en el ejercicio de las conductas de las Fuerzas Armadas y de Seguridad.

Pero en este raconto muy atropellado y muy desprolijo sobre cómo se trabajaba en esa época, yo había aludido, al comienzo de esta exposición, a un segundo capítulo. Fue muy importante para nosotros y nos dio una gran ayuda. Se trata de un reducido pero muy valeroso grupo de ex detenidos desaparecidos que, en lugar de abandonar el país (lo cual hubiera sido justificable desde la perspectiva existencial de cualquiera de ellos), se quedaron y vinieron a estos juzgados que eran sensibles y receptores de este tipo de novedades para proseguir las investigaciones.

Recuerdo, por ejemplo, a Jorge Watts quien fue de invalorable ayuda para que pudiéramos llegar a pisar el campo de concentración de El Vesubio y poder secuestrar allí datos invalorable de la existencia de ese campo de concentración en plena dictadura militar. O también recuerdo, en otro orden de cosas, testimonios de ex soldados a partir de los cuales pudimos tener preso por la desaparición de dos conscriptos, en este juzgado ordinario, al señor Reynaldo Bignone, diez días después de ser presidente de la República durante la dictadura. Se trataba de los conscriptos Steinberg y García que, por ser soldaditos de la federación juvenil comunista pero sin ninguna actividad –que por cierto ninguna lo hubiera justificado–, cayendo como chorlitos con su bolsito los domingos a la noche, se los llevaron y los desaparecieron por orden de Reynaldo Bignone.

Entonces, a ese mismo señor Bignone lo tuvimos preso; lamentablemente el poder civil de turno recién recuperado consideró que era una maniobra desestabilizadora, consideró inoportuno que hubiéramos espe-

rado a que se recuperaran las instituciones democráticas para poder decirle al que era en ese momento, cacareadamente, el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas que se asumiera como tal y que trajera detenido al señor Reynaldo Bignone. No sucedió de ese modo pero vino de todos modos detenido y fue uno más de estos episodios en los cuales la rectitud en el obrar de algunos operadores del sistema de justicia sirvió como para que se lograra al menos esclarecer en su mayor medida ciertos episodios y darle algún cariz de seriedad al tratamiento, a la respuesta punitiva, respecto de semejante crimen.

Y les decía que al otro capítulo lo materializaron los detenidos a disposición del Poder Ejecutivo. Cuando ya no tenían nada que hacer, cuando no tenían de qué manera procesar a los ‘blaqueados’, se los mantenía detenidos a disposición del PEN pero allí hubo otra serie de eliminaciones –eliminaciones en la “tortuosa vía de las cárceles” como decía Miguel Hernández– aprovechando el desvalimiento de personas detenidas a las que se sometió también a procedimientos absolutamente inhumanos de torturas psíquicas comprobadas. Y lo traigo a cuento por el caso Toledo que tuvo un prolongado proceso –que yo comencé como secretario y terminé como juez, cuando a mí en época democrática se me nombra juez– en el cual procesamos al equipo médico de la División Médico Psiquiátrica del Servicio Penitenciario Federal en pleno porque teníamos comprobado el tratamiento absolutamente contrario a la *lex artis* de su persona. Cuando estaba aún detenido, a disposición del PEN en la Unidad Uno de Caseros, se suicidó porque estando desequilibrado y medicado se le quitó bruscamente, sin ninguna indicación terapéutica, el suministro de sedantes, ansiolíticos y demás psicotrópicos. Esto devino en su suicidio en sólo veinticuatro horas.

Cuando realizamos la prisión preventiva de esas personas y del director de esa unidad, un juez de la recuperada democracia, que fue el juez de sentencia que siguió nuestra primera fase instructoria, absolvió a todos ellos. A pesar de reconocer la veracidad de lo que el instructor había dicho respecto del estado de terror que se había vivido en esa unidad, adujo que no encontraba elementos de juicio suficientes para considerar

que ellos eran los responsables; y concluyó devolviéndome a mí la causa, como juez de instrucción, para que siguiera investigando por donde pudiera. Obviamente, ante la cosa juzgada por parte de ese magistrado, que creo que fue sugestivamente movilizadado de juez de instrucción a juez de sentencia para hacerse cargo de este proceso, se logró que quedaran impunes estas personas. Lo único que pude hacer yo fue continuar hacia arriba, mandar a que resolviera la justicia federal con vinculación al proceso de la cadena de mandos. Para mí estaba perfectamente perfilado quiénes eran los responsables directos en ese caso pero, obviamente, la justicia federal, en horas, resolvió el tema de una manera drástica y nunca más se investigó el caso Toledo.

Para quien le interese la investigación puede acceder a los casos como el de El Vesubio o el de Toledo que llevan la carátula 37.360 y 37.361, respectivamente, de la Secretaría 110 del Juzgado de Instrucción número 3.

Todas estas son solamente anécdotas, pero anécdotas que revelan que en un momento muy especial de nuestra historia no todo el mundo miró para otro lado, aunque sí creo que, como estamento profesional, el Poder Judicial de la Nación dejó mucho que desear. Para mucha gente no solamente se trataba de llegar a un lugar donde se tomaran los trámites del caso, sino escuchar a un ciudadano que venía con semejante drama absolutamente injustificable y poder conversar de persona a persona, cuando la regla general, según se nos relató, eran las puertas, los esquives respecto de este tipo de cuestiones.

Creo que quienes quedamos de esa época debemos hacernos todos un examen de conciencia a fondo todos los días respecto de qué es lo que hicimos y lo que dejamos de hacer, porque la inacción de buena parte de este estamento logró por omisión colaborar con la dictadura. Aunque en la mayoría de los casos fue por omisión, hubo algunos funcionarios y magistrados –a los que también tuvimos procesados por el incumplimiento de los deberes de funcionario público doloso– que ayudaron con sus acciones y no sólo con sus omisiones. Pero creo que si unos y otros hubieran obrado de la manera que juraron alguna vez obrar, o sea, en base a criterios de justicia, otra hubiera sido la historia de los treinta mil

desaparecidos que todavía buscamos, que todavía seguimos esperando y que todavía, por lo menos, queremos la reivindicación, con la vida y con la justicia, de saber la verdad de lo acontecido.

Nada más, muchas gracias.

DEBATE

Público: Simplemente quería manifestarle una experiencia personal. Mi hermano fue secuestrado en el '76 y la descripción suya es perfecta porque él hoy sufre las consecuencias de aquel tiempo. Estuvo 45 días desaparecido. Yo soy de la localidad de Moreno, allí hubo muchos desaparecidos, y muchos no volvieron. Muy poco se sabe de esto y tiene razón: los familiares son los que más caminaron por todos lados, tocando puertas, recibiendo negativas por todos lados. Por ahí nosotros jugamos un poquito con el designio de Dios, por ahí Dios quiso que no fuera él un desaparecido más. Pero hoy mi hermano vive –o sobrevive y no sé por cuánto más– consumido en el alcohol. Sufre tremendamente, sufre calambres en las piernas. Él no es el mismo, su personalidad no es la misma, nunca más fue la misma. Los primeros tiempos, luego de que él recuperó la libertad, vivía perseguido. De cualquier persona que pasaba cerca, o en la esquina o en la otra cuadra, suponía que lo estaba vigilando.

Bueno, esto es un sufrimiento que llevó él durante años, y que llevamos nosotros, su familia. Es mi hermano mayor, y ya le digo, hoy está muy mal, está sufriendo extremadamente su supervivencia. Esto me llevó a mí a conocer, a caminar, a andar, y hace seis años formé una Asociación Civil, donde promovemos derechos. Los conocimientos que adquirimos durante todo ese tiempo, en esas recorridas, los trasmitimos a los adolescentes, los niños, los jóvenes. Trabajamos con los jóvenes en riesgo, con los jóvenes vulnerables, con toda esta juventud que tiene mucho bombardeo de marketing, de venta, que los insta al consumo de alcohol y demás. Mi experiencia quería contar, nada más, gracias, muy amable.

Luis Niño: Muchas gracias a usted. Sin duda que hay una cifra no de-

terminada de víctimas que no cuentan entre las desapariciones físicas pero que llevan el lastre de la perturbación psíquica permanente que significaron esas experiencias límite. Están los directos damnificados y están sus familiares. Yo tengo la agridulce o ambigua impresión, sensación existencial, de recibir hasta el día de hoy a familiares de desaparecidos que me dicen ‘usted es la familia que me queda’ y vienen a verme periódicamente porque estamos unidos por ese dolor de ellos, absolutamente abierto por la incertidumbre, por la falta de conocimientos respecto de la verdad. Por trágica que fuera, siempre la verdad es preferible a esto, a no saberlo. Y esa deuda es una deuda inconmensurablemente inmensa, que se suma a las desapariciones físicas constantes y sonantes. Obviamente, la desaparición en sí misma es lo peor, es el drama; pero están los familiares, los vecinos, los amigos, y las personas que han vivido la desaparición forzada, que llevan el estigma. Y por eso es una deuda social.

Mesa:

Maternidades clandestinas

La investigación como un aporte para la búsqueda de los niños apropiados durante la dictadura

María Esther Alonso Morales, Emanuel Lovelli, María Luz López Alcala, Nicolás Ialonardi

Equipo de investigación de la filial La Plata de Abuelas de Plaza de Mayo.



Buenas tardes, gracias por estar acá. Primero les vamos a pasar un video introductorio que presenta nuestro trabajo, después lo vamos a ir exponiendo.

Como vieron se trata de un sencillo video con el cual intentamos presentar el trabajo para que ustedes, además de los datos, tengan imágenes de nuestro trabajo.

Esta investigación la estamos haciendo desde el año 2004. En mayo de 2005 entregamos el primer informe, más de 300 páginas que dan cuenta de los centros relevados hasta el momento. Y actualmente hemos terminado el relevamiento de otros centros que incluiremos en un próximo informe. Aunque el convenio termina el año que viene, creemos poder renovarlo para concluir la entrega de tres informes.

En principio estuvimos trabajando en centros clandestinos de detención cercanos a la ciudad de La Plata y conurbanos bonaerense en la zona sur, pero nos gustaría de a poco ir ampliando la investigación a la provincia de Buenos Aires y así llegar a zonas como por ejemplo la de Mar del Plata, y a todos esos centros sobre los cuales ya hay algunos trabajos realizados, pero de los que se requiere una profundización, y de este modo obtener un informe que reúna el panorama de toda esta provincia.

Daré algunos datos generales que enmarcan nuestro trabajo: durante la dictadura militar existieron en la argentina más de 350 centros clandestinos de detención. En la asociación Abuelas de Plaza de Mayo hay alrededor de 300 denuncias documentadas de niños desaparecidos, pero se estima en más de 400 la cifra real. Y esta cantidad se sigue ampliando. A medida que se va profundizando el trabajo de investigación, se van incorporando nuevos casos de mujeres que no fueron denunciadas en su momento por distintas razones, sea por desconocimiento de las familias o por temor a denunciar.

Esta ampliación en la cantidad de denuncias de desaparecidas embarazadas también se consigue con el trabajo de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI), en la Secretaría de Derechos Humanos.

En 28 años ya se han resuelto más de 80 casos. En esta cifra se contemplan también los casos en los cuales se ha descubierto que la mujer

embarazada desaparecida fue asesinada sin poder dar a luz y también los casos de niños que fueron asesinados. O sea, esta cifra no se limita únicamente a las restituciones de chicos ya sea nacidos en cautiverio o secuestrados con sus padres.

En este contexto la sistematización y profundización de todo concierne a los centros clandestinos se fue convirtiendo en una herramienta necesaria para la resolución de los casos; y así surge el proyecto de investigación *Maternidades clandestinas*.

Ésta es una herramienta más, un aporte más, para la búsqueda de los niños desaparecidos durante la última dictadura. Es un aporte a la investigación que hacemos desde Abuelas ya que sostiene y fundamenta las denuncias y las causas judiciales y se pretende dilucidar cuál fue el destino de estos niños.

QUÉ SON LAS MATERNIDADES CLANDESTINAS

Las maternidades clandestinas son aquellos lugares en los que estuvieron las mujeres embarazadas, secuestradas por el terrorismo de estado durante la última dictadura militar, y en los cuales dieron a luz.

Aquí es conveniente hacer una aclaración. Ésta es una definición general aunque restringida. En principio, nosotros estudiamos tanto aquellos lugares por los que transitaban las mujeres como aquellos lugares en los que comprobamos que hubo una estructura montada específica para que las mujeres fueran llevadas allí, dieran a luz a sus hijos, y después se los quitaran. Es el caso del hospital de la cárcel de Olmos, por ejemplo, que estaba muy cerca de un centro clandestino de detención (CCD) conocido en La Plata como La Cacha. Sabemos por numerosos testimonios y casos comprobados –por ejemplo, el caso de los mellizos Reggiardo-Tolosa– que las mujeres eran sacadas del centro de detención y llevadas a esta maternidad, a este hospital. Las instalaciones previstas para atender a las presas políticas, durante la dictadura, fueron utilizadas para los partos clandestinos. Allí había quirófanos, equipo médico, enfermeras y toda una

estructura montada en la cual hasta se podían planificar cesáreas. Y ese es el rastro que seguimos para poder determinar dónde nació el bebé y de dónde sacaron a la mujer y separaron a la madre del hijo.

METODOLOGÍA DE TRABAJO

Como ya se explicó, hacemos una recopilación de toda la información existente hasta el momento. Nos habíamos dado cuenta que el problema no era la falta de información sino que ésta aparece como sobreabundante, repetitiva y dispersa. Entonces, nuestro primer paso fue la selección de toda la información dispersa en archivos. Trabajamos tanto con archivos de organismos de derechos humanos –Abuelas, por ejemplo– como con archivos oficiales –sea en la Justicia, en la Secretaría de Derechos Humanos, legajos CONADEP, causas históricas. Y también, por ejemplo, utilizamos como fuente las declaraciones del Juicio por la Verdad, donde hay un cúmulo de información que está mantenida a disposición de la Cámara y que nos resulta de mucha importancia.

El paso siguiente a la recopilación de la información es analizarla y sistematizarla. Así, le damos un orden, una ubicación por centro clandestino, por cada caso de mujer embarazada, confeccionamos los listados de los desaparecidos vistos y también de las mujeres vistas en esos centros.

Luego de ordenada por caso, de sistematizada esa información, confeccionamos con ese material un relato sobre el secuestro y la desaparición de la madre y del niño nacido en cautiverio o secuestrado con sus padres. El producto al que queremos llegar es el de un relato que dé cuenta de toda esa parte de la historia de esa mujer secuestrada. En rigor, el relato comienza un poco antes del secuestro ya que incluimos también, por supuesto, sus datos personales, el origen político, el lugar donde fue secuestrada; y desde allí se intenta seguir el circuito por el que esa mujer embarazada desaparecida tuvo que pasar, es decir, el tránsito por los distintos centros hasta que dio a luz, hasta que nació el niño que luego fue sustraído de su lado.

Por esta razón decimos que el principal objetivo de este trabajo es hacer un informe que cruce la mayor cantidad de datos existentes hasta el momento de todos los centros clandestinos de detención que funcionaron en la provincia para tratar de dilucidar el destino de los niños desaparecidos, y acompañando las acciones jurídicas con la investigación.

Porque nosotros cada vez que desde Abuelas tenemos que presentar un caso a la justicia, tenemos que investigar, ya sea por la denuncia de la embarazada o por un chico posible que sospechamos que es hijo de desaparecido. Esa denuncia tiene que estar acompañada de una investigación, de una documentación necesaria para poder llegar a conseguir las pruebas genéticas que determinen su identidad y se compruebe si es o no hijo de desaparecido. Del mismo modo, por ejemplo, cuando un chico espontáneamente se presenta a la CONADI y accede a hacerse una prueba, y se descubre que es realmente hijo de desaparecidos, toda esa información que tenemos en la investigación sirve luego para acompañar la causa respecto de la historia anterior.

La restitución de la identidad de un chico nos trae la otra punta del ovillo y entonces se completa el relato. Por eso, en los casos que han sido resueltos, también incorporamos al trabajo el informe sobre la restitución. Esto quiere decir, podemos incluir la información de a manos de qué parejas fue entregado, quiénes lo apropiaron, si pertenecían o no a las fuerzas de seguridad, si hubo un nexo ahí entre un médico y una partera vinculadas a las fuerzas represivas, cuál es el tiempo que pasó entre el nacimiento y la entrega de este chico. Toda esa información que nos aporta la aparición de un caso nos va a permitir llegar a conclusiones que, a su vez, arrojarán luz sobre otros casos. Es así como la información se va completando permanentemente.

El último caso de restitución es justamente Leonardo Ortega Fossatti¹, un caso que ya formaba parte de esta investigación. Y ahora podremos incorporar toda la información que él nos trae con su historia, con esos 27 años que pasaron desde que nació hasta ahora que pudimos encontrarlo.

CCD TRABAJADOS

El primer centro que mencionamos es el Cuerpo de Infantería de la Policía bonaerense, en 1 y 60 de La Plata. El orden que le dimos en esa lista no es azaroso. 1 y 60 es un centro clandestino que se trabajó por primera vez en nuestra investigación. Es decir que ningún organismo había sistematizado la información que existía sobre éste.

El orden que sigue respeta el circuito que operaba la lógica represiva en ese entonces: la Brigada de Investigaciones, Arana, Comisaría quinta, La Cacha, el hospital de la cárcel de Olmos y el Pozo de Banfield.

La Brigada de Investigaciones de La Plata funcionó como un centro clandestino, sobre todo, de registro de detenido. Arana fue, fundamentalmente, un centro donde se practicaba salvajemente la tortura del detenido durante varios días. Y al resto de los centros clandestinos se los podría definir como que cumpliendo la función de depósito de detenidos donde las detenidas permanecían meses hasta su desaparición.

Esto no es terminante pero es lo que resalta en las lecturas que hacemos de los testimonios y de las características de funcionamiento que estudiamos de cada uno de los centros, basándonos incluso en investigaciones realizadas por otros organismos de derechos humanos como por ejemplo los realizados por los ex detenidos.

Vamos a hacer una salvedad con el hospital de la cárcel de Olmos porque lo que construimos fue fruto de una investigación bastante propia, con la que arrancó el equipo a trabajar. Nuestra hipótesis, por primera vez abordada y ya probada, fue que este hospital no funcionó como centro clandestino en sí mismo sino que allí permanecían muchos detenidos a quienes se atendía luego de haber sido torturados y se probó también la presencia de muchas embarazadas. El caso más conocido es el de María Rosa Tolosa, quien dio a luz allí a los mellizos Reggiardo Tolosa, restituidos ya hace algunos años.

Nos basamos en ese caso como punta pié inicial y pudimos comprobar, mediante entrevistas con presas políticas por ejemplo, que era frecuente la presencia de otras embarazadas detenidas ilegales, tal como las

llamaron las enfermeras que testimoniaron.

Si bien El pozo de Banfield no entra en ese circuito fue trabajado porque resultaba necesario hacerlo para la causa Bergés y por el caso de la restitución de identidad de Carmen Sanz.

FUENTES

Son muchas las fuentes con las que trabajamos. Mencionaré las más importantes: el archivo documental de Abuelas de Plaza de Mayo; los legajos de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP), los de la Secretaría de Derechos Humanos y los de la Dirección de Inteligencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires (DIPBA); el archivo digital de CONADEP; asimismo los testimonios del Juicio por la Verdad son una fuente que enriquecen semanalmente nuestro trabajo de investigación.

Por otra parte también contamos con el trabajo de recopilación de datos de los ex detenidos, como ya hemos mencionado; y también con las diversas causas judiciales en las que navegan estos abogados que, aunque sean causas históricas, incluso se han encargado de desarchivar y sacar información de escritos que tal vez hace unos años, por ser otro el contexto, no eran utilizados para este objetivo.

También realizamos entrevistas personales permanentemente. Por ejemplo, para reconstruir lo del hospital de la cárcel de Olmos se entrevistó a muchísimas ex presas políticas que en ese momento permanecían a disposición del PEN, por ser presas legales.

Finalmente, también hemos podido hacer visitas de reconocimiento de los predios. En este sentido es necesario destacar la disposición y la voluntad de la Secretaría de Derechos Humanos para facilitarnos muy rápidamente una visita a la cárcel en la cual pudimos reconocer el quirófano mismo donde dio a luz María Rosa Tolosa y donde –nosotros sostenemos– dieron a luz muchas otras embarazadas. Porque además pudimos entrevistarnos con embarazadas que estuvieron ahí y que luego fueron liberadas.

EDICIÓN

No tenemos ediciones impresas del informe, sólo hemos podido hacer copias de un resumen para las filiales. Pero queremos compartir con ustedes el contenido de esa entrega.

En el informe se incluye la ubicación de cada centro, con un mapa urbano actual; un plano interno de cada centro generalmente realizado por algún ex detenido; la descripción del lugar y los modos de funcionamiento. Los listados de desaparecidos vistos allí y de represores. Y se agrega un cuadro de embarazadas con el relato reconstruido de cada una de ellas, junto a su ficha personal que se realiza con cada caso de Abuelas. Y esa ficha contiene absolutamente toda la información que tenemos de esa desaparecida embarazada que tuvo a su hijo o hija en cautiverio.

ALGUNOS NÚMEROS

Estos son algunos de los números que tenemos sobre lo que estamos bajando.

46 casos de embarazadas registradas en total. Es decir que tenemos 46 fichas personales de las embarazadas.

32 embarazadas están desaparecidas

5 embarazadas están liberadas

8 embarazadas aún no han sido identificadas por lo tanto se desconoce su destino. O sea que no podemos afirmar si han sido liberadas o están desaparecidas. De hecho, nos encontramos con un caso, Ángela Daniele, que por primera vez dio su testimonio el año pasado y entonces pudimos identificarla recién el año pasado. Sólo la teníamos registrada con un apodo adentro de un centro clandestino y desconociendo su destino. Y esta persona nos pudo contar que dio a luz ya liberada y fue una de las personas que estuvo detenida en la cárcel de Olmos, luego de haber pasado por 1 y 60.

De cualquier modo somos reacios a los números porque éstos sólo

indican las embarazadas vistas, es decir, de las que tenemos al menos un testimonio que la mencione. Nunca se cierran estos números.

JUICIO POR LA VERDAD

Una parte específica de la investigación, y fundamental para llevarla a cabo, es la recolección de documentos y datos para que luego se trabajen en el seno del equipo y se llegue a estos números y a estas hipótesis que ya hemos comentado.

Como hemos adelantado, una de nuestras fuentes privilegiadas es el Juicio por la Verdad. Éste es un juicio *sui generis*, por así decirlo, que comienza en 1998 dada la situación de impunidad que se vivía en el país por las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el estado argentino se comprometió a abrir este proceso en el cual se busca la verdad sobre lo que ocurrió en el período de facto y el destino de las personas desaparecidas. Finalmente, la Cámara Federal de La Plata –por solicitud de organismos como Abuelas de Plaza de Mayo, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos de La Plata, Madres de Plaza de Mayo y otros– acepta la competencia para los casos de toda la jurisdicción La Plata, que no solamente abarca la ciudad de La Plata y gran La Plata sino que llega a zona sur de la provincia de Buenos Aires, como Avellaneda, Lanús, Quilmes, etcétera.

El Juicio por la Verdad es un juicio *sui generis* porque se trataría de una gran instancia probatoria que no tiene consecuencias penales; es decir, como el objetivo de estos juicios es la búsqueda de la verdad, no se pretende condenar a nadie. Lo que no quiere decir que, a raíz de una declaración o la comprobación de un delito en el desarrollo de estas audiencias, luego se haga un traslado hacia el juzgado penal de turno o a la fiscalía para que comience a investigar determinado delito que pudo haber sido mencionado en estas audiencias.

Es así como durante todos los miércoles de los años que van de 1998 a 2004 –y actualmente continúa– se desarrollaron 942 audiencias, en las

que dieron testimonio familiares de detenidos desaparecidos, sobrevivientes, represores –policías y médicos policiales, y también militares–, además de testigos comunes.

La dinámica de las audiencias es tomar testimonio a diferentes testigos propuestos por las partes, a testigos que van espontáneamente al juicio a declarar, y las personas que el tribunal, de oficio, llama (personas que quizá pasaron por una audiencia anterior, por ejemplo).

Al comienzo se había solicitado que se vayan tomando declaraciones con el criterio de trabajar por CCD, es decir que se ordenen los testimonios de ese modo; sin embargo se ha ido desdibujando ese criterio y entonces, los organismos, intentamos sistematizarlos de acuerdo a esa distribución de la información.

Para la investigación que estamos llevando a cabo, sin duda que los testimonios más valiosos son los de los sobrevivientes; en general son ellos quienes aportan nuevos datos. Pero respecto de las personas involucradas en las fuerzas de seguridad –ya sea personal de seguridad en sentido estricto, o médicos de las fuerzas– nos resulta bastante difícil la interpretación y sistematización de sus testimonios por la reticencia de estas personas para dar atestiguar y expresar la verdad, más allá de que en algún caso se haya podido iniciar una causa por falso testimonio a raíz de su declaración.

Se estima entre dos mil y tres mil el número de personas desaparecidas en la jurisdicción La Plata. A ciencia cierta no se sabe porque nos ha pasado, en más de un caso, que por ejemplo se cita a una persona para que cuente el relato de la desaparición de un familiar o de un amigo o de una persona que ha conocido y nos encontramos con que esa persona había estado detenida también. O sea que no creemos poder llegar nunca a la finitud del número de personas desaparecidas en La Plata, pero sí a una estimación más precisa.

PRUEBAS DOCUMENTALES

Aunque las audiencias del Juicio por la Verdad merecen un apartado porque es la fuente que más sustento da a nuestro trabajo, no podemos dejar

de mencionar las pruebas documentales que también nos sirven, como en cualquier tipo de proceso ante la justicia. Hemos podido rescatar libros de entrada del hospital de la cárcel de Olmos que nos han servido para la investigación del circuito. El libro de partos, lógicamente, y otro tipo de pruebas documentales como son por ejemplo los legajos de personal de las fuerzas de seguridad, ya sea de policía o militar, que también nos sirvieron para establecer la mecánica de la apropiación de chicos.

Y con respecto al relevamiento de causas históricas de Abuelas de Plaza de Mayo en el Archivo Penal para su tramitación ante la secretaría única del juicio, nos referimos a viejas causas en las que encontramos elementos que ahora no podríamos reproducir, por ejemplo testimonios de personas que han muerto, o en algunos casos hemos hecho comparaciones entre testimonios brindados por la misma persona en 1984 y en 2005. En estos casos ha pasado mucho tiempo, por lo cual la persona quizás ha hablado con otras personas liberadas del mismo centro, entonces es probable que cuente no sólo lo que vio sino también lo que le ha llegado. Observamos en estos casos un afán por descubrir la verdad, pero para una investigación tan detallista como la nuestra, eso a veces juega un poquito en contra.

Entre las causas históricas a las que nos referimos también se incluyen hábeas corpus presentados por Abuelas y familiares en el instante mismo de las desapariciones, cuyo resultado, en la mayoría de los casos, era negativo. Con el advenimiento de la democracia se presentaron muchos más hábeas corpus y se iniciaron numerosas causas sobre desaparición forzada –no con esta figura delictiva–, además de causas relativas a los chicos nacidos en cautiverio. Todo esto había quedado en el archivo penal, y obviamente en esos tiempos la investigación y la voluntad judicial, por decirlo de alguna manera, no eran las mismas que las de ahora, sin querer decir con esto que hoy exista una voluntad total.

Por una cuestión de practicidad, pero también por una cuestión de resguardo, sacamos las causas relevadas del archivo penal, porque ha habido causas que en el archivo se han quemado o se han inundado los sitios en donde estaban guardadas. Por eso preferimos que queden a resguardo en la secretaría única, ya que allí están más custodiadas, y porque es más práctico

para nosotros, puesto que así podemos seguir produciendo pruebas sobre esos mismos expedientes que tramitaron antes en la justicia provincial.

Enlazado con lo anterior, se encuentra la incorporación de nuevos datos y citación de nuevos testigos en el marco de la investigación. Cuando hablamos de nuevos datos nos referimos a datos que volvemos a elaborar partiendo de elementos que encontramos en las viejas causas. Por ejemplo, si una persona fue mencionada en 1984 y luego se le perdió el rastro, tratamos de buscarla para que nos permita seguir investigando. Lo mismo con la citación de nuevos testigos.

Es importante señalar, y de esto nos hemos dado cuenta durante nuestro trabajo, que en estas viejas causas se intentaba establecer la situación particular de una persona. En consecuencia, donde ya no había forma de avanzar con respecto a la desaparición de cierta persona, la causa se terminaba. Por esta razón tratamos de trabajar por centros, porque quizás una investigación que se terminó respecto a una persona nos puede dar datos sobre otra persona que estuvo con esa que da nombre a la causa. Las investigaciones se van cruzando: por un lado la persona y por otro el centro clandestino.

El traslado de las hipótesis de investigación al desarrollo de las audiencias, por ejemplo, sistematización del número de personas como del personal interviniente en el Hospital de Olmos, permitió que la justicia citara a los médicos de ese hospital y así continuar aquella elaboración que habíamos empezado nosotros. Otro caso fue el de 1 y 60, del cual encontramos mucho material disperso pero que nunca había sido trabajado sistemática y analíticamente. Nosotros, por ejemplo, descubrimos que muchos delegados gremiales fueron llevados a principios de 1976 a 1 y 60, y esto nos dio la pauta de que evidentemente 1 y 60 era el destino de los delegados gremiales de toda la zona petroquímica de La Plata, y eso lo llevamos al seno de la audiencia para que continúe la investigación y sea aprovechada por los otros organismos.

SOPORTE

El soporte de nuestra investigación, aunque también trabajamos en papel, es básicamente digital. Se trata de un cd con vínculos y en el que se puede navegar. Se puede entrar a cada centro y encontrar allí relatos de mujeres embarazadas que pasaron por cada uno de ellos. La idea es tener una idea del recorrido de esta mujer mientras estuvo detenida.

Este trabajo, como ya dijimos, constituye un primer informe. Pero está previsto otro informe para el año que será estructurado de manera distinta: estará organizado por circuitos (circuito La Plata y circuito Zona Sur) e intentaremos revelar las vinculaciones que había entre estos centros. Contamos con mucha información gráfica de los centros, como fotos, planos y toda la reconstrucción que hemos hecho.

OBJETIVO

La idea es que podamos aportar todo esto a la justicia –ya sea para sostener las acusaciones como para hacer avanzar las causas– a medida que vaya siendo necesario y a medida que vayamos completando la investigación.

A lo largo de nuestro trabajo, nos hemos dado cuenta de que si los organismos de derechos humanos no hubieran investigado durante estos veinte años de impunidad, no habrían sido posibles las causas que hoy están en proceso judicial. Realmente la investigación siempre ha estado en manos o bajo la responsabilidad de los querellantes.

Ya hay mucha información que está en manos de la justicia y muchos represores identificados que todavía no han sido citados siquiera. Por esta razón el informe tiene una versión pública, que da cuenta de lo más descriptivo; y otra versión para ser entregada a la justicia, con todos los datos de los represores; porque por supuesto que no queremos frustrar las investigaciones.

DEBATE

Público: En la investigación que tienen hecha hasta ahora, ¿pueden determinar, en el recorrido por los CCD de una mujer detenida embarazada, dónde fue parido su hijo? ¿Parían en los mismos centros por donde las hacían pasar o las llevaban a algún lugar específico?

Equipo: Esa es la finalidad de este trabajo. En el caso de Olmos nos dimos cuenta que, como funcionaba en el mismo predio que manejaba el Servicio Penitenciario Bonaerense y el CCD La Cacha estaba a ochenta metros de este hospital, las mujeres eran llevadas ahí a tener a sus hijos, incluso con cesáreas programadas. Y como este centro estaba a disposición del Servicio Penitenciario Bonaerense, entonces ahora estamos tratando de llevar la investigación hacia los miembros del servicio que tuvieron responsabilidad en esa época; creemos que por ahí está la pista para llegar a los chicos que faltan. En el caso de La Cacha-Olmos hay muchas embarazadas y pocos casos de chicos restituidos. Uno de ellos es el de los Reggiardo-Tolosa, pero son muchos los que faltan; creemos que por ahí tiene que estar la clave del destino de estos chicos.

Público: En la provincia de Santa Fe tenemos los datos de que los partos se hacían en los hospitales público, no en los centros clandestinos. ¿Ustedes no encontraron nada en los hospitales públicos? Porque de acuerdo a un informe que recibo del Casal Argentino en Cataluña, habría un hospital municipal acá en Capital Federal en donde estarían los registros.

Equipo: Hay algunos casos de Buenos Aires de chicos nacidos creo que en la Maternidad Sardá. Pero por ejemplo en la zona de La Plata y zona sur tenemos un solo caso, el de Isabela Valenci, que fue llevada del Pozo de Quilmes al Hospital de Quilmes. Si bien hubo un registro, después fue tratado de borrar, de tachar. En realidad se trata de un caso bastante excepcional, ya que las embarazadas vistas en Quilmes eran llevadas a Banfield donde había una enfermería que funcionaba en el primer piso, y allí eran asistidas, atendidas, entre comillas, por el médico policial Jorge Antonio Bergés. Las chicas de la CONADI me acercan que hay casos comprobados de la Maternidad Sardá y del Hospital Pena, en la ciudad de Buenos Aires.

Público: ¿Hay alguno de todos estos CCD que mencionaron que ya hayan podido cerrar? ¿Se puede llegar a cerrar una de estos nodos de investigación?

Equipo: Cuando decimos que estos centros están terminados es porque pudimos sistematizar datos y con certeza afirmar lo que exponemos ahí. Pero no se cierran nunca estos centros, siempre aparecen nuevas informaciones sobre éstos. La actualización es constante. Actualmente, más allá de estos centros, estamos prioritariamente trabajando con Brigada de Quilmes, El Vesubio, Brigada de San Justo, y el circuito Vesubio-Banco que es lo que se llamó “Puente 12”.

Público: Hay un testimonio de un chico que pasó por el pozo de Banfield hace un año y medio y también hay chicos que hace más de dos, tres, cinco años que están ahí, y eso se toma como un lugar de tránsito...

Equipo: ¿Actualmente?

Público: Sí, actualmente. Hay chicos que hace años que están ahí adentro. Es un infierno.

Equipo: Sin dudas que las prácticas que se iniciaron con la dictadura hoy en día pueden continuar en muchas cárceles. Pero el período investigado por nosotros se acota a 1976-1983, aunque en ocasiones debemos remontarnos al año 74. Nuestro análisis versa sobre lo que sucedió durante la dictadura.

Público: La VIII Brigada Aérea de José C. Paz, ¿nunca se tomó en cuenta?

Equipo: No es una zona que hayamos empezado a trabajar todavía. Tratamos de tomar un circuito, terminarlo, o por lo menos darle una forma. Campo de Mayo no nos corresponde a nosotros porque estamos trabajando en provincia de Buenos Aires nada más.

NOTAS

1- En febrero de 2006 se encontró al que, hasta el cierre de esta edición, es el último nieto restituido, Sebastián Casado Tasca.

Mesa:
**Investigación, documentación y prueba
de graves violaciones a los derechos
humanos**

Darío Olmo

Miembro del Equipo Argentino de Antropología Forense.



Buenas tardes. Mi exposición tiene que ver, básicamente, con la forma y con las fuentes a las que recurrimos para establecer una suerte de hipótesis a partir de lo que llamamos el segundo paso de nuestra investiga-

ción, que es el trabajo de campo o la excavación arqueológica. La tercera etapa es el trabajo de laboratorio, o sea, una vez que se han recuperado los materiales en el campo se analizan y se trata de reunir la mayor cantidad de información posible sobre la persona a partir del examen antropológico de sus restos. De todas maneras, quizás me extienda un poco sobre la primera parte, a la que denominamos investigación preliminar o el diseño de las hipótesis.

Justamente porque ya son más de veinte años haciendo estas investigaciones en nuestro país –experiencia que nos ha permitido colaborar con situaciones similares en más de treinta países– es que quizá estamos habilitados para trazar algunas generalizaciones. Sin olvidar, por supuesto, que estas generalizaciones son solamente una herramienta bastante limitada puesto que lo que nosotros tenemos que hacer es establecer, o intentar establecer, identidades a partir de restos, y esto es lo más específico, lo más opuesto quizás a una generalización.

Analizar a lo largo de este período de tiempo la información disponible sobre cientos de casos, a medida que nuestras investigaciones se iban desplazando por distintos cementerios del país, nos permitió establecer ciertas pautas sobre el sistema terrorista estatal implementado en Argentina en la segunda mitad de los '70. Descubrir cuáles son sus rasgos constantes permite avanzar sobre terreno firme cuando intentamos aproximarnos a cosas tan puntuales como tratar de definir cuál fue el destino corrido por una persona o una serie de personas en un momento y en una localidad determinados.

Al terrorismo de Estado, tal como se aplicó en nuestro país, se le pueden asignar al menos dos rasgos distintivos: por un lado, es un sistema *clandestino*; y por otro, es un sistema territorial. Al señalar que es clandestino decimos que, frente a un estado de movilización tan significativo como el que existió en la década del '70 en nuestro país, la respuesta de los sectores dominantes de la sociedad –para lograr el sofocamiento de ese estado de cuestionamiento– fue reprimir hasta la raíz, hasta dejarnos transformados en la sociedad de principios de los '80 y en la que estamos viviendo hasta la actualidad.

Pero esta transformación podría haber sido encarada de varias formas. Por ejemplo, pudo haberse optado por un sistema público en el cual se reconocieran las políticas represivas que se asumían como necesarias. Sin embargo, quizás en vista del extraordinario aislamiento en el cual había caído el gobierno militar en Chile con posterioridad al golpe de estado del 11 de septiembre de 1973, quizás un poco respondiendo a características que le son intrínsecas a las fuerzas armadas de nuestro país, quizás estando limitadas por esa historia de ilegitimidad flagrante de tantos gobiernos de nuestro país desde 1930, por todo esto decimos entonces que el Estado argentino decidió no reconocer que llevaba a cabo estas políticas; y por eso la desaparición forzada de personas se transforma en un elemento esencial, en el elemento que más claramente puede definirlo.

Es por esta razón que en 1984 ya se habla de centros clandestinos de detención: porque las personas no eran llevadas a los establecimientos penitenciarios donde habitualmente los detenidos por el Estado deben ser reclusos. Por eso se habla de secuestros y no de detenciones: porque las detenciones en el marco de ese sistema no eran reconocidas y por lo tanto, en esa misma operatoria, se niegan todos los derechos que un ciudadano tiene y que la ley argentina le asigna cuando es detenido por funcionarios del Estado.

La práctica de la reclusión en el centro clandestino de detención es funcional también al uso de la tortura de manera generalizada como herramienta para obtener información y como herramienta para vulnerar la fortaleza y las convicciones de las personas detenidas. En este marco también resulta clandestino el destino de los cuerpos de todos aquellos que son juzgados en este sistema no legal y que son condenados a la pena capital, algo para lo cual se arma una estructura con todos los recursos del Estado.

De todos modos, analizando esa estructura se pueden vislumbrar algunas grietas por donde empezar a investigar. Desde ciertos elementos que no parecerían los más obvios, los más naturales –y con esto me estoy refiriendo a la riqueza que hemos encontrado investigando elementos de origen burocrático–, se puede tratar de establecer la suerte corrida por las

personas denunciadas como detenidas desaparecidas y las vicisitudes sufridas por sus cuerpos una vez asesinados.

Entonces, lo expuesto hasta aquí respecto del rasgo de clandestinidad del sistema terrorista llevado a cabo desde el Estado.

El segundo rasgo que mencioné de este sistema es el de la *territorialidad*. Por estudios anteriores podemos reconocer cómo la estructura de mando del Ejército Argentino se transformó en la estructura de la represión, y cómo los distintos comandos de zona y subzona eran responsables por llevar adelante la política represiva dentro del área geográfica que les era asignada. Salvo excepciones, en la mayor parte del territorio nacional es posible establecer, efectivamente, una relación directa entre el Comando de Zona para un área geográfica determinada y el grupo de tareas que interviene en el secuestro de una persona para esa misma unidad geográfica.

Entonces, es posible plantear la generalización que afirma que los comandos de zona, de acuerdo a sus medios, a sus disponibilidades y al carácter que podía darle el comandante, seguían unas ciertas rutinas susceptibles de ser esclarecidas desde el análisis de la disposición de los cuerpos de las personas asesinadas.

Por ejemplo, el Comando de Zona 4 –o sea institutos militares a los que se llama Cuarto Cuerpo de Ejército– o bien la subzona Capital eran unidades geográficas en las cuales el Comando de Zona tenía acceso al medio aéreo y por lo tanto son aquellos territorios en los que se aplicó masivamente ‘el vuelo’ como método de disposición de los cuerpos. Pero mucho más extendida fue la práctica de la utilización de sectores NN de los cementerios para inhumar a las personas en el resto del Comando de Zona I, en el cual se producen prácticamente dos terceras partes del total de secuestros o de desaparición forzada de personas denunciados. Esta tarea de inhumación ya no estaba a cargo del grupo de tareas ya que, una vez asesinada la persona, estos grupos se desentendían del destino de los cuerpos, en la mayoría de los casos. De este modo, hacía su aparición el otro actor que en un sistema clandestino es imprescindible: el Estado en su faceta no ya represiva sino burocrática.

En cierta forma se puede decir que el Estado asesinaba con una mano y con la otra escribía; porque al abandono de los cuerpos, que era, insisto, la rutina habitual en la mayor parte del Gran Buenos Aires, le seguían muchas veces todos esos rituales que la burocracia prescribe para un fenómeno dado. En este caso el fenómeno era *'hallazgo de cadáver de identidad desconocida en la vía pública'* y los códigos establecen toda una serie de procedimientos para esa posibilidad que, insólitamente, en este período tan ilegal de la segunda mitad de los años '70 en nuestro país se cumplían.

Por supuesto que estos procedimientos burocráticos se cumplían no con un afán de eficacia, mucho menos con un afán de establecer efectivamente la identidad de las personas; sin embargo el comisario que tenía asignado ese lugar hacía un acta, daba intervención al juez de turno, tomaba huellas dactilares, con eso iba al Registro Civil que expedía una partida de defunción a nombre de NN, y con esa partida y con el cuerpo iba al cementerio que le contraprestaba lo que se llama la *'licencia de inhumación'*.

Nosotros hemos encontrado que los archivos, esos anodinos y grises archivos de la burocracia, y los libros de los Registros Civiles, los libros de los cementerios, los libros de las morgues, los archivos judiciales, se vuelven una fuente bastante fecunda para intentar esclarecer, insisto, qué es lo que pasó con cada una de las personas denunciadas como detenidas desaparecidas. La información del archivo burocrático, entonces, es un elemento de la investigación para ser cruzado, contrastado y complementado con lo recabado en muchas otras fuentes.

Otras de las fuentes son, por ejemplo, aquellas de las que se recaban lo que llamamos datos premortem: los datos que aportan características biológicas, físicas y sociales de las personas en vida, antes de su secuestro. Para ello nos entrevistamos con las familias, donde obtenemos información básicamente de doble naturaleza: por un lado biológica, con la que intentamos hacernos una composición del lugar sobre cómo podría llegar a ser una persona o sus restos si alguna vez diéramos con ellos; y por otro, información de la persona como sujeto histórico, para tratar de dilucidar por qué una persona determinada en ese momento se transformó en un blanco de la represión ilegal –blanco, en términos militares.

Al analizar la historia de cada una de las personas denunciadas como detenidas desaparecidas encontramos que la represión ilegal estuvo fuertemente orientada a desbaratar las organizaciones armadas que desafiaban el monopolio total de la fuerza y, en menor medida pero en muy significativo número, también dirigida a personas vinculadas a actividades de ese estado de movilizaciones y de cuestionamiento y que fueran, en cierta forma, referentes de todos los colectivos que buscaban la transformación hacia una sociedad un poco más igualitaria.

Esta orientación que encontramos parece extenderse durante todo el período de represión ilegal, pero con dos momentos durante los cuales la discriminación que mencionamos disminuye, es decir que la represión se generaliza. Estos momentos los encontramos al principio de la dictadura, sobre todo en el período inmediatamente posterior al 24 de marzo del '76 cuando es muy frecuente el secuestro de militantes de base y de delegados gremiales por ejemplo; y hacia la segunda mitad del '78 en adelante, quizá porque estos grupos de tarea ya estaban más institucionalizados y sacaban beneficios secundarios de su tarea de secuestro, tortura y asesinato, entonces se extendían hacia grupos colectivos y organizaciones políticas que no se proponían explícitamente la toma del poder por la vía de las armas o bien, si eso estaba o había estado dentro de su agenda, ya eran en ese momento obvia y ostensiblemente débiles y poco significativos y seguramente no eran un peligro cierto o de envergadura para el reparto del poder en nuestro país.

Por otra parte, desde hace unos años estamos trabajando de manera intensiva en lugares que correspondían a los comandos de zona 2 y zona 3. En la zona del tercer cuerpo del ejército hemos encontrado, por ejemplo, muchos casos de desaparición forzada de personas que no sólo no estaban adscriptas a organizaciones revolucionarias sino ni siquiera a ningún tipo de colectivo; son casos que podrían sujetarse a lo que en Colombia se denomina '*limpieza social*'. En estos sitios hemos encontrado también que es mucho más frecuente la práctica de la inhumación en sepulturas clandestinas, esto es, ya no usando los sectores NN de los cementerios ni los vuelles. La fosa clandestina, naturalmente, hace de la dificultad de su hallazgo

su naturaleza. Son lugares mucho más complicados de detectar.

Para terminar y retomando lo que había adelantado sobre el cruzamiento de datos, reitero que aquella información burocrática que, dije, la cruzamos con los datos premortem, también la cruzamos con los datos postmortem; los datos que establecemos en el laboratorio. Y, por supuesto, cruzamos toda esta información con la fuente fundamental que constituyen los sobrevivientes de los centros de detención, quienes pueden indicarnos qué personas pasaron, en qué momento y por cada lugar; aunque pocas veces puedan aportar nombres y apellidos, igual contribuyen con indicios o elementos que a la larga permiten establecer de quiénes se trata.

Y lo recabado de todas estas fuentes nos lleva a la identificación de las personas. Al principio de nuestro trabajo, allá por mediados de los '80, tal como lo aprendimos del trabajo de los organismos de Derechos Humanos, ustedes quizá recuerden que nosotros repetíamos, de manera bastante monótona, que la identificación era el resultado de la coincidencia entre los datos premortem y los datos postmortem, es decir entre los datos aportados por los familiares y aquellos que podíamos establecer en el laboratorio a partir de las fichas odontológicas, placas de rayos x, historias clínicas y todo aquello que podíamos encontrar en el trabajo sobre los restos recuperados, en el trabajo de campo. Naturalmente, con el paso de los años, todo eso se fue desdibujando, todo eso que no se pudo recuperar durante la década del '80 es muy difícil que todavía permanezca. Pero, afortunadamente, desde principios de los '90 hemos comenzado a trabajar en colaboración con distintos laboratorios que realizan el testeo genético, es decir que recuperan material genético de los restos y de las muestras de los familiares, ya sea de sangre, de saliva o de otros tejidos. De este modo, actualmente, se puede establecer de manera fehaciente y concluyente la identidad.

Muchas Gracias.

DEBATE

Público: De las identificaciones que tiene realizadas hasta ahora, ¿desde qué años hasta qué año están comprendidas las averiguaciones de datos genéticos que tienen ustedes?

Darío Olmo: De identificaciones establecidas, hay de gente secuestrada en 1975 hasta casos de personas secuestradas en 1978. La cantidad de identificaciones para cada año se corresponde bastante con la proporción de los casos de denuncia.

Público: ¿Y respecto de lo que se ha publicado últimamente sobre aquellos famosos casos que se pasaban a Brasil en el año 1980? ¿Habría posibilidad de identificar personas de esa época también?

Darío Olmo: Sí, aunque todavía no hemos dado con un sitio de inhumación para las personas involucradas en los casos grandes de ese momento, es decir, por ejemplo, de lo que se llama la contraofensiva del '79 y del '80. Hasta ahora no hemos encontrado ningún cuerpo de ese momento.

Público: No sé si comprendí: cuando te referiste a territorialidad, ¿te referiste a la territorialidad de la nación Argentina? ¿Y las acciones de secuestro y asesinato de argentinos que se llevaron a cabo por comandos argentinos fuera del país, de eso no tenemos registro?

Darío Olmo: Sí, quizás no fui muy claro. En principio, cuando me refería a la territorialidad me refería a la asignación de una porción del territorio para una unidad determinada del Ejército argentino. Desde mediados de los '60, el Ejército argentino dejó de organizarse por divisiones y se organizó por cuerpos, cuerpos de ejército, y éstos eran cinco. Cada uno tenía una porción del territorio asignado y, a su vez, dentro de cada cuerpo funcionaban estructuras piramidales. Esas estructuras –que son como la estructura del ejército– se transformaron también, funcionalmente, en la estructura de la represión.

Público: ¿Es decir que de lo otro no tienen registros?

Darío Olmo: Tenemos denuncias pero, naturalmente, ningún punto por fuera del territorio argentino le es asignado como responsabilidad a algún sector del Ejército argentino.

La evolución de los estudios de identificación de personas

Viviana Bernath

Directora del centro de genética y diagnóstico molecular Genda y perito del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

DEL “PARECIDO FÍSICO” A LA BIOLOGÍA MOLECULAR



La búsqueda de la identidad o el reconocimiento de la paternidad de un individuo conmueve a la humanidad desde épocas precristianas. Ya en el siglo I a.C., luego de la muerte de su padre Ptolomeo XIII, Cleopatra es

declarada cogobernante de Egipto junto con su hermano Ptolomeo XIII. En medio de una lucha de poderes, conoce en Roma a Julio César con quien tiene un hijo. El reconocimiento de este hijo desencadenó problemas políticos que concluyeron en el asesinato del propio Julio César. ¿Qué otro parámetro más allá del parecido físico podía utilizarse en aquellas épocas para dilucidar si un hombre era o no el padre biológico de un niño?

A lo largo de la historia la genética forense utilizó diferentes metodologías para comparar individuos. Recorrió un extenso camino que se inició con la comparación de características antropomórficas y que hoy llegó a sistemas de biología molecular muy complejos.

Los estudios de identificación permiten analizar si existe vínculo biológico entre un padre alegado y un hijo, entre un niño y sus abuelos, entre dos hermanos, entre medio hermanos, entre un sobrino y su tío, etc. Se utilizan también en criminalística tanto para la resolución de procesos penales mediante la identificación de delincuentes o violadores, como para la resolución de procesos civiles a través de la identificación de cadáveres o personas desaparecidas.

Para comprender en qué se basan estos análisis es importante conocer algunos conceptos básicos del campo de la Biología Molecular.

EL ADN

El ADN es la molécula en la que están plasmadas las instrucciones necesarias para que un individuo funcione correcta y coordinadamente y en donde están inscriptas aquellas características que hacen a la individualidad de las personas. El ADN se encuentra en los cromosomas. Los seres humanos tienen 23 pares de cromosomas en el núcleo de todas sus células. El ADN de cada cromosoma puede dividirse en una enorme cantidad de regiones perfectamente delimitadas. Estas regiones se conocen con el nombre de loci genéticos (locus: singular, loci: plural).

¿QUÉ ES UN GEN?

Cuando un locus genético lleva toda la información necesaria para la síntesis o fabricación de una proteína se lo denomina gen. Las proteínas son las sustancias químicas encargadas de que un individuo funcione organizado.

SEGREGACIÓN MENDELIANA DE LOS GENES

El ADN es la molécula responsable de transmitir todos los caracteres hereditarios de generación en generación. ¿Cómo se explica la herencia entre padres e hijos? Todos los individuos se originan luego de la unión o fecundación de dos gametas, un óvulo femenino y un espermatozoide masculino. Tanto el óvulo como el espermatozoide tienen 23 cromosomas. Por lo tanto, la primera célula que da lugar al hijo tiene los 23 cromosomas recibidos de su madre más los 23 recibidos de su padre, lo que hace 23 pares de cromosomas. Esta célula inicial sufre sucesivas e infinitas divisiones. Todas las células que se producen tienen exactamente la misma información genética que la célula originaria. Esto significa que los individuos tienen duplicada la información genética, el 50 % es recibida de su madre y el otro 50 % de su padre. Puede inferirse entonces, que cada gen se encuentra en doble dosis. Si imaginamos un gen que codifica para “la bondad”, un hijo tiene el gen de “la bondad” que recibió de su padre y el gen de “la bondad” que recibió de su madre.

Se dice que un gen o un locus genético tiene segregación mendeliana cuando las dos copias del locus o gen que se observan en un individuo se explican una como proveniente de su padre y la otra de su madre. Ahora bien, el gen para “la bondad” puede diferenciarse entre diferentes sujetos en términos de “mucho bondad”, “poca bondad”, “excesiva bondad”, “mediana bondad”, “desmedida bondad”. Cada una de estas variables se denomina alelos. En este caso particular, el gen de “la bondad” se presenta con cinco alelos diferentes en la población. Cada individuo tiene dos

alelos, uno que recibió de su madre y otro de su padre. En este sentido, podríamos decir que “la bondad” de un hijo es el resultado de la interacción de los dos genes de “la bondad” que recibió de sus progenitores.

Esta posibilidad que tiene un gen de presentarse con dos o más variables en la población recibe el nombre de polimorfismo.

¿QUÉ QUIERE DECIR QUE EXISTEN GENES O LOCUS POLIMÓRFICOS?

La mayoría de las proteínas tienen función biológica universal y provienen de fragmentos de ADN exactamente idénticos en todos los individuos; gracias a esto, todos los seres humanos funcionan de acuerdo a un orden único. Sin embargo existen determinadas regiones que presentan variabilidad en el genoma o ADN de las personas. Así algunas personas son rubias y otras morochas, unas altas y otras bajas. Estas diferencias representan un determinado polimorfismo en la población. Como dijimos antes, cada una de las variantes polimórficas de un locus genético determinado es un alelo. Ese polimorfismo es el que determina la singularidad de las personas y es el que utiliza la genética forense para construir una huella única e irreproducible de cada uno de los individuos. Cuantos más alelos existen para un determinado locus, más polimórfico se dice que es ese sitio y por lo tanto más difícil es encontrar dos personas que compartan esa característica salvo que estén relacionadas biológicamente. Cuando se analiza el vínculo entre dos personas se estudia un grupo de loci o genes, cada uno con sus variantes polimórficas; por ejemplo, al gen de “la bondad” se agregan el gen de “la inteligencia”, cuyos alelos pueden ser “gran inteligencia”, “inalcanzable inteligencia”, “incomparable inteligencia; el gen de “la belleza”, cuyas variantes alélicas pueden ser, “belleza salvaje”, “belleza sensual”, “belleza extrema”, etc. Este grupo de genes se analiza en cada individuo que puede manifestar distintos patrones de combinación: uno puede tener los alelos “poca bondad”, “incomparable inteligencia” y “belleza sensual” y otro los alelos “desmedida bondad”, “gran inteligencia y “belleza salvaje”. Cuanto más

loci se investiguen, mayor será la caracterización de la personas y cuantas más variables tenga cada uno de esos loci, o sea cuanto más polimórfico se presente en la población, menor será la posibilidad de encontrar dos personas que compartan exactamente las mismas propiedades.

Si reunimos estos conceptos concluimos que los estudios de identidad permiten caracterizar exactamente esa huella propia de cada individuo y reconocer la mitad que recibió de su madre y la mitad que recibió de su padre. La identidad como concepto biológico vincula directamente al individuo con la caracterización específica del ADN que conforman sus 23 pares de cromosomas.

Hacia los años 70 comenzaron a utilizarse diferentes sistemas biológicos para la identificación de personas. El análisis de los grupos sanguíneos, las proteínas del plasma y los antígenos eritrocitarios permitían definir que dos personas “no estaban relacionadas biológicamente”. Sin embargo, el bajo grado de polimorfismo de estos sistemas hacía que no pudieran utilizarse para obtener una buena probabilidad de relación de vínculo biológico entre muestras o individuos. Por ejemplo el sistema Rh presenta solamente dos alelos distribuidos en la población (Presencia de Antígeno Rh, o Ausencia de Antígeno Rh) y el sistema ABO, tres alelos (Presencia de Antígeno A, Presencia de Antígeno B, o Ausencia de Antígeno). Esta baja variedad polimórfica hace que sea altamente probable encontrar dos individuos que compartan la misma característica sin mantener entre ellos vínculo biológico alguno.

Años más tarde apareció el uso de los Antígenos de Histocompatibilidad (HLA). Estos antígenos son moléculas presentes en las membranas de todas las células capaces de reconocer lo propio de lo ajeno. Son los responsables de que un órgano de un dador sea aceptado o rechazado por un receptor. Cuanto “más parecidos” son los antígenos de histocompatibilidad de dos personas, mayor es la probabilidad de que no exista rechazo del donante. Por lo tanto el HLA representa una importante medida de la semejanza biológica entre las personas. La variabilidad registrada por el HLA se debe al alto grado de polimorfismo de estas moléculas que se expresan de manera idéntica en la superficie de todas las células de un

mismo individuo, permitiendo definir un HLA específico para cada sujeto. La genética forense reconoció que esta variabilidad en el HLA de las personas podía utilizarse como una “medida de la semejanza de los individuos” y utilizarlo para el análisis del vínculo biológico entre las personas.

En 1985, Alec C. Jeffreys utiliza en Inglaterra por primera vez el análisis del ADN para reconocer el parentesco entre personas y con esto marca el inicio de una nueva era en la identificación de personas. A partir del estudio del ADN, las probabilidades de vínculo biológico entre dos sujetos estudiados comenzaron a informarse con índices muy altos de paternidad que no solamente eran incomparables con los que arrojaban los métodos tradicionales, sino que también excluían paternidades que los otros sistemas habían atribuido.

La técnica de Jeffreys, conocida como DNA fingerprint (huella dactilar de ADN), marcó el comienzo de una nueva perspectiva y llevó al desuso de las técnicas tradicionales. Nada podía compararse con el alto grado de polimorfismo de determinados loci del ADN. Los primeros loci que se estudiaron fueron los VNTRs (Variable Number Tandem Repeats) conocidos también como minisatélites, y luego los STRs (Short Tandem Repeats). Todos ellos constituyen pequeñas regiones de ADN, exactamente iguales, que se repiten consecutivamente “en tandem”. En el primer caso las repeticiones son más largas; en el segundo, más cortas. Los alelos están dados por el número de veces que cada repetición se encuentra en un cromosoma. Estas secuencias repetitivas se encuentran dispersas en los 23 cromosomas y para cada uno de ellos los individuos tienen dos alelos, (segregación mendeliana) uno recibido de su madre y el otro de su padre. Así para un VNTRx, en los diferentes individuos, existen alelos de 4, 5, 6, 7 u 8 repeticiones de la secuencia “en tandem”, una persona tiene siempre dos alelos para este VNTRx, por ejemplo un alelo de 4 y uno de 6; uno de 5 y otro de 8; uno de 4 y uno de 8. Actualmente los que más se utilizan son los STRs conocidos como microsátélites. La alta variabilidad alélica que muestra cada VNTR o STR en relación al número de alelos indica el grado de polimorfismo de este sistema.

Esto sumado a que, en el año 1983, el científico y premio Nobel de Quí-

mica Kary Mullis descubrió la PCR (reacción en cadena de la polimerasa) provocando en la biología molecular un nuevo salto tecnológico de magnitud y consecuencias inimaginables. La genética forense, aliada indiscutible de la ciencia, se vio inmensamente favorecida. Esta técnica es capaz de seleccionar regiones exactas del genoma y fotocopiarlas en gran escala. Partiendo de pequeñas cantidades de ADN pueden obtenerse grandes cantidades de fragmentos específicos, todos iguales entre sí, que luego pueden ser fácilmente manipulados y analizados. Los estudios de microsatélites pasaron de ser muy informativos a ser fácilmente identificables por medio de técnicas rápidas y sencillas. Muchas empresas biotecnológicas fueron desarrollando Kits para estas técnicas que permitieron estandarizar los procedimientos y resultados en diferentes sitios del mundo.

¿SOBRE QUÉ MATERIAL BIOLÓGICO PUEDEN REALIZARSE LAS PRUEBAS DE IDENTIDAD?

Todas las personas son el resultado de una primer célula con una única información genética que se dividió infinitas veces. Esa célula había sido originada de la unión del espermatozoide paterno y el óvulo materno. Como mencionamos antes, todas las células llevan exactamente esos mismos 23 pares de cromosomas. Es difícil imaginar cómo los procesos de diferenciación celular pudieron transformar aquel modelo inicial en células con función específica, como un glóbulo blanco, una célula muscular, una neurona, un hepatocito, que luego serían parte de tejidos, y órganos capaces de poner en funcionamiento la compleja maquinaria del cuerpo humano.

Esto indica que el ADN extraído a partir de cualquier tejido debe brindar la misma información. La dificultad de trabajar con uno u otro material biológico reside en que en cada caso, los métodos de preparación y purificación del ADN, son más simples o más complicados. Las técnicas que se utilizan con mayor frecuencia en los diferentes laboratorios son las que parten de muestras de sangre, hisopados bucales o uñas. Suelen analizarse también muestras de vellosidades coriales o líquido amniótico.

co en estudios de paternidad prenatal. En los casos de criminalista se trabaja con muestras de semen, sangre seca, pelo, restos cadavéricos, hisopados vaginales o anales o cualquier otro rastro que hubiera quedado en el lugar del delito y del cual se pueda extraer ADN para obtener un patrón genético definido.

LOS CÁLCULOS ESTADÍSTICOS

La genética forense es una ciencia que trabaja estrechamente vinculada a la estadística. Aquellos cálculos matemáticos complicados son los que finalmente arrojan los resultados concluyentes.

Es frecuente escuchar o leer en diferentes medios, que un padre alegado es el padre biológico de un hijo con una probabilidad mayor al 99.99%. ¿Cómo se obtiene y cuál es el significado de este número?

En el caso de un padre y su hijo, cuando se determinan los alelos de un marcador genético en el hijo, se observa si pueden explicarse o no como heredados de su padre alegado. De esta manera, se obtienen el Índice de Paternidad (IP) y la Probabilidad de Paternidad (PP). El Índice de Paternidad indica cuántas veces más probable es que dos individuos compartan un alelo de un marcador genético siendo padre e hijo a que lo compartan por azar.

El Índice de Paternidad Acumulado (IPA) es el producto de los Índices de Paternidad de cada marcador genético estudiado. Un IPA de 1.000.000, indica que 1 de cada 1.000.000 de personas tomadas al azar podría compartir esa misma información genética y no ser el padre biológico del hijo en cuestión. En otras palabras, esto significa que si se eligen al azar 1.000.000 de personas de la población, se espera encontrar solamente una que comparta las características genéticas que se correspondan con las del padre biológico del hijo.

La Probabilidad de Paternidad representa la probabilidad de que un padre alegado sea el padre biológico de un hijo. Así un IPA de 1.000.000 permite obtener una PP de 99.9999 %.

La Exclusión de Paternidad es absoluta e indica que el padre alegado no es el padre biológico del hijo. En estos casos se observa que no todos los alelos de los marcadores genéticos estudiados en el hijo pueden ser explicados como heredados de su padre alegado.

Con fórmulas de mayor o menor complejidad y programas especiales se deducen Índices de “abuelidad”, “hermandad”, “media hermandad”, reconocerse desaparecidos, establecerse comparaciones entre rastros de personas, encontrarse violadores, asesinos, etc.

¿QUÉ CASOS PUEDE ESTUDIAR LA GENÉTICA FORENSE?

Con la ayuda de buenos programas estadísticos pueden hoy resolverse con altos grados de probabilidad casos de diversa complejidad.

Los casos más frecuentes son:

- casos en donde se quiere saber si el padre alegado es el padre biológico del hijo en presencia o ausencia de la madre
- casos en que en ausencia del padre se encuentran uno o los dos abuelos paternos alegados
- casos en que el padre alegado de un hijo está ausente, pero tiene uno, dos o más hijos con otra mujer
- casos en los que el padre alegado fallecido tiene uno o más hermanos, que son tíos alegados del hijo
- casos en que se encuentran ausentes tanto el padre como la madre alegada pero pueden estudiarse abuelos paternos y o maternos.

¿CON QUÉ OTROS RECURSOS CUENTA LA GENÉTICA FORENSE A PARTIR DEL DESARROLLO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS DEL ADN RECOMBINANTE?

La herencia Mitocondrial y el seguimiento de la línea materna

Hacia el año 1980 los Doctores Mary-Claire King y Cristian Orrego en USA, introdujeron el estudio del ADN mitocondrial para la identificación

de personas por línea materna.

Las mitocondrias son organelas (unidades funcionales) localizadas en el citoplasma de todas las células cuya función es la de producir energía para el correcto funcionamiento del organismo. Estas organelas poseen una molécula de ADN circular 25.000 veces más pequeña que el ADN genómico en su conjunto. Cuando se produce la fecundación a través de la unión del óvulo y el espermatozoide se pierden las mitocondrias de origen paterno y solamente se conservan las maternas. Por lo tanto, todas las células que se originan heredan el genoma mitocondrial de su madre. Así, una madre da a todos sus hijos la información del ADN mitocondrial, las hijas mujeres de esa madre pasarán a sus hijos idéntico ADN mitocondrial al que ella recibió, y así sucesivamente. Esta herencia a través de las mujeres de una familia se denomina estudio de la línea materna. Esto explica el estudio del ADN mitocondrial para la identificación del vínculo entre abuela materna y nieto/a. El ADN mitocondrial presenta dos regiones llamadas D-Loops con importantes diferencias en su secuencia entre personas no relacionadas. La identificación de esas variaciones puntuales permite establecer un patrón de ADN mitocondrial capaz de identificar a un individuo. Este patrón es el que se compara entre las personas para concluir si pertenecen o no a la misma línea materna.

La Herencia del Cromosoma Y y el seguimiento de la línea paterna

Los recursos para la identificación de personas fueron aumentando a lo largo de estos últimos años. Aquellas secuencias repetidas “en tandem” dispersas en los 23 cromosomas de todas las células comenzaron a identificarse con mayor velocidad. Se caracterizaron un número de STRs o microsatélites en el cromosoma Y. Para comprender cómo se utilizan debe recordarse cómo se define el sexo en las personas. Aquellos 23 pares de cromosomas presentes en todas las células del organismo pueden agruparse en 22 pares de cromosomas llamados autosómicos y un par de cromosomas sexuales. Los cromosomas sexuales se denominan cromosoma X y cromosoma Y. Las mujeres tienen dos cromosomas X (XX), y los hombres un cromosoma X y un cromosoma Y (XY). Cuando se produce la fecunda-

ción, las mujeres portan óvulos con 22 cromosomas autosómicos y un cromosoma X, y los varones aportan espermatozoides que pueden tener 22 cromosomas autosómicos y un cromosoma X o 22 autosómicos y un cromosoma Y. El sexo de los hijos lo define el cromosoma sexual X o Y que aporta el espermatozoide. Todos los hijos varones de una pareja son el resultado de la unión de un X de la madre y un Y del padre. Toda la herencia de ese cromosoma Y tiene la carga genética del padre. Por lo tanto, si se estudian los alelos presentes en los marcadores genéticos del cromosoma Y de un hijo, éstos deben coincidir con los de su padre. Utilizando varios STRs localizados en el cromosoma Y puede seguirse la línea paterna en un grupo familiar extenso. Así, un abuelo da a sus hijos varones determinados alelos en los marcadores del Y, estos hijos a sus nietos varones y así sucesivamente. Construyendo el árbol genealógico de esta familia se observa que abuelo, hijos y nietos, tíos, sobrinos y primos comparten un único Y capaz de individualizar un grupo familiar dado. La herencia del cromosoma Y se utiliza en casos en que un hijo pide el reconocimiento de un padre alegado fallecido que tenía un hijo biológico varón reconocido. Si los dos varones son hijos del mismo padre biológico deben compartir los alelos de los marcadores del cromosoma Y; si no lo son, inmediatamente se observan diferencias entre los marcadores. Este análisis es sumamente útil para estudiar el linaje paterno a través de primos, tíos, abuelos, etcétera; también es altamente utilizado para el análisis de las migraciones poblacionales a través de tiempos históricos.

Tanto en la herencia mitocondrial como en los marcadores del Y, los cálculos estadísticos son los que arrojan las probabilidades de vínculo biológico entre las personas.

¿EN QUÉ CONSISTE UNA PERICIA DE UNA PRUEBA DE ADN?

Día a día la ciencia y la biología molecular aportan novedades para la genética forense. Esto impone la presencia de especialistas que colaboren con la interpretación de los resultados y que puedan transmitir al

juez, correctamente y de manera objetiva, la información necesaria para alcanzar un veredicto.

Un perito debe tener en cuenta los siguientes aspectos: verificar cómo se recolectaron y reconocieron las diferentes muestras (ya sea una muestra de sangre o saliva o una mancha de sangre en el lugar de un crimen); analizar cómo fueron conservadas, embaladas y transportadas hasta el laboratorio en donde se procederá al ensayo biológico (cadena de seguridad de las muestras); atender a qué tecnología se utilizó para su procesamiento y si los cálculos estadísticos fueron correctos.

El perito debe ser objetivo y sus opiniones, referirse exclusivamente a aspectos relacionados con las metodologías utilizadas para la resolución del caso.

LOS ESTUDIOS DE FILIACIÓN EN ARGENTINA

En correlación con lo que sucedía en el mundo, los primeros estudios de identificación de personas en nuestro país se llevaron a cabo en sitios especializados en histocompatibilidad, en especial en el Servicio de Inmunología del Hospital Durand. La comparación de los grupos sanguíneos, las proteínas plasmáticas, las enzimas eritrocitarias conjuntamente con el HLA fueron las herramientas utilizadas hasta la aparición de las tecnologías de ADN recombinante.

Si bien desde el año 1984 ya se realizaban pruebas filiatorias, en el año 1987 se promulgó la Ley 23.511 que creó el Banco Nacional de Datos Genéticos en el Hospital Durand (B.N.D.G). Esta Ley determinó que los estudios debían ser gratuitos para todas aquellas personas que buscaran a un menor secuestrado o nacido en cautiverio durante la dictadura militar precedente. Se decretó también que este Banco funcionaría hasta el año 2050 en función de la expectativa de vida de los interesados. De acuerdo con esta Ley, el BNDG debía actualizar la tecnología para la identificación de personas en concordancia con las novedades que fueran surgiendo en el Mundo.

A fines de la década del 80, el EAAF (Equipo Argentino de Antropología Forense), se contactó con la Dra. Marie Claire King de la Universidad de Berkeley para que realice estudios de ADN mitocondrial en función de comparar muestras de posibles hijos de desaparecidos directamente con la rama materna. Esta científica y su equipo procesaron gratuitamente los casos solicitados. En el año 1991 se obtuvieron las primeras identificaciones de desaparecidos argentinos.

En nuestro país existen varios laboratorios, tanto en instituciones estatales como privadas, que realizan estudios de identificación de personas. La sistematización de los análisis permite trabajar con mayor rigurosidad. La existencia de Sociedades, como la Sociedad Argentina de Genética Forense fundada en el año 2000, que regulan los procedimientos y la implementación de Controles de Calidad para los estudios permiten garantizar los resultados presentados.

EL FUTURO DE LOS ESTUDIOS DE IDENTIFICACIÓN

Términos como Genética, Biotecnología o Biología Molecular son los nuevos integrantes del léxico de nuestra sociedad. Los medios de comunicación buscan dónde incorporar hoy este universo apasionante. Historias de padres que encuentran a sus hijos o de hijos que encuentran a sus padres, hermanos que se conocen, abuelos que recuperan a sus nietos, ocupan hojas de libros y revistas, novelas de la televisión y el murmullo cotidiano. Ya nada escapa a esta trama de moléculas de ADN, genes y alelos que permiten identificar muestras y personas.

¿Hasta dónde llegará la ciencia, y con ella, la genética forense? Es una pregunta sin respuesta.

Probablemente, hasta donde nosotros la dejemos.

BIBLIOGRAFÍA

Multilocus Jeffreys, A.J., Wilson, V. and Thein, S.L. (1985a). Hypervariable minisatellite regions in human DNA. *Science* 314: 67-73.

PCR

Saiki R, K.; Scharf S; Faloona F; Mullis K. B; Horn G. T; Erlich H. A.; Arnheim N., Enzymatic amplification of beta-globin genomic sequences and restriction site analysis for diagnosis of sickle cell anemia, *Science*, 1985
Dec 20, 230(4732):1350-4.

Mitochondrial

Nature Genetics 2, 135 - 138 (1992) doi:10.1038/ng1092-135 Identifying individuals by sequencing mitochondrial DNA from teeth Charles Ginther¹, Laurie Issel-Tarver¹ & Mary-Claire King¹

Cromosoma Y:

de Knijff, P., Kayser, M., Caglia, A., Corach, D., Fretwell, N., Gehrig, C., Graziosi, G., Heidorn, F., Herrmann, S., Herzog, B., Hidding, M., Honda, K., Jobling, M., Krawczak, M., Leim, K., Meuser, S., Meyer, E., Oesterreich, W., Pandya, A., Parson, W., Penacino, G., Perez-Lezaun, A., Piccinini, A., Prinz, M., Schmitt, C., Schneider, P. M., Szibor, R., Teifel-Greding, J., Weichhold, G. M., and Roewer, L. (1997) Chromosome Y microsatellites: population genetic and evolutionary aspects. *Int.J.Legal Med.* 110(3): 134-140.

Mesa: **Derecho internacional de los derechos humanos**

María Teresa Sánchez

Abogada de Abuelas de Plaza de Mayo, filial Córdoba.



“Todo discurso sobre los derechos humanos está necesariamente marcado por la posición del autor, en ambos sentidos de la palabra: posición en el sentido pasivo, según su lugar objetivo en la sociedad, según el grado de participación en el poder, según tenga o no la oportunidad directa o indirecta de apremiar a otros con ese poder, y también, sin duda, por su posición en el sentido activo,

su posición tomada respecto a esas determinaciones objetivas, las formas en que él mismo las utiliza, de acuerdo con el grado de su conciencia o responsabilidad, de acuerdo con la calidad de sus relaciones con los otros.”¹

Siguiendo a Hountondji y para introducirnos en el tema, señalamos que aquello que definimos como Derecho Internacional de los Derechos Humanos conforma una concepción cuyos presupuestos teóricos son el resultado de una reflexión íntimamente ligada a nuestras vivencias y experiencias que, sin pretensión de verdad absoluta y admitiendo la posibilidad de convivencia de distintas posturas sobre la cuestión, imprimen un sentido a nuestras observaciones.

Hablar de los Derechos Humanos, desde la doble condición de militante y abogado, nos plantea una primera y profunda contradicción y responsabilidad. ¿Dónde situarse? ¿Qué parte de la realidad se decide hacer visible?

¿Aquella donde se inscriben las numerosas conquistas normativas en procura de establecer un régimen de derecho que proteja a los seres humanos del miedo y la miseria, o la de un orden social internacional opresivo que condena a millones de seres humanos a la “*despersonalización*” y a quienes no reconoce como “*alguien que tiene derechos*”?²

Nuestra común existencia humana está marcada por la lucha por la *dignidad* pero también por su atropello. Esto nos obliga a hablar con cautela de los avances, sin perder la capacidad de *indignación* ante las violaciones masivas provocadas por los poderosos.

Por ello, el recorrido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe entenderse dentro de un contexto en permanente pugna, con avances y retrocesos.

EL PRIMER INSTRUMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN A LOS SERES HUMANOS

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, al salir a la luz los horrores vividos, la preocupación acerca de cómo pudo suceder y de qué se podía

hacer para que no volviera a ocurrir influyó para que en la Carta de San Francisco se incorporara como uno de sus principios la obligación de respetar y promover los derechos humanos asumida por los estados partes.

A partir de entonces, comenzó a desarrollarse una corriente ius-filosófica que reconocía la necesidad de instituir un régimen internacional de derechos para todos los seres humanos; que los protegiera de actos de barbarie como los vividos durante la guerra, cometidos principalmente por los propios estados.

Este movimiento logró sentar a los países vencedores a discutir una declaración sobre los derechos que los estados reconocerían a todos los seres humanos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de Naciones Unidas, reunida en París, proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos *“como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los territorios colocados bajo jurisdicción.”*

En 1968, mediante la aprobación de la Proclamación de Teherán, los estados reconocieron la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos, zanjando así una discusión que persistió durante veinte años.

CONFORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde entonces se abrió una corriente incesante de pensamiento que propugnó y logró la firma y ratificación de múltiples tratados y la creación de diferentes organismos regionales e internacionales de defensa y promoción de los derechos humanos.

Desde diversos fundamentos filosóficos, pero con el común recono-

cimiento de la dignidad y condición humana y con el convencimiento de la necesidad de instituir un régimen de derecho que garantizara internacionalmente la protección de los seres humanos, se fue conformando lo que actualmente se denomina Derecho internacional de los Derechos Humanos.

Esta área específica del Derecho limita los conceptos de soberanía estatal al imponer a los estados la obligación de respetar los Derechos Humanos, garantizar su cumplimiento y responder en caso de incumplimiento a las obligaciones asumidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de 29 de julio de 1988, en el caso Velásquez Rodríguez, consideró que la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos humanos contenida en el artículo I.I. de la Convención Americana de Derechos Humanos *“implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.*

El deber de respetar y garantizar implica que los Estados deben prevenir sus violaciones y asegurar la vigencia de todos los derechos reconocidos mediante un sistema jurídico, político e institucional adecuado, restableciendo la plena vigencia de los derechos cuando los mismos fuesen vulnerados e indemnizando a las víctimas o sus familiares”

No solo los tribunales nacionales, sino también y muy en especial la Corte regional creada por la Convención Americana de Derechos Humanos, están expresamente facultados para declarar la anti-juridicidad de conductas violatorias de los Derechos Humanos y para, consecuentemente, invalidarlas y aplicar sanciones pecuniarias a favor de la persona física cuyos derechos fundamentales hayan sido lesionados por actos, hechos u omisiones de su país, en el plano interno.

Como expresa Agustín Gordillo, debe advertirse en ello una aplicabilidad directa.³

Estos deberes constituyen la piedra angular del sistema de protección internacional pues ellos remiten al compromiso internacional de los esta-

dos de limitar el ejercicio del poder, y aún de su soberanía, frente a la vigencia de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana.⁴

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por nuestro país por la ley 19.865 y con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, establece que los estados no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

En ese sentido, Fappiano y Loayza resaltan que la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos es imperativa, prima sobre las disposiciones de derecho interno y constituye un deber positivo para los Estados.

De la misma manera Agustín Gordillo citando a Pescatore, afirma que *“el carácter jurídico, obligatorio, imperativo, incondicionado, de este derecho es indubitable”*.⁵

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La Declaración Universal de Derechos Humanos junto con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituyen lo que dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conoce como la Carta Fundamental de los Derechos Humanos.

Sin embargo, existe consenso dentro de la teoría jurídica acerca de que los derechos de los seres humanos no se agotan con los derechos enumerados en estos instrumentos internacionales sino que queda abierta la posibilidad de incorporación de nuevos derechos, como el derecho a la Paz, el derecho al desarrollo, a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado, etcétera; los que han sido incluidos en múltiples Constituciones o normativas Nacionales y también han sido objeto de foros, congresos, políticas y estrategias de las Naciones Unidas.

Así mismo, no sólo el reconocimiento de derechos ha sido objeto de preocupación sino también la sanción a las violaciones a los derechos,

fundamentalmente aquellas violaciones aberrantes que por su profundidad y extensión ofenden y ponen en peligro a toda la especie humana.

A dichas violaciones se las denomina crímenes internacionales; dentro de ellas se pueden distinguir los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes contra la Paz.⁶

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sólo se conforma por normas convencionales (Tratados) sino también por normas de derecho general o consuetudinario. Estas últimas son vinculantes u obligatorias incluso para aquellos Estados que no son parte en el instrumento convencional que las recepta. En tal caso, lo que obliga a esos Estados, por supuesto, no es la norma convencional sino la norma consuetudinaria.

Como se advertirá, una descripción profunda de todas las normas y doctrinas que componen el llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos sería imposible en el escaso tiempo de esta exposición.

Por ello, me referiré especialmente a aquellas que se relacionan directamente con la actividad primordial de la Institución Abuelas de Plaza de Mayo.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ya he remarcado, el núcleo central a partir del cual se construye lo que se ha dado en denominar el derecho internacional de los derechos humanos es el respeto a la condición y dignidad de la persona humana y su protección mediante un régimen de derecho. En ello están comprometidos los estados y la comunidad internacional.

Se entiende por persona humana al ser humano concreto, con características y atributos propios, que vive en un tiempo y lugar determinado.

Esas características y atributos propios, que la hacen única e irreplicable, constituyen lo que se denomina identidad. La identidad es la base sobre la que se construye la noción de sujeto de derechos y la que los estados tienen en cuenta para identificar a sus nacionales a fin del reco-

nocimiento de los derechos en concreto. De allí que en la identidad de las personas esté comprometido el orden público.

El origen de la identidad como derecho es anterior incluso a su reconocimiento en un tratado internacional, y esto no se deriva de alguna posición esencialista de la identidad sino porque todo el sistema de derecho moderno encuentra su fundamento en el reconocimiento de la persona humana como sujeto de derechos, y con mayor razón aún el sistema de Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Por ello, la vulneración de la identidad necesariamente acarrea el desconocimiento de la persona como sujeto de derecho y por lo tanto una violación a normas fundamentales de derecho internacional de Derechos Humanos.

Así lo han entendido quienes, mediante la tarea de decir el derecho, han acogido la demanda de aquellos que han visto vulnerado su derecho a la identidad; y así también lo ha entendido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual 1987/88, páginas 350 a 363, donde se expresa: *“Cuando un niño es arrancado de su familia legítima para insertarlo en otro medio familiar elegido según una concepción ideológica de lo que ‘conviene a su salvación’ se está cometiendo una pérfida usurpación de roles (...) La Comisión encuentra dignos de apoyo los objetivos de las Abuelas de Plaza de Mayo y de otros grupos de familiares en otros países con las mismas aspiraciones. Los parientes de los niños desaparecidos o nacidos en cautiverio tienen derecho a insistir en conocer el paradero de esos niños y a participar en su educación y crianza de la manera que más convenga al desarrollo y bienestar del niño”. “En opinión de la Comisión, la política de sustracción de niños hijos de desaparecidos constituye una violación a normas fundamentales de derecho internacional de derechos humanos”.*

Es evidente y no puede pasar inadvertido que la vulneración de la identidad entraña la vulneración de la persona misma, que el derecho a la identidad es un derecho implícito en la misma noción de persona.

Nuestra Constitución Nacional en su artículo 31 establecía que los derechos reconocidos no debían entenderse como negación de otros derechos no enumerados.

Al respecto, el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado en contra de una lectura exegética, timorata o estrecha de las cláusulas que enun-

cion los derechos y libertades garantizadas y hace constar el carácter puramente indicativo de los derechos taxativamente enumerados.

Sin embargo, y a pesar de la evidencia, este derecho fue sistemáticamente negado a los niños desaparecidos durante la última dictadura militar en Argentina como también a los padres de esos niños.

Ello llevó a las Abuelas a luchar en el ámbito internacional con la finalidad de incorporar el derecho a la identidad en un tratado internacional.

Así, el derecho a la identidad fue incorporado en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A pesar de su reconocimiento expreso en un tratado internacional, al que desde 1994 se le reconoce jerarquía constitucional, muchos de nuestros jueces, incluso magistrados que han ocupado un lugar en nuestro máximo tribunal, la Corte Suprema de Justicia, continuaron mediante viejos y nuevos argumentos negando el derecho a la identidad de los niños desaparecidos forzosamente en Argentina durante la última dictadura militar.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el citado informe, expresaba en relación a la indiferencia de nuestra sociedad sobre esas violaciones que: *“La tolerancia social hacia esa práctica solo deriva de la primitiva concepción del niño-propiedad y de la ignorancia acerca de los trastornos (...) de la sustitución fraudulenta del estado civil verdadero y el ocultamiento de la situación real”*.

La negación de la identidad, la negación de la persona como sujeto de derecho, la convierte en no-persona, sin lugar y sin tiempo, y sin posibilidad siquiera de ser nombrada.

EL ESTADO ARGENTINO Y EL RESPETO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Pronto se cumplirán treinta años desde que la práctica sistemática de la vulneración al derecho a la identidad se implantara a sangre y fuego en nuestro país. Ante la inacción irresponsable de quienes debían reparar el daño, los otrora niños se han convertido en jóvenes y sus Abuelas continúan buscándolos.

Cuando pueden localizar a alguno de ellos, el sistema judicial, que *ex ofi-*

cio realiza poca o nula actividad a fin de restablecer las identidades vulneradas, les pone una nueva valla: ahora su discurso se basa en que la realización de los análisis en forma obligatoria con la finalidad de su identificación constituiría una “injustificable intromisión del estado en el derecho a la intimidad”, la cual, a su vez, es considerada “una aberración del estado” (sic).⁷

Ante la hipocresía y violencia que encierra semejante expresión, no cabe más que preguntarse qué extraños motivos llevan a quienes, con semejante ilógica, no pueden ver que la aberración del estado consistió en arrancar a esos niños su identidad, su derecho a la intimidad, sus padres, su familia, y consiste aún hoy en mantener tamaña aberración.

¿Qué extraños motivos existen para que miembros del poder judicial en un estado de derecho con su conducta omisiva perpetúen la tortura de los familiares que buscan a los ahora jóvenes desaparecidos? ¿Qué extraños motivos existen para que no puedan ver que la “naturalización” de esa práctica de desaparición es realmente aberrante?

La Corte Interamericana ha sentenciado: “*si el aparato del estado actúa de tal modo que no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción*”.

“*El Estado incumple su obligación si, mediante una actitud indiferente, permite la continuación de faltas de respeto a los más elementales principios de la dignidad humana. Debe realizar por tanto todo lo que esté a su alcance para darles protección efectiva. Un ejemplo de pasividad o indiferencia lo constituye la injustificable demora en el esclarecimiento de los hechos*”.

“*La obligación de investigar debe emprenderse con seriedad y no como simple formalidad. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorio, sin que la actividad política busque efectivamente la verdad*”.

La desaparición forzada de personas por su extrema gravedad ha sido condenada por la Asamblea General de la OEA como “delito de lesa humanidad”, por lo tanto imprescriptible.

No se puede continuar con una discusión bisantina sobre la obligatoriedad o no de los análisis de sangre.

No se puede continuar escuchando que hombres y mujeres de derecho, que aplican cotidianamente toda la fuerza de la ley, pretendan convencernos con argumentos que encubren “*la fuerza que toda ley contiene en su misma esencia*”, siguiendo a Derrida.

¿O acaso creen que la posición del estado de no realizar los análisis obligatoriamente, expresada en las decisiones de sus órganos judiciales, no es ejercicio de fuerza?

El Estado no puede ni debe continuar sometiendo a los familiares y a la sociedad a una espera que en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*produce graves padecimientos, penurias y alineación social*”.

Es hora de tomar el toro por las astas.

NOTAS

- 1- Hountondji, Paulin; *Fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos*; Ed. Serbal/UNESCO, 1985, 367.
- 2- Pérez, Luis Aguirre; *Si digo Derechos Humanos...*; Servicio Paz y Justicia, Serpaj, Uruguay, 1991.
- 3- Gordillo, Agustín y otros; *Derechos Humanos*, Ed. Fundación de Derecho Administrativo. Bs.As. 1999.
- 4- Fappiano, Oscar y Loayza, Carolina; *Repertorio de la Comisión interamericana de Derechos Humanos*, Ed. Abaco; Bs.As. 1999.
- 5- Op. Cit. III-8.
- 6- Estatuto del Tribunal de Nuremberg; Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional, (1996) y Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998).
- 7- Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fechada el 30 de septiembre de 2003, en autos: “Vázquez Ferrá Evelyn Karina S/recurso extraordinario”.

Ramón Torres Molina

Abogado de Abuelas de Plaza de Mayo.



Cuando en 1983 se restablece el sistema constitucional en nuestro país, se aprueban y ratifican una serie de convenios sobre derechos humanos que tienen una incidencia directa en la substanciación de los juicios por violaciones a los derechos humanos. Pero la incidencia la tiene ahora, no la tuvo en el momento de la ratificación de esos tratados.

Al ratificarse, por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica o el Pacto de Hechos Civiles y Políticos, se hicieron expresas reservas y declaraciones interpretativas con la finalidad explícita de que estos tratados no fueran aplicados a los juicios que en esos momentos se estaban desarro-

lloando o iniciando en el país. Si uno observa las sentencias de la causa 13 –la causa a los comandantes en jefe de la dictadura–, o la causa Camps, verá que no hay referencias a los tratados de derechos humanos salvo en la causa Camps, en donde el fallo de la corte aplica la ley de obediencia debida –que considera constitucional–, y hace mención a la Convención contra la tortura pero a través del artículo 27 de la Convención de Viena sobre tratados, en relación con el cual el Estado no podía desentenderse de esos principios aún cuando la convención no estuviese vigente todavía en el orden internacional.

En los viejos juicios por violaciones a los derechos humanos de hace veinte años se contaba con el Código Penal y con la Constitución, pero no con los tratados de derechos humanos, aún cuando el Estado ya los había ratificado, al menos a parte de ellos. Sería muy interesante hacer un análisis ideológico de las sentencias que dictaron la Corte y las cámaras, puesto que están impregnadas por la influencia de la doctrina de la seguridad nacional y la doctrina contrainsurgentes. Lo más elemental: no advierten el alto desarrollo de las doctrinas contrainsurgentes y hacen que se lo tome como normal. Pero cuando se habla de “subversión” se está utilizando un concepto propio de la doctrina de la seguridad nacional. Las sentencias llaman “fuerzas legales” a aquellas fuerzas que habían usurpado el poder político. Llamam “fuerzas legales”, por ejemplo, a las que operaban en 1970 –“las fuerzas legales frente a la subversión”– porque las sentencias se remiten a los antecedentes de lo que se debió juzgar en el juicio a los comandantes y en el juicio a Camps. Habla de “delincuentes subversivos”, habla de “terrorismo subversivo” y, aún más, en la causa Camps hay una frase que resume toda esta presencia de la doctrina de la seguridad nacional: *“Como se ha puesto de manifiesto reiteradamente en el proceso seguido al Tte. General Videla y otros, lo que se juzga no son los fines sino el método empleado”*.

Nuestro país, con la sanción de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y posteriormente los decretos de indultos, tomó la misma posición que habían tomado otros estados en la transición a la democracia de consagrar la impunidad. Con la diferencia de que en Argentina ese proceso de impunidad llevó siete años hasta la sanción de los indultos,

mientras que en otros países la posición se tomó al inicio de las transiciones democráticas. Y si hubiésemos pretendido en todos estos años, antes de 1992, la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos –los principios del derecho internacional de los derechos humanos– a los juicios que se habían tramitado en ese momento, hubiera ocurrido lo que se ha señalado: nos hubieran dicho “las leyes han modificado a los tratados”, por la prelación que había antes del fallo ‘Ekmekdjian c/ Sofovich’ en 1992 con relación a ley y a los tratados. La ley posterior derogaba los principios de los tratados.

Cuando se consagra la impunidad en nuestro país, en particular cuando se sanciona la ley de Obediencia Debida y la Corte la considera constitucional, mientras la causa Camps se encontraba en trámite en la propia Corte por los recursos extraordinarios que se habían interpuesto, efectuamos las primeras denuncias. Dos casos fueron presentados en forma simultánea en esa época: el caso Consuelo Herrera, que es la que le da nombre a la resolución final y el que después toma la Comisión Interamericana, y el caso Isabela Valenzi, en la denuncia efectuada por la violación al Pacto de San José de Costa Rica y otros instrumentos internacionales.

Como consecuencia de las normas de impunidad, la Comisión Interamericana publicó en 1992 el informe 28/92 que cuestionaba la impunidad en nuestro país, y el informe siguiente, 29/92, que también condenaba la impunidad en Uruguay, con estos términos: 1°) Que las leyes 23.492, la ley de Punto Final y Obediencia Debida, y un decreto de indulto son incompatibles con el artículo 18 sobre el derecho a la justicia de la Declaración Americana de Derechos del Hombre, y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2°) Recomendar al gobierno de la República Argentina que otorgue a los peticionantes un ajuste a compensación por las violaciones a que se refiere el párrafo precedente; 3°) Recomendar al gobierno argentino la adopción de las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos ocurrida durante la pasada dictadura militar; 4°) Disponer la publicación de este informe.

Mientras existía desde el punto de vista del derecho interno argentino

la consagración de la impunidad y la aparente imposibilidad de revisar esa impunidad (porque cuando la Corte Suprema dicta el fallo Ekmekdjian contra Sofovich que da otra interpretación, la impunidad ya estaba consagrada, o sea no había nada aparentemente que revisar en materia de derechos humanos) aparece pocos meses después, en octubre, esta resolución del sistema interamericano de derechos humanos que obliga al Estado a revisar sus decisiones.

Aquí hay un largo proceso en el que se debe comprender cómo el Estado trata de dar o desviar el cumplimiento de los tratados internacionales; y en definitiva qué significan estos tratados, que implicancias tienen. Su cumplimiento significa juzgar a los responsables por las violaciones a los derechos humanos. Se trata de un largo proceso que ha culminado favorablemente con la sanción de la ley de nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y la consideración por parte de los órganos de justicia de la constitucionalidad de esta ley, y con las decisiones que ha tomado la justicia al reabrir los procesos por violaciones a los derechos humanos.

En aquel momento, desde el punto de vista del derecho interno, estaba consagrada la impunidad; y las decisiones que se fueron adoptando, por ejemplo en lo que respecta al derecho de réplica o al principio de libertad de expresión, como fue el fallo Ekmekdjian con Sofovich u otros que vinieron posteriormente, no tuvieron incidencia real en los temas de derechos humanos porque, como ya dije, estaba consagrada la impunidad.

Entonces ha sido la aplicación de los principios de derechos humanos en el país lo que permitió revertir la impunidad.

Otro hito fundamental fue la Convención Constituyente de 1994 que da jerarquía constitucional a los once instrumentos que sanciona, y así posibilita la incorporación de otros tratados, con jerarquía constitucional, mediante el procedimiento que establece. Esto es lo que ha ocurrido con dos tratados fundamentales para revertir la impunidad en nuestro país como la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Delitos de Lesa Humanidad. Normas que han sido aplicadas en los juicios que están en trámite en nuestro país.

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional tiene dos principios. La primera cláusula, “en las condiciones de su vigencia”, tiene jerarquía constitucional. ¿Qué interpretó la Corte? Algo que, posteriormente, en los juicios por violaciones a los derechos humanos tiene una incidencia notable: el acatamiento de la jurisprudencia internacional tal como la aplican los organismos de derechos humanos en el ámbito internacional. Y la otra cláusula, aquella que la doctrina señala como juicio de comprobación, no deroga artículo alguno de la primera parte de esta Constitución. En ese sentido, toda la documentación correspondiente a la época de la sanción de esta cláusula, la incorporación de esta cláusula en el debate de la Convención Constituyente en el propio recinto sin que tuviera dictámenes previos de ninguna comisión, indican que fue incorporado para satisfacer las presiones de los propietarios de medios de comunicación para impedir (con este principio no se deroga la primera parte de la Constitución) la aplicación del ejercicio del derecho de réplica que consagraba el Pacto de San José de Costa Rica. Estos principios y el derecho internacional de los derechos humanos nos dieron fallos que han sido citados, como *Arancibia Clavel* y *Simón* entre otros, que revierten la impunidad en Argentina.

Previamente, en el fallo Massera de 1999 –cuando se investigaba el plan sistemático de desaparición de niños, que se sigue investigando–, a pesar de que no se necesitaba recurrir a la prescripción porque por aplicación de la Convención Interamericana sobre desaparición de personas el delito se seguía cometiendo, tanto por principio de derecho penal como por principio internacional, la Cámara Federal, en el caso Massera y simultáneamente en el caso Acosta, estableció que estos delitos, además de estar cometiéndose en ese momento, eran delitos de lesa humanidad y, en consecuencia, imprescriptibles.

Así, el derecho internacional de los derechos humanos ha consagrado en nuestro país, a través de los tratados y a través de la jurisprudencia, el concepto de delito de lesa humanidad y, por consiguiente, su imprescriptibilidad.

Quiero puntualizar los aportes de Abuelas de Plaza de Mayo al derecho internacional de los derechos humanos, los voy a enumerar: 1º) la consagración en la Convención sobre derechos del niño del derecho a la

identidad, artículos 7 y 8 de la Convención; 2°) la denuncia contra la impunidad que dio lugar al informe 2892 que permitió en su desarrollo revertir la impunidad, el ejercicio del derecho de la verdad y llevarnos a la situación en que nos encontramos ahora.

El primer caso argentino que llevó a la Corte Interamericana de derechos humanos fue un caso planteado por Abuelas relacionado con la guarda de niños, que era el caso Tolosa-Reggiardo. En esa denuncia por plan sistemático de desaparición de menores hecha por Abuelas de Plaza de Mayo se consagró ese principio de delitos de lesa humanidad y por lo tanto imprescriptibles. Abuelas, basándose entre otras cosas en el derecho internacional de los derechos humanos, planteó también la inconstitucionalidad del indulto. Fue el primer planteo que se hizo por parte de un organismo de derechos humanos, que fue resuelto en forma favorable por el juez en su momento, y por las Cámaras con posterioridad.

Lo que quise exponer es un poco la síntesis de la lucha del pueblo argentino por revertir la impunidad, la lucha de los organismos de derechos humanos que cambiaron esta realidad que hace que distintos países miren a la Argentina por cómo se llevan adelante las investigaciones por violaciones a los derechos humanos, y es también un reconocimiento a Abuelas de Plaza de Mayo por toda esta labor que ha realizado.

El camino ante los tribunales locales

Mónica Pinto

Profesora titular de Derechos Humanos y Garantías y de Derecho Internacional Público, Vicedecana, Facultad de Derecho, UBA.



El orden jurídico-político diseñado para regir desde la segunda posguerra mundial incorporó como uno de sus objetivos la cooperación internacional en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin discriminación y ello comportó una obligación positiva para los estados de traducir, decodificar, las normas internacionales en el ámbito interno.

En efecto, la decisión de universalizar la protección de la libertad y la dig-

nidad de las personas supuso adoptar normas internacionales que enunciaran derechos protegidos –su alcance, las restricciones legítimas de que pueden ser objeto y las posibilidades de su suspensión durante los estados de excepción– y otras que permitieran establecer instancias internacionales de protección, con posibilidades de decir y, en ocasiones, de hacer respecto de los estados en función de la modalidad de control de que se trate.

Así las cosas, las normas del derecho internacional resultan ser la infraestructura de mínima de un sistema que requiere la complementación de otras normas –generalmente elaboradas en los estados nacionales– que expresan la idiosincrasia de las sociedades a través de regulaciones concretas. Esta dinámica llama a una fluida relación entre el derecho interno y el derecho internacional en este campo.

Una pacífica práctica internacional –puesta de manifiesto por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1925– señala que la forma de integración del derecho internacional al orden jurídico vigente en un estado es una cuestión reservada a la discreción nacional. Ello no obstante, desde la década del ‘30, la misma jurisprudencia permite concluir que se ha consolidado una norma consuetudinaria que dispone que un estado no pueda prevalerse de una norma de su derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación convencional.

Este aserto no resultó de aplicación automática en el ámbito local. Aunque del juego de los artículos 31 y 27 de la Constitución Nacional surge que los tratados internacionales fueron y son “ley suprema de la nación”, la indefinición del texto constitucional respecto de la jerarquía de las leyes condujo a la doctrina de *S.A. Martín y Cía c/ Administración General de Puertos* que otorga igual rango a ambos tipos de normas.

En los inicios de los ‘60 esa Corte pudo señalar, sin embargo, que ello no resolvía “*la posible cuestión de orden internacional subsistente [que] es ajena, como principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos*”.

A comienzos de los ‘90 la Corte da un giro importante en su óptica en este tema al resolver el pretendido derecho de réplica de Miguel Angel Ekmekdjian en el programa televisivo de Gerardo Sofovich. Para ello, se vale de la norma consuetudinaria que acabamos de reseñar –vigente

como derecho escrito desde 1980— y sostiene que “*cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata*”.

En realidad, la Corte Suprema de Justicia no sólo coloca a los tratados internacionales en una jerarquía superior a la de las leyes nacionales sino que señala que las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos gozan de una presunción de operatividad que autoriza a su exigibilidad inmediata. El riesgo para la responsabilidad internacional del estado la conduce a entender que entre las medidas que el estado debe adoptar para garantizar su goce y ejercicio se incluyen las medidas judiciales, esto es, por ejemplo, sus sentencias. De esta suerte, la Corte se asume como órgano capacitado para dar ejecución a las decisiones del sistema internacional de protección, al menos cuando se trata de prever normas especiales.

La Convención Nacional Constituyente se ocupa del tema y el resultado es por todos conocido: los tratados en general tienen rango superior a la ley, once instrumentos internacionales de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, otros pueden adquirir este estatuto por la decisión de los dos tercios de ambas cámaras del Congreso y estas normas sólo pueden ser denunciadas mediando autorización legislativa.

Más allá del logro jurídico, el político supuso dotar de visibilidad al tema, que comenzó a ser evocado por letrados y magistrados en distintos expedientes.

A poco de andar, en el caso *Monges* en 1996, la Corte afirma que la decisión de la compatibilidad y no-derogación de disposición alguna de la primera parte de la Constitución Nacional con la nueva jerarquía constitucional consagrada es un juicio del constituyente y por ello sustraído a la interpretación judicial.

Sin perjuicio de ensayos anteriores, es el fallo de la Corte en el caso *Giroldi* —en el que se cuestiona la virtualidad del recurso extraordinario para satisfacer el requisito previsto en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana referido al derecho de revisión del fallo condenatorio penal

ante un tribunal superior— el que brinda espacio al Tribunal para desarrollar su doctrina en este tema. En efecto, la Corte entiende que la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, ya que expresa “las condiciones de la vigencia” de tales tratados. Ello, además de adelantar el riesgo para la responsabilidad internacional del Estado de no darse una adecuación de la conducta del estado con lo previsto en las normas que lo obligan. Así las cosas, revierte la jurisprudencia hasta entonces vigente. Luego, las modificaciones a su propia competencia apelada —el artículo 280— y la existencia entre los tribunales de alzada y la Corte de un tribunal intermedio, la Cámara Nacional de Casación Penal, conducen a individualizar a la casación como el recurso apto a los fines del artículo 8.2.h) de la Convención.

Este fallo permite identificar varias de las cuestiones que la Corte tendrá en cuenta para decidir en futuros casos en los que se ventile un tema de derechos humanos a la luz de los tratados vigentes en el país.

Así, el riesgo de responsabilidad del estado parece un elemento determinante del temperamento que asume el Tribunal. Luego, la necesidad de actuar de modo que el estado con su comportamiento se adecue a los requerimientos internacionales incluye, en la óptica de la Corte, su propia conducta. Como lo hiciera en *Ekmekdjian*, la Corte de *Gioldi* asume que a ella compete encontrar una solución. En esta medida, la Corte entiende que el Poder Judicial cuenta entre los órganos del estado a los fines de la responsabilidad internacional, lo que, al igual que en fallo de 1992, supone un cambio de óptica importante respecto de *Martín & Cía*.

En el habeas corpus que deducen las personas condenadas por el ataque al Regimiento de Infantería Mecanizada N°3 de La Tablada en relación con el cumplimiento de lo dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 55/97, de 18 de noviembre de 1998, el Tribunal debe decidir por primera vez en relación con un informe de un órgano de tratado relativo a la Argentina. Recuérdese que, entre otras cosas, se ha declarado allí la violación del artículo 8.2.h) ya que el juzgamiento de conformidad con la Ley de Defensa de la Democracia

supone la instrucción por el juzgado federal competente en el lugar de los hechos, la sentencia por la cámara federal igualmente competente y contra esa sentencia sólo tiene previsto el recurso extraordinario.

La CSJN comienza reiterando su doctrina en punto al carácter de guía que deben tener las opiniones y resoluciones de los organismos internacionales sin perjuicio de lo cual establece que “*del texto de la Convención surge que la decisión que los Estados se comprometen a cumplir es la de la Corte Interamericana (art.68 inc.1°)*” y que “*si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado Argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial*”. En todo caso, concluye que “*la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repute, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales –equiparable a un recurso de revisión–, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional*”. Dicho esto, la Corte insiste en la cosa juzgada.

Queda claro de lo anterior que, según la Corte, la Constitución Nacional ejerce supremacía sobre el derecho internacional, incluido el que la propia Constitución califica con rango constitucional y que esa decisión es la que permite zanjar el eventual conflicto entre la norma constitucional formal y la norma constitucional material.

La jurisprudencia de *Acosta* no agota los planteos judiciales por la implementación del informe 55/97 de la CIDH en el caso del cuartel de La Tablada ya que Roberto Felicetti y sus consortes de causa plantean la revisión de sus condenas. Sin perjuicio de las características propias de este caso, en lo que aquí interesa, el Alto Tribunal vuelve sobre la cosa juzgada y da una interpretación propia del alcance del decisorio de la Comisión Interamericana en punto a la doble instancia en materia penal. Expresa que: “*lo que el art. 8, inc. 2, apartado h, establece, es el derecho del*

imputado “de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior”, lo que no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento directo por ésta –que no se comprende en qué medida pudiera ser distinto por ser pronunciado directamente que si lo hubiera sido por vía de recurso contra una decisión anterior– en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados”.

En *Felicetti*, la Corte llega a la conclusión de que no hay responsabilidad internacional comprometida y para ello efectúa su propio razonamiento sobre el alcance de las cláusulas de la Convención Americana, prescindiendo totalmente de la *guía para la interpretación de los preceptos convencionales*. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal no evalúa la cuestión a la luz de la práctica del sistema, cualquiera sea ella, sino con un criterio funcional al carácter inmovible de la cosa juzgada de la Corte.

El 21 de agosto de 2003 la Corte se expresa en dos fallos de gran trascendencia pública, el uno relativo a la persecución de graves violaciones a los derechos humanos y el otro sobre la ejecución de un fallo de la Corte IDH. En cada uno de ellos reconoce su deber de cumplir con el sistema interamericano. Sin embargo, las vías que encuentra para ello no son homogéneas.

El Tribunal no hace lugar a las excepciones de cosa juzgada y de falta de jurisdicción deducidas por Jorge R. Videla. El fallo no menciona la práctica del sistema internacional de derechos humanos aunque sí lo hacen algunos de sus ministros.

En la misma fecha, la Corte debe resolver la presentación del Procurador del Tesoro de la Nación para dar efectividad a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 28 de septiembre de 2002 en el caso Cantos. El pedido de implementación del PTN es rechazado con argumentos distintos, sin embargo en todos ellos se expresa la incapacidad del Tribunal para adecuarse a lo solicitado en la sentencia de la Corte Interamericana.

Cierto es que, por virtud de una decisión internacional vinculante, la Corte no puede invadir la esfera propia del legislador. Mas ello si se trata

de legislar con alcances generales. Años de jurisprudencia propia y ajena señalan que la “creación” de norma para el caso de especie es un recurso del que la Corte ha hecho mérito en cada ocasión en que ha constatado una situación grave. Así fue en *Siri, Kot y Outón* en relación con la acción de amparo. Así fue en *Sejean* respecto de la inconstitucionalidad de la norma de la legislación civil que impedía recuperar la aptitud para contraer nuevo vínculo nupcial luego de la separación de cuerpos y bienes. Incluso *Ekmekdjian* se inscribe en esa óptica.

Más probable es que la política que se había impuesto el Alto Tribunal a esa fecha no contemplara un caso de las características de *Cantos*. La cuestión, evidentemente, no ha encontrado aún un contexto que permita que la implementación de las decisiones internacionales se deslice fluidamente.

El 8 de septiembre de 2003, en el recurso extraordinario deducido por *Ragnar Hagelin* contra la decisión de la Sala 4 de la Cámara Nacional de Casación Penal que declarara inadmisibile el recurso que interpusiera contra la resolución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas que rechazó la reapertura de las actuaciones en donde se investigó la desaparición de su hija, por mediar cosa juzgada, la Corte reconoce el emergente derecho a la verdad y al mismo tiempo el valor vinculante de la solución amistosa del caso planteado ante la Comisión Interamericana.

Cierra el año 2003 resolviendo entre otras cosas en el incidente de recusación del juez federal de Bahía Blanca que entiende en el *pedido de extradición de Alfredo Astiz* formulado por la República Francesa. Allí, inopinadamente, en un claro *obiter dicta*, los ministros Zaffaroni y Maqueda aluden a la jurisprudencia de la Corte IDH para señalar que “*a partir del caso Barrios Altos de la Corte IDH, resultan contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos todas aquellas normas con las características de las mencionadas leyes 23.492 y 23.521, en cuanto ellas impiden la investigación y condena de hechos como los que motivan el actual pedido de la Republica Francesa*”.

Trátase, ni más ni menos, que de un adelanto importante –clara señal política, dirían algunos– de lo que podría ser la posición del Alto Tribunal en la decisión definitiva sobre la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida.

El 24 de agosto de 2004, a diez años de la entrada en vigor del texto constitucional adoptado en Santa Fe, en el caso *Arancibia Clavel* será el fallo de la Corte, y no una mención en los votos de sus Ministros, el que aludirá a la jurisprudencia de la Corte IDH.

En junio de 2005, en el caso *Simón* la Corte declara la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y de punto final con base en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y menciona la jurisprudencia interamericana de *Barrios Altos*. El *iter* que comenzara a fines de 2003 se cierra.

Últimamente, en su decisión en el caso *Casal*, la jurisprudencia del sistema interamericano será un elemento más para conducir al más Alto Tribunal a sostener que la exigencia de la doble instancia en sede penal tiene raigambre constitucional.

Esta reseña breve –e injusta por su brevedad– permite revelar la evolución en el grado de madurez de las instituciones nacionales en la incorporación de los derechos humanos como un valor cultural y como una norma legal del más alto rango.

Mesa:

Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad

Gabriel Ignacio Anitua

Profesor adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, UBA.



Quiero agradecer a las Abuelas de Plaza de Mayo invitarme a discutir en este coloquio, y agradezco especialmente por poder hacerlo con los dos distinguidos compañeros de la mesa –uno de ellos el verdadero maestro de toda mi generación en lo que hace al análisis de cuestiones procesales penales–. Tras ello, señalar que el tema que nos fue asignado no resulta fácil para ninguno de nosotros. Es muy difícil ingresar a una cuestión que, como ésta, puede ser analizada desde diversas perspectivas disciplinarias pero que siempre se encontrará con el dolor de varios seres humanos.

Justamente por esa dificultad creo que en mi caso corresponde que me limite a realizar las consideraciones propias del saber penal. No sólo para simplificar mi punto de vista, sino también para encontrar una mejor respuesta al posible conflicto que cae sobre la materia probatoria en una investigación en sede penal. Sostengo, entonces, que para analizar ese conflicto deben dejarse suspendidos aquellos elementos que están fuera de la investigación penal.

El título de la mesa alude a una “búsqueda”. Deberíamos preguntarnos sobre aquello que se busca en el marco de una investigación de un caso penal. Un proceso penal no busca imponer ni declarar cuestiones sentimentales o familiares, ni establecer derechos filiatorios, ni determinar nombres o identidades, ni tampoco reparar daños o lograr compensaciones; sino que un proceso penal trata de determinar la verdad histórica sobre un hecho presuntamente delictivo (siempre con los límites constitucionales que podrían dar origen a la situación conflictiva que se analizará).

En el tema que nos convoca, empero, creo que no se trata solamente de reconstruir la verdad sobre un ilícito pasado sino también de analizar uno presente, cuestión que por tanto compete no sólo a lo represivo sino también a lo preventivo. Se debe poner fin a una situación delictiva, lo que va más allá de lo tradicionalmente procesal penal.

En efecto, al hablar de “jóvenes apropiados” se hace expresa referencia al tipo penal previsto en el artículo 146 del Código Penal. De la propia enunciación de ese delito se desprende que la acción principalmente reprochada es la de “sustraer” así también como “retener” y “ocultar”, siempre que se trate de un menor de diez años “sustraído”. El verbo típico “sustraer” requiere de

la demostración de esa forma de sacar de la esfera de custodia al menor de diez años. Es ello lo que propenden a demostrar distintos medios de prueba orientados a indicar que el menor que permaneció retenido u ocultado bajo una identidad no real (algo que también debe demostrarse) ha nacido de algunos de aquellos grupos familiares integrados por mujeres embarazadas durante el cautiverio que habría facilitado la, por tanto probada, “sustracción”. Entiendo que mientras la sustracción ocurrió antes de esos diez años estaríamos frente a la acción típica aunque los hechos se hayan prolongado hasta haberse superado, en mucho, esa edad.

Se podría hablar bastante sobre esa figura y su relación con los hechos sobre los que las Abuelas de Plaza de Mayo se siguen ocupando de descubrir y de poner fin. Pero me parece que esos hechos, a los que se hace referencia, también encuentran encuadre legal dentro del crimen contra la humanidad denominado “desaparición forzada de personas”. Así fue tipificado por la Asamblea de las Naciones Unidas en su resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992 y, en lo que hace a nuestro derecho vigente, definido por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 (aprobada por ley 24.556 y elevada a jerarquía constitucional por ley 24.820).

Eso hace que la búsqueda que se intenta no tenga estricta relación con un “menor” pues este delito es definido como “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

De esa descripción surge con claridad que son sujetos pasivos del delito que se investiga tanto el menor sustraído –o “desaparecido”– como aquellos familiares (por ejemplo, las Abuelas) que solicitan información sobre el paradero de esa persona y a quienes se les es negada u ocultada.

También ello demuestra la necesidad de realizar determinadas medidas que no están solo destinadas a buscar la verdad sobre algo sucedido

en el pasado sino también para poner fin a un delito que, como ha quedado expuesto, se seguiría cometiendo hasta que no se otorgue la información solicitada a los familiares reclamantes.

De allí la importancia de pensar en pruebas que permitan acreditar el vínculo. Por un lado, está la demanda frente a un delito que se sigue cometiendo mientras se niegue la información solicitada por los sujetos pasivos del delito de desaparición forzada de personas. Poner fin a ello responde a funciones de prevención que también ejerce la jurisdicción penal. Pero también persisten argumentos estrictamente encaminados a la averiguación del delito.

Todos estos fines deben ser considerados para evaluar la concreta forma de realizar el análisis de ADN (hasta ahora previsto como el modo más idóneo de demostrar el parentesco que pruebe la apropiación, por un lado, y de cuenta del paradero actual, por el otro). La prueba de la relación de aquel que se sospecha víctima de la apropiación con los familiares reclamantes requiere de una demostración del ADN que, también hasta el momento, se piensa más sencillo obtener mediante una extracción de sangre.

Es aquí donde puede presentarse un conflicto. Éste se daría cuando el titular de derechos personalísimos, como el de la intimidad personal y la integridad corporal, se opone a que se le practique una extracción de sangre necesaria para acabar con un delito de acción pública y, a la vez, para probar la comisión de ese y otros delitos en el marco de un proceso penal.

Esto lo convierte en el especial caso –me parece que con pocos antecedentes fuera de Argentina– en que quien se supone ha sido víctima del delito es el que se opone a que se practique el test. Y este caso ha sido debatido ampliamente en la doctrina argentina.

También, lógicamente, fue materia de atención jurisprudencial. Aquí destacaré el fallo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 30 de septiembre de 2003, en la causa “Evelin Karina Vázquez Ferrá” (Fallos 326:3758). Son también numerosos los comentarios a este pronunciamiento, el último que he leído, esta misma semana, incluido en la tesis doctoral de Fabricio Guariglia, un discípulo del profesor Maier. Allí también se lo critica con argumentos más que sólidos.

Brevemente, esa causa trataba la denuncia de Inocencia Luca de Pegoraro contra Policarpo Vázquez y Ana M. Ferrá por la sustracción de su nieta, ocurrida luego de la desaparición de su hija embarazada y detenida clandestinamente en la Escuela de Mecánica de la Armada en el año 1977. El juez de la causa ordenó la realización compulsiva de una prueba hemática “a los fines de determinar la verdadera identidad” de la persona nombrada, disponiéndose el auxilio de la fuerza pública en el caso en que aquélla no otorgase el consentimiento para el acto pericial apuntado, cosa que efectivamente sucedió manifestando la joven conocida como Evelin K. Vázquez Ferrá su oposición hasta la Corte Suprema.

La mayoría de la Corte, con poco acierto tanto desde los puntos de partida –pues no se consideró la “desaparición forzada” que probablemente sufre esta persona– como en el concreto análisis de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la prueba, revocó lo resuelto por la Cámara y por el juez de instrucción. Los ministros Belluscio y López entendieron que es válida la negativa de la persona mayor de edad a prestarse a que su cuerpo sea utilizado para extraer elementos de prueba que posibiliten la condena de aquellos a quienes la ley procesal autoriza a proteger mediante la negativa a declarar (también señalaron la innecesariedad de esta prueba para demostrar el delito investigado). En igual sentido, los ministros Petracchi y Moliné O’Connor (y también Fayt aunque con algún agregado no sustancial) consideraron que, si bien la extracción de sangre representaría sólo una afectación ínfima de la integridad corporal, tiene sin embargo un carácter degradante relacionado con la compulsión hacia quien podría negarse a declarar como testigo contra aquellos a quienes su conciencia autorizaba a proteger. De esa forma, dicen, “se está produciendo una invasión en el ámbito íntimo de los lazos afectivos de la recurrente”. Para el ministro Boggiano las reglas aplicables a las declaraciones testificales no resultaban trasladables a la extracción de sangre. Pero como también creyó que la medida de prueba impugnada no era indispensable para averiguar la verdad de lo ocurrido, señaló que el interés público no se veía afectado por la negativa de la recurrente a practicarla y que por tanto debía prevalecer. Vázquez reconoció que los precedentes de la Corte señalaban lo contrario de lo que decidía la mayoría, pero

justificó el cambio de criterio en la condición de mayor de edad que permitía invocar por sí misma la vulneración de su intimidad, integridad física y dignidad como persona, así como también en la mencionada normativa procesal utilizada por los otros votos –y que está destinada a preservar la cohesión familiar y evitar al testigo la disyuntiva entre suministrar al Estado los medios para castigar a aquellos con quienes tiene lazos afectivos o de mentir–. Hubo un voto disidente: el del ministro Maqueda, quien relacionó la situación de la víctima en esa ocasión con la del acusado en otras causas, y luego distinguió la naturaleza eminentemente comunicativa o testifical de las declaraciones verbales de acusados o testigos respecto de las pruebas de carácter material que hipotéticamente puedan obtenerse de sus cuerpos, en tanto no se vean afectados los derechos a la intimidad y a la salud. Luego justificó la necesidad de practicar la prueba.

Asumiendo esa necesidad, de acuerdo a los fines de la búsqueda antes mencionados, parece que evaluar la proporcionalidad depende de los otros objetos tutelados. No puede sostenerse un criterio totalizador como el principio de que “es inconstitucional someter a una persona a una prueba compulsiva para la que tiene que prestar su cuerpo”, puesto que ello admite múltiples y variadas excepciones contenidas en la misma legislación procesal, y admitidas por esta Corte Suprema y los tribunales encargados del control de constitucionalidad en otros países.

Ese principio es exceptuado incluso cuando el titular de derechos personalísimos –y del propio cuerpo– es el acusado. Distintos tribunales nacionales y, por ejemplo la propia Corte, han manifestado que la garantía de prohibición de declaración contra uno mismo impide “la compulsión física o moral a una persona, con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos (...) en que la evidencia es de índole material” (Fallos 318:2518).

En el mismo sentido se expresaron tribunales que deben velar sobre la constitucionalidad de medidas en otros países igualmente respetuosos del Estado constitucional de Derecho. Es el caso de la República Federal

de Alemania donde el Tribunal Constitucional manifestó que debía interpretarse de acuerdo a la necesidad y proporcionalidad, en cada caso, al §81.a párrafo 2ffl de la Ordenanza Procesal Penal alemana que faculta al juez a someter compulsivamente al imputado a una extracción de sangre, y a otras intervenciones corporales de práctica usual por parte de los médicos, cuando ello es necesario para la determinación de hechos que son de importancia para el proceso y cuando no quepa temer ningún perjuicio para la integridad física del afectado (BverfGE. 16, 194; 17, 117; 47, 239). También es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica donde la Corte Suprema convalidó la constitucionalidad de una extracción compulsiva de sangre de un acusado que se negaba a que se le practicase. En “Schmerber contra California” (384 US. 757 de 1966), también con argumentos vinculados con la necesidad y razonabilidad de la medida, se expresó que no había en el caso ninguna violación al derecho de no ser sometido a registros y medidas irrazonables, tutelado en las Enmiendas IV y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. La Corte Constitucional italiana señaló que la extracción compulsiva de sangre de un acusado no violentaba ni la dignidad como persona ni el ámbito privado de la intimidad (sentencia de ese Tribunal número 54 de 1986). Lo mismo señaló con respecto a la extracción de sangre el Tribunal Constitucional español (en la sentencia 9681 del 16/12/1996).

Por lo tanto, existen argumentos para defender que una medida que requiere de la extracción de unos pocos milímetros de sangre no vulnera principios constitucionales, incluso cuando estén en juego los oponibles por el acusado (que son más que los del testigo pues se vienen a sumar los valores del derecho de defensa y del principio de inocencia, estrechamente vinculados con la garantía contra la autoincriminación). Siendo así, con más razón sería defendible en un caso en que no es el imputado el objeto de la prueba.

Con todo, también el testigo víctima, o cualquier otro ser humano no comprometido en proceso penal alguno, tiene derechos oponibles frente a la intervención que sobre su cuerpo pretenda efectuar el Estado. Frente a ellos, y en ciertas circunstancias, los fines perseguidos por el derecho

y el proceso penal deben ceder, pues no son absolutos. Sin embargo, tampoco los derechos individuales son absolutos. Debe evaluarse si la siempre existente perturbación provocada por los fines propios de la persecución penal a alguno de aquellos derechos es razonable, proporcionada y necesaria. De ser así, como sucede con la extracción de sangre, tal medida debe practicarse, aun con la oposición del individuo.

No es el supuesto de la extracción de sangre el único caso en que se somete el derecho y la voluntad de la víctima a los fines del derecho y del proceso penal. En verdad, todas las víctimas y testigos ceden razonablemente sus derechos por la intervención de la potestad punitiva y por la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Es claro que queda cercenada la libertad ambulatoria de aquel a quien se lo intima a acercarse –a menudo varias veces– para declarar como testigo en una causa. Lo mismo puede decirse de su ámbito de intimidad, que queda cercenado al someterse al testigo, por regla general, a los fines específicos de la publicidad del juicio. Y también cede la libertad de expresión, pues se conmina al testigo a declarar la verdad incluso con amenaza penal si es que no lo hace, cuando quizá su voluntad libre lo llevaría a decir cualquier otra cosa. Todo ello resulta no sólo razonable sino también imprescindible para la realización de la justicia material.

Es destacable la tendencia jurisprudencial –nacional e internacional– de los últimos años que intenta evitar molestias innecesarias, desproporcionadas o irrazonables en aquellos sujetos tradicionalmente utilizados como constancias probatorias sin atención de las propias y humanas necesidades. Ello es más destacable, quizá como consecuencia de las modernas doctrinas criminológicas y victimológicas, en aquellos testigos que además sufrieron directamente los efectos del hecho que se investiga penalmente. Para con las víctimas se ha buscado evitar la llamada “victimización secundaria” que provocaría la intervención judicial en el conflicto originario.

La ponderación sobre esa necesidad y razonabilidad ya había sido efectuada por la Corte en casos anteriores, en los que además se había hecho un juicio de proporcionalidad en el que se dejaba en claro que en una prueba de extracción de sangre no queda vulnerado el derecho a la

vida o a la salud de quien a ella será sometido, así como tampoco su integridad corporal. En casos en que estaba en juego la identidad de un individuo todavía menor (Fallos 318:2518 y 319:3370) dijo que “La realización de la prueba de histocompatibilidad no afecta derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen”. Incluso señalaba allí la Corte que tampoco había agravio en lo que hace al derecho a disponer del propio cuerpo puesto que “La extracción de sangre a un menor, dispuesta en una causa criminal, a fin de realizar un estudio médico inmunogenético de histocompatibilidad, no constituye una práctica humillante o degradante y se encuentra justificada por los artículos 178, 207 y 322 del Código de Procedimientos en Materia Penal” (*Idem*).

En cuanto a la intimidad, la Corte (Fallos 318:2518 y 319:3370) dejaba expresamente de lado la aplicación al caso del precedente “Bahamondez” (Fallos 316:479), en consideración de que la negativa a la realización de la prueba no estaba dirigida al respeto de la zona de reserva e intimidad sino a obstaculizar una investigación criminal. El derecho a preservar una zona íntima, que sin duda queda vulnerado en ésta y en otras intervenciones de las autoridades, debe ponerse en la balanza con los otros derechos y fines perseguidos por la persecución estatal, con el fin de decidir si cobra virtualidad o debe ceder.

En tal sentido, y creo que en esto también se equivocó la Corte en el 2003, la prueba de extracción de sangre –y la vulneración a la intimidad que conlleva– no sólo es razonable sino que también es necesaria e imprescindible. También es proporcionada puesto que, aun considerando las consecuencias dolorosas para la víctima que podría acarrear el conocimiento aportado por la prueba, resultan de mayor entidad los valores que se promueven al perseguir para poner fin a una acción tan grave que incluso ha merecido recepción en la legislación de entidad constitucional como la mencionada. La práctica de sustracción de niños hijos de

desaparecidos, y ellos mismos de esa forma “desaparecidos”, además de configurar un delito en el derecho interno, constituye una violación a normas fundamentales de derecho internacional de los derechos humanos, principalmente aquellas que tutelan el derecho a la identidad de las víctimas directas y protegen a su familia (artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículos V y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

La jurisprudencia sentada en causas anteriores por la Corte rechazaba la supuesta vulneración de la intimidad, integridad física y dignidad como persona del sujeto, víctima o testigo, que debe someterse a la prueba hemática. Yo creo, y esto es lo fundamental para criticar el fallo “Vázquez Ferrá” de la Corte, que es irrelevante que esos derechos hayan sido reclamados por una persona mayor o menor de edad, ya que su vulneración cumple el mismo fin en ambas categorías de personas. Antes de poder reclamar su cumplimiento, frente a la imposibilidad del menor de expresar su consentimiento en forma válida, la Corte se arrogó una facultad tutelar en la que se privilegió el fin del derecho y del proceso penal por sobre la posible ingerencia sobre los derechos personalísimos en cuestión. Si precisamente en esa delicada situación tales derechos no tenían capacidad de impedir la realización de la medida de prueba, mucho menos podrían “aumentar” su virtualidad cuando el sujeto alcanza la edad adulta. En realidad, no podrían aumentar ni decrecer, pues la comparación no admite grados: o se vulnera el derecho a la intimidad, integridad o dignidad, o no se lo vulnera. Yo creo que no se vulnera a esos derechos al realizar la prueba hemática necesaria para acreditar la identidad.

Tampoco tienen ninguna virtualidad para impedir la prueba los presupuestos de carácter meramente procesal, citados en “Vázquez Ferrá”, que permiten exceptuar la regla de obligatoriedad en la colaboración con la justicia penal de algunos testigos como cónyuges y parientes (artículos 242 y 243 del Código Procesal Penal vigente), y otros en disposiciones de la ley de fondo que eximen de responsabilidad penal por el delito de encubrimiento no sólo a personas ligadas por vínculos civiles formales

sino también a personas a “las que se debiese especial gratitud” (artículo 277, inciso 3, del Código Penal).

Se pretende proteger, con esas disposiciones, a la institución familiar y al valor de solidaridad entre sus miembros. Sin embargo, en la búsqueda acerca de la verdad de delitos cometidos y que se siguen cometiendo es esa misma “institución familiar” la que se encuentra investigada. No está en juego la unidad familiar protegida por el Código Procesal en la inmunidad para declarar contra familiares desde el momento en que lo que se pretende establecer con el examen cuestionado es precisamente la existencia de una relación de parentesco. A mayor abundamiento, el propio Código Procesal Penal de la Nación señala que esa prohibición no rige cuando el delito ha sido ejecutado contra el propio declarante o contra una pariente suyo de grado más próximo que el que lo liga con el imputado. Ello llevaría a que volvieran a aplicarse los principios generales de obligación para declarar, aunque la realmente dolorosa situación de la causa “Vázquez Ferrá” justifique pensar en el significado de la voz “declarar”.

Debe prestarse atención a la diferencia entre una declaración propiamente dicha, o “activa”, y un sometimiento a una medida que podría señalarse como de “pasiva” intervención del sujeto. Entre los diferentes criterios que surgen de la ya largamente citada “Vázquez Ferrá”, la Corte sostuvo que “el testimonio como manifestación volitiva sobre lo que se conoce” debe ser distinguido de “la extracción compulsiva de sangre [que] en cambio, constituye un medio de prueba que no compele a producir testimonio alguno –en sentido estricto”. La minoría de Maqueda en esa causa hizo una referencia a esta diferencia al citar un antecedente del Tribunal Constitucional español que es aplicable, aunque esté en un contexto en el que se relaciona con la declaración del imputado. Se señala allí que “no se obliga al acusado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia”. En el caso del testigo víctima que suele tenerse en consideración en los casos similares al de “Vázquez Ferrá”, esa diferencia es especialmente importante a los fines afectivos o familiares que se pretenden proteger con la prohi-

bición para prestar declaración testimonial ya que no se pondría en la mencionada disyuntiva al que no tiene que hacer o decir nada sino solo prestarse a un reconocimiento y deja que se utilice su cuerpo como medio de prueba.

He dicho que se pretende evitar al testigo la angustiante alternativa de referir al Estado un testimonio válido para punir a aquellos con quienes tiene intensos lazos afectivos –o legales, de acuerdo al criterio de la normativa penal de fondo y forma– o de mentir contrariando un juramento. Esta última es precisamente la parte de la disyuntiva que se evita en estos casos de colaboración “pasiva”, aunque me atrevería a decir que también se evita la otra opción puesto que si una expresión oral o escrita tiene una necesaria voluntariedad que puede llevar a poner en peligro los lazos afectivos previos, la actitud “pasiva” de quien se deja observar –incluso tan intensamente como para hacerlo en su secuencia genética– no tiene virtualidad como para generar esa enemistad temida por el legislador.

De cualquier manera, el fundamento legal de la protección a la institución familiar que se menciona debe quedar en un segundo plano frente a lo que se investiga en casos que han sido objeto de atención de la ley interna pero también del derecho internacional de los derechos humanos.

Junto a la cuestión de las relaciones familiares y afectivas se busca la evitación de mayores dolores a quien ha sido víctima de delitos de aquella raigambre.

Frente a ello, hay que recordar que esa dolorosa situación no es consecuencia de la investigación penal sino de aquellos delitos que están siendo hoy en día investigados y, en otros supuestos, frente a los que aún no se han podido reunir elementos como para hacerlo. La situación común de todos ellos consiste precisamente en que los sujetos activos del delito ocupan el lugar de los verdaderos padres en la crianza de los menores sustraídos y desaparecidos forzosamente, generando nuevos lazos afectivos. Me parece que es peligroso conceder una inmunidad, aunque sea de tipo probatoria, a los posibles autores de delitos como los mencionados, inmunidad que quedaría supeditada al éxito en la consecución de

una relación de afecto con el menor apropiado, retenido u ocultado. Ello no sólo en lo que respecta a los intereses de la sociedad en general, sino también a los de las víctimas, tanto del delito de apropiación de menores como del desaparición forzada que, como he dicho, incluyen a aquellos que reclaman información sobre el desaparecido cuando era menor.

Javier Augusto De Luca

Profesor adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, UBA.



1. CONFUSIÓN DE PLANOS Y SU INFLUENCIA EN LAS DECISIONES JUDICIALES

En la década de 1980 se comenzaron a tratar en los tribunales los primeros casos de chicos nacidos en cautiverio, con sus padres privados de su libertad en centros clandestinos de detención bajo el mando de las fuerzas armadas, o bien de aquellos que quedaban en sus domicilios al momento de la detención de sus padres y que luego eran entregados a personas, las cuales podían o no haber intervenido en su captura o privación de libertad. Por distintos medios probatorios se adquirió la certeza de que, en

realidad, pertenecían a un grupo biológico distinto del de las personas que los habían criado durante el lapso que va de la apropiación hasta su descubrimiento y que los habían anotado como propios, con el antecedente de falsos nacimientos o trámites de adopción. Surgieron inmediatamente problemas nuevos para los jueces penales, extraños al objeto procesal tradicional de las causas. Estos nuevos problemas consistían en determinar hasta dónde podían llegar las averiguaciones, por un lado; y por otro, las restituciones a sus familiares de origen con la consecuente separación del ámbito donde crecieron. Este asunto dio lugar a copiosa información, discusiones, marchas políticas, opiniones de psiquiatras, psicólogos, sociólogos, políticos, juristas, comunicadores sociales, religiosos, entre otros, acerca de la conveniencia de realizar distintos estudios y de llevar a cabo las restituciones o de dejar las cosas como estaban.

Los jueces penales tuvieron que lidiar con esas controversias asumiendo una función complicada. No había una única respuesta sobre lo que era mejor para el menor: algunas opiniones especializadas pronosticaban daños psicológicos en los menores, mientras que otras sostenían que nada bueno podía crecer de la mentira, y que la verdad sobre su origen, por más dolorosa que fuese, era la única base posible para la reconstrucción de la personalidad del menor¹.

Esta discusión pareció terminada cuando la Corte distinguió las pruebas sobre el cuerpo de los imputados o víctimas de las consecuencias a que esas pruebas dieran lugar y, en un pasaje no muy difundido por la doctrina, señaló que: *“en el sub-lite la prueba de histocompatibilidad ordenada, según cual fuere su resultado, podría arrojar consecuencias de distinta índole en el ámbito familiar de los involucrados; mas dichos efectos, que podrán encontrar adecuada solución con la intervención de otros organismos, no justifican que esta Corte los sopesa para fundar su decisión porque, además de su ajenidad a la materia penal, resultan extraños a los temas sobre los cuales fue llamada a pronunciarse... y todo ello, en la medida que se encuentra involucrada una razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios...”*².

De este modo, el mensaje fue que todo aquél que se apropiase de un menor debía saber que ningún interés –ni el invocado por el represen-

tante del menor mismo— iba a impedir que, tarde o temprano, se tomaran las medidas necesarias para establecer su identidad —incluidas pruebas sobre su cuerpo— y restituirlo a la familia de sangre. En todo caso, los asuntos que hacen a la readaptación y mejor desarrollo psicológico del menor deberían ser tratados por los expertos pertinentes.

Esta situación parece haber vuelto atrás con el dictado de una sentencia por parte de la Corte Suprema en la causa V.356, XXXVI, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación”, el 30 de septiembre de 2003.

Para reflexionar sobre el tema que convoca el panel, emplearé como test el de las medidas sobre el cuerpo de imputados, víctimas y testigos, porque son las más intrusivas en los derechos de las personas.

2. EL CUERPO HUMANO. ALGUNAS REFLEXIONES FILOSÓFICAS Y JURÍDICAS

Una primera cuestión, central, que campea en todo este asunto es el conocido tema del ser humano como “objeto” y como “sujeto” de prueba. Este asunto merece una mayor atención porque sigue siendo discutido en doctrina. Como aclaración previa, debe señalarse que la denominación “objeto” de prueba no se refiere a un ser humano tratado procesalmente como una cosa, sino a situaciones en que se admiten determinadas injerencias en su cuerpo con prescindencia de su voluntad y consentimiento, y en las que aun así deben tenerse en cuenta todos los derechos y garantías de las que sigue siendo titular ese ser humano por el simple hecho de serlo.

Las medidas probatorias sobre el imputado, víctimas y testigos, están previstas por los ordenamientos procesales mediante normas genéricas, poco precisas, que se refieren a las requisas e inspecciones corporales. Se puede argumentar a favor y en contra.

La posición que sostiene que no es correcto realizar pruebas sobre el cuerpo en ningún supuesto se apoya en la idea de que el cuerpo humano es sagrado, inmaculado, intocable, como una consecuencia del principio de dignidad y, también, en la idea de que no es posible disociar el cuerpo

de la mente. En el caso de los imputados de delitos, se agrega que su cuerpo y lo que él contiene no pueden ser usados en su contra ya que, más genéricamente, ellos no deben verse obligados a aportar prueba de cargo en su contra o a prestar su cuerpo para tales prácticas. En el caso de víctimas o testigos, se sostiene que sus cuerpos no deben ser usados procesalmente en contra de determinadas personas a las que tendrían el derecho de proteger de investigaciones criminales.

Pero si este dogma se lleva hasta sus últimas consecuencias, en realidad no podría desarrollarse ningún juicio sin el consentimiento de los imputados, testigos y víctimas, y tal idea deslegitimaría cualquier medida de coerción personal: ningún juez estaría facultado siquiera a ordenar una comparecencia compulsiva a una audiencia³.

Por tal razón, se trazan distinciones en los términos empleados: no se trata de que el sujeto se vea obligado a aportar una prueba o que deba prestar su cuerpo sino que, directamente, se lo ocupa con total prescindencia de su voluntad. No se le pide nada prestado ni se lo obliga a que haga nada.

Entiendo que entre los fundamentos restrictivos pueden reconocerse una vertiente práctica y otra axiológica.

a)- Argumentos prácticos. Generalmente se discute esta idea sobre la base de que el proceso penal regula una tensión entre los intereses del Estado, de descubrir y reprimir los delitos, y los derechos del imputado (y de terceros) que expresan o implícitamente reconocen la Constitución, Pactos Internacionales de DD.HH. y leyes vigentes. El asunto se resuelve por vía de la proporcionalidad de la injerencia estatal en los segundos. A poco que se reflexione sobre su fundamento, se advierte que en realidad está apoyado en razones prácticas derivadas de los avances científicos en criminalística y los recursos económicos y humanos de los que dispone el Estado para llevar a cabo una investigación. Y así, el límite de los derechos de los habitantes lo da la posibilidad de hacer las cosas de otro modo. Se trata de un fundamento de mucha fuerza, porque evita caer en argumentos hipócritas, reconoce el problema y se hace cargo de él proponiendo soluciones concretas. Ejemplo: hasta que no sea posible identificar a una persona de otra manera, resulta necesario sacarle fotos

y huellas dactilares, y es a partir de dicho dato de la realidad que los juristas sostendrán que ello no constituye una lesión a sus derechos. Seguramente los avances científicos permitirán en unos años hacerlo de otro modo y desde ese momento se sostendrá que estas prácticas eran inquisitoriales o algo por el estilo.

Este modo de argumentar responde a un determinado plano del conocimiento: el límite de determinados derechos y la posibilidad de repeler cualquier práctica que los avasalle está dado por una cuestión pragmática y no por una axiológica.

Cada vez que aparece una práctica novedosa se generan serios problemas porque no está decidido uniformemente por los juristas que ellas formen o no parte de un derecho inviolable ni cuál es su límite. Esto es lo que ocurre con la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre para realizar una prueba que permita establecer, con una certeza prácticamente absoluta, cuál es el origen biológico de una persona. Pero la discusión sobre esta prueba se podría considerar histórica porque esa técnica se desarrolló de tal manera que hoy no es necesario extraer sangre para lograr el mismo resultado, sino que basta con pelos, saliva, etc.

b)- Punto de vista axiológico. El otro punto de vista no se basa en argumentos pragmáticos y coyunturales, sino que considera al cuerpo humano como inviolable en sí mismo, en cualquier caso. A este valor es posible agregarle algún otro, como el de la máxima kantiana por la cual el hombre no puede ser usado como medio para obtener determinados fines, por más loables que éstos sean.

Ahora bien, ¿qué es el cuerpo o en qué consiste la inviolabilidad del cuerpo humano?

Por cuerpo es posible entender muchas cosas. Lo meramente físico, lo corporal y lo mental o espiritual, la corporeidad y su significación, etcétera. Si atiendo a su exterioridad y llevo coherentemente a sus consecuencias la idea de que no puede ser usado por terceros, todas las partes del cuerpo humano no perderían sus atributos por haberse separado de él. Así, esta tesis no debería admitir siquiera las fotografías de un cuerpo, ya que la obtención y uso de esa imagen sería también una forma de usar-

lo; tampoco las impresiones que dejen distintas partes de cuerpo en otros objetos (huellas dactilares, mordeduras, hematomas en los cuerpos de terceros, pisadas y otras). Tampoco podría valerme de los pelos caídos, ni de los gases, líquidos y sólidos expulsados naturalmente de él (aliento, saliva, lágrimas, orina, materia fecal). Ni siquiera de la sangre manada de un cuerpo herido que ha quedado impregnada en cualquier objeto.

La separación entre el objeto y su representación, o entre el objeto y las partes que antes lo integraron, sería axiológicamente ficticia y, por ende, incorrecta.

Pero supongamos que admitimos una distinción entre lo que todavía forma parte del cuerpo (a lo que seguiremos llamando cuerpo) y aquello que se ha separado de él voluntaria o naturalmente (que ya no es más cuerpo). El principio diría: lo que no se puede ocupar es lo que está de la epidermis para adentro. Y más dramático: así como no puedo sacarle un brazo, tampoco puedo extraerle un pelo, ni sangre.

A poco que transitemos por esta idea veremos que no estamos tan dispuestos a aceptar ese dogma de una manera absoluta, y no me refiero a la cualitativa distinción entre un brazo y un pelo ya que el segundo crece nuevamente. Me refiero a otros ejemplos: a un ser humano (con o sin su consentimiento) se le ha introducido en el cuerpo una sustancia altamente contagiosa y letal para terceros por simple contacto; a otro se le ha insertado un dispositivo que lo transforma en un “hombre-bomba” que se puede hacer detonar desde otro lugar. ¿Estamos dispuestos a no hacer nada con esos cuerpos porque son inviolables? ¿Nos vamos a quedar de brazos cruzados? Creo que estos ejemplos demuestran que la llamada inviolabilidad del cuerpo humano no puede ser elevada a la categoría de valor absoluto tan sencillamente.

c)- Conclusión. Lo único que puede enunciarse como un principio o valor es que toda injerencia, toda ocupación del cuerpo humano, no debe ser arbitraria, debe respetar ciertos aspectos que hacen a la dignidad y demás derechos del sujeto, y guardar proporcionalidad con los fines perseguidos.

La concepción que considera al cuerpo como immaculado e intocable se basa en concepciones de dignidad humana y de intimidad difícilmen-

te defendibles, porque en realidad se trata de un individualismo o egoísmo que ni siquiera fue adoptado por el art. 19 CN que claramente prescribe que las únicas acciones u omisiones del ser humano que no pueden ser atrapadas por la autoridad de los magistrados son aquéllas que no ofenden al orden, a la moral pública y a los derechos de terceros. Al individuo, por el solo hecho de ser, de existir, de vivir, le pasan cosas, infinidad de cosas, que no han sido originadas en actos de voluntad propios. Se enferma, es contagiado, es víctima de delitos, debe pagar impuestos sin haber hecho nada (por ejemplo por haber heredado un bien inmueble), debe responder por actos de sus empleados o hijos, es obligado a comparecer y declarar con la verdad por el solo hecho de haber sido testigo de un hecho judicial, etcétera.

Es posible considerar que el ser humano no puede ser separado en cuerpo y mente porque es una unidad. Pero de ello no se deriva una violación a sus derechos cuando no existe consentimiento del “dueño” del cuerpo para ocuparlo. En efecto, si se trata de una unidad inmaculada ella debería ser indisociable para todos los efectos y no sólo para algunos. El aspecto subjetivo no podría transformar al todo en un cuerpo pasible de ocupación por terceros.

En cambio, si se argumenta que lo que determina la inviolabilidad del componente físico es la mente del sujeto y que, por ello, no puede accederse al físico sin la aquiescencia del sujeto, se vuelve al problema de los ejemplos del “hombre-bomba” y “hombre-contagioso”. Todo el asunto se reduce al alcance del derecho a hacer prevalecer su voluntad por sobre la de los demás. La consecuencia para esta tesis es fatal: el físico no sería inmaculado porque tanto su dueño como terceros pueden acceder a él, en determinadas circunstancias.

Precisamente, éstas y otras reflexiones son las que llevaron desde hace bastante tiempo a diversos tribunales constitucionales de países con culturas similares a la nuestra a prescindir del consentimiento del sujeto en determinadas situaciones que lo justifican (ejemplo: un allanamiento de domicilio por orden judicial o algunas medidas sobre el cuerpo humano). Esa prescindencia, es decir, el hecho de que no se trata de una manifes-

tación de la voluntad del sujeto, es perfectamente coherente con la idea occidental por la cual ninguna consecuencia moral o jurídica puede derivarse para la persona cuyo cuerpo es ocupado sin consentimiento, por el sólo hecho de esa ocupación. Si el cuerpo de una persona es empleado sin dirección de la mente, no puede haber reproche moral ni jurídico.

Si esto es así, debemos considerar que constituye un resabio del pensamiento “mágico” el argumento de que la extracción de una prueba de cargo desde un cuerpo es equivalente a una incriminación del dueño del cuerpo hacia sí mismo o hacia terceros.

Eso sería como sostener que una persona por el solo hecho de existir, sin haber hecho u omitido hacer nada voluntariamente, es un testigo de cargo respecto de alguien. Ejemplo, la existencia en el vientre materno del ser engendrado puede ser la prueba de una violación. Pero esta situación no equivale a sostener –y por ello no lo decimos así en el lenguaje común– que el *nasciturus* es testigo de cargo de la violación. Lo mismo ocurre con el cuerpo del herido y la disposición en su cuerpo de las heridas que pueden ser prueba de cargo para el imputado, aunque el lesionado no haya realizado una comunicación, es decir, no haya sido testigo aún.

En consecuencia, los tribunales distinguen los productos de la mente del ser humano de aquellos en los que ésta no interviene. Los primeros estarían amparados por las garantías que se refieren a la incoercibilidad de ciertas comunicaciones o expresiones; los segundos, por otras que hacen a la intimidad, la dignidad, la salud, etcétera. Cuando se prescinde de la mente (lo que significa no requerir el consentimiento del dueño del cuerpo) entra a jugar el segundo grupo de garantías, de todos los habitantes, no sólo de los imputados, y todo se reduce a un examen de proporcionalidad de la medida intrusiva.

Por tales razones, como esto se sabe desde la antigüedad, la cláusula contra la autoincriminación ampara solamente “declaraciones” que son un producto del pensamiento de las personas, una elaboración mental, que se reflejan en una conducta activa u omisiva, con sentido intelectual. Se incluyen los cuerpos de escritura, los gestos, etcétera: toda prueba que requiera su colaboración intelectual con significado expresivo. En cambio, un registro domiciliario, que también se hace en contra del imputa-

do (supongamos que se pone en la puerta para impedir el ingreso del juez y la autoridad pública que lo asiste), no tiene el mismo tratamiento. El hecho de correrlo de la puerta compulsivamente también va contra el cuerpo, y el significado del acto, el secuestro de elementos dentro de su domicilio, también es en su contra. Pero no se analiza este proceder conforme la cláusula contra la autoincriminación porque el individuo no declara contra sí mismo. No se pide el consentimiento para allanar un domicilio ni se hace jugar en contra su negativa. Son cosas distintas.

En materia de extracción compulsiva de sangre, pelos, droga transportada en el cuerpo, etcétera, no se pide el consentimiento ni ningún aporte intelectual del imputado, ni que preste su cuerpo. Directamente se lo ocupa. No hay “declaración”. No hay compulsión para que declare. No hay violación a la cláusula contra la autoincriminación, ni de ningún otro principio que, basado en otros intereses (ejemplo: protección de la familia o de las relaciones afectivas) pueda ser invocado por el testigo (por ejemplo, incriminar a determinados parientes o amigos).

Lo único que se trata de evitar es la violación de otras garantías como el respeto de la dignidad, la defensa en juicio, que la medida debe estar prevista por ley, ser proporcionada al fin perseguido, ser pertinente a ese fin, necesaria, realizada por métodos normales y seguros, estar precedida por una “causa probable” que nos indique la seria sospecha de su pertinencia, etcétera, etcétera.

3. CÓMO FUNCIONA LO DICHO A PARTIR DEL FALLO CITADO

La idea inicial y central que subyace en los votos de los jueces que hacen la mayoría es la asimilación de la medida de extracción compulsiva de sangre y una “declaración” en contra de sus padres de crianza. Voy a sintetizar la crítica:

- 1) Se identifica –según ya vimos, incorrectamente– poner el cuerpo para que terceros obtengan una prueba en contra de otros con una declaración. Esa identificación aparece como “mágica”: “De mi cuerpo saldrá

la prueba que condenará a las personas que yo quiero”. Es decir, por el solo hecho de ser, de existir, esa chica es una testigo de cargo para los imputados. Se hace hincapié en su voluntad para poner o no el cuerpo, cuando debería prescindirse de ella.

2) Se valora la posición de la afectada porque es mayor de edad y entra a jugar su supuesto derecho a no conocer su realidad biológica. De esa manera, se eluden las prescripciones de la Convención de los Derechos del Niño, aunque ahora la víctima sea mayor. En efecto, si se sigue ese razonamiento, los jueces deberían esperar (o los interesados dilatar el trámite de las causas) a que todos los chicos fuesen mayores de edad para que ejerzan este pretendido derecho. Entiendo que una violación a una cláusula constitucional no se disipa por el paso del tiempo.

3) Se advierte cierta contradicción argumental con otro fallo de la Corte. En “Zambrana Daza” se sostuvo que extraer droga del cuerpo a una persona que la transportaba por ese medio no violaba la cláusula contra las declaraciones compulsivas, porque no se la consideraba una declaración.

4) Se protege esa situación al asimilarla –nuevamente– a una “declaración” mediante el argumento de que si la chica fuera testigo tendría derecho a no declarar contra esas personas. Sin embargo, no se relevan dos datos: que sus presuntos padres biológicos están muertos, y ella tendría derecho a no declarar contra ellos, no contra sus presuntos apropiadores; y que la extracción compulsiva de sangre significa, precisamente, que ha de prescindirse de su declaración (que es un producto de su mente), o sea que para esta prueba no es testigo, porque los testigos “declaran”.

5) Se trae a colación el delito de encubrimiento y se razona que Código Penal “permite” ayudar a determinadas personas a eludir la acción de la justicia, en este caso, mediante el silencio o una actitud renuente a sus requerimientos. Sin embargo, no se tiene en cuenta que no existe acción u omisión de encubrir al negarse a prestar el cuerpo para que se le extraiga sangre, ya que el consentimiento para la prueba o su negativa no constituyen “declaraciones”. A ella no se le ha de pedir ninguna comunicación al respecto.

6) El objeto de las causas penales. Cualquiera sea la medida de prueba, debe guardar relación con el objeto de la causa, pues de lo contrario

constituiría una injerencia arbitraria. Este argumento sólo hubiera bastado para rechazar la medida si se consideraba ajena a tal objeto. La Corte, en varios pasajes no dice eso sino otra cosa muy distinta: señala que la medida es “superflua” porque los padres de crianza ya habían confesado el delito. De ahí surge inmediatamente la pregunta: ¿qué ocurriría con el plexo probatorio si en el juicio oral o en el plenario (código viejo escrito) los imputados se desdicen de su confesión?

Desde el punto de vista de la pertinencia o relación directa entre la prueba y el objeto de la causa corresponde señalar que, aunque se investigasen solamente falsedades documentales y no también la sustracción o apropiación de una menor, la prueba sigue siendo “pertinente” porque los documentos que acreditan falsamente un nacimiento y una identidad tienen como causa que la recién nacida no era hija de quienes la inscribieron y, para establecer esto, es válido determinar de quién eran, por la sencilla razón de que los niños no pueden provenir de dos vientres al mismo tiempo: si son de otros, no son de ellos. Este punto debe ser aclarado. Es posible condenar por falsedad ideológica de documentos (los que acreditan la identidad de una persona) con la prueba de que el niño no es hijo de quienes dicen serlo, por ejemplo, demostrando que la falsa madre no estuvo embarazada ni dio a luz en la época de la inscripción, etcétera. Pero esta cuestión no indica nada sobre la “pertinencia” de la prueba. Para determinarla no se debe recurrir al procedimiento de decir: “como el hecho ya está probado, todas las demás pruebas que se propongan no son pertinentes”. Eso no es correcto porque si excluyéramos mentalmente la prueba existente y que hasta el momento demuestra el hecho, la que se pretende realizar sería igualmente idónea para demostrar el mismo hecho. Ejemplo: si no existieran la confesión y otros indicios, la prueba del vínculo biológico de esta chica con otras personas demostraría por exclusión que los procesados no son los padres verdaderos y de ahí que los documentos que se expidieron son ideológicamente falsos. No se trata de un juicio de “necesidad” de una prueba a partir del cual se puede afirmar si la prueba es sobreabundante o complementaria para formar un juicio de valor condenatorio en algún caso concreto. Esto

último depende de la valoración del juzgador que es bastante difícil de afirmar en la etapa de investigación, máxime si se tiene en cuenta que quien ha de juzgar es un magistrado distinto.

Ahora bien, el fallo no considera dos cuestiones importantes. La primera es que a la abuela no le interesa la condena de los presuntos apropiadores, ni que le expidan unos documentos que digan que legalmente esta chica es su nieta, sino el conocer la verdad real del vínculo biológico. Quizás esto también importe a los muertos por la acción del mismo Estado (evito expresamente seguir tratándolos como desaparecidos⁴) cuyos “derechos”, si así puede llamárselos, están subrogados en la persona del fiscal, y también en los derechos de los hijos de esta chica que algún día podrían querer conocer quiénes fueron sus abuelos.

La segunda, derivada de la anterior, es que en muchos casos el objeto procesal de las causas penales se ha ampliado notablemente. Determinados principios superiores de derecho positivo señalan que no basta con investigar exclusivamente lo pertinente y necesario para demostrar la culpabilidad o inocencia de una persona sometida a proceso. Estos nuevos objetos han sido incorporados por los tratados de DD.HH. y la jurisprudencia y los sintetizo como el derecho al duelo o a la verdad.

7) Se reconduce a las abuelas a realizar la misma prueba a sede civil en un juicio de filiación. Pero esta sugerencia no cambia un ápice la cuestión central porque en aquel juicio civil se reproduciría toda esta cuestión. Como el juez civil sólo puede valorar en contra la reticencia a una prueba de esta naturaleza (Ley 23.511, de banco y datos genéticos), está claro que no tiene facultades para ordenar la extracción de sangre compulsivamente. Es decir, la cuestión parece haber finiquitado en sede penal.

8) La intimidad o reserva, en su aspecto del derecho a disponer del propio cuerpo, encuadra en el artículo 19 de la Constitución Nacional sólo cuando está dirigida al respeto de él, del propio cuerpo, pero no cuando está encaminada a ofender derechos de terceros. Vimos este asunto cuando se trataron los ejemplos del “hombre-bomba” y similares. Obstaculizar una investigación criminal y cercenar los derechos de los parientes a conocer la filiación también entran en esta categoría, porque

la filiación no es algo de una sola persona sino una relación, y ambas partes de esa relación tienen derecho a conocerla. De modo que su derecho a no conocer su identidad, no vale cuando ello implica imposibilitar el ejercicio de ese mismo derecho a la persona que está en el otro extremo de la relación que se pretende develar.

9) El fallo omite argumentar sobre cláusulas expresas de la Convención sobre los Derechos del Niño y La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que son de superior jerarquía a cualquier norma o principio de derecho procesal o penal (art. 31 CN). Por ejemplo aquéllos que establecen cuáles son los objetos de las causas penales, las normas que regulan el encubrimiento, etcétera.

10) La identificación entre el cuerpo y las comunicaciones es lo que lleva a la Corte a considerar que con la práctica se obliga a la víctima a ser quien aporte pruebas en contra de personas que según su conciencia debe proteger y, por tal razón, que esa práctica debe ser considerada humillante o degradante por invasión a la intimidad. Entiendo que es la indebida identificación entre cuerpo y comunicaciones lo que les hace considerar degradante a la práctica, y no la práctica en sí misma, que nada tiene de degradante o humillante.

4. BALANCE FINAL

Si estuviera en juego solamente la identidad del niño, ahora mayor de edad, podrían llegar a prevalecer sus derechos, aunque con otra argumentación a la de la sentencia comentada. Aquí, en cambio, aparecen los delitos cometidos que reclaman investigación, los derechos de abuelos a conocer la otra cara de la relación, el de los futuros nietos a conocer quiénes eran realmente sus abuelos y, en general, el de la sociedad a conocer la verdad de lo sucedido durante esos años oscuros, aspecto en el que se ubica el saber si dos personas privadas de su libertad por el aparato del propio Estado y que nunca más aparecieron, tuvieron una hija y, en su caso, de quién se trata.

Creo haber fundado jurídicamente por qué no se viola ningún derecho

con medidas probatorias sobre el cuerpo de determinadas personas y los altos valores individuales y sociales que se encuentran involucrados en su producción. Solo espero que los futuros razonamientos de los hombres de derecho los contemplen a todos y no los cercenen con argumentos apresurados.

NOTAS

- 1- Ver las sentencias de la Corte Suprema registradas en Fallos: 310:2214 “Scacheri de López; Fallos: 312:1580 “Siciliano”; Fallos: 313:1113 “Müller”.
- 2- Fallos: 318:2518, considerando 15.
- 3- Ni a extraer huellas dactilares, ni a grabar sus conversaciones telefónicas, ni a ordenar un examen médico o psiquiátrico, ni a obligar al imputado a notificarse y estar presente en determinados actos procesales, ni a identificarlo (para determinar contra quién se sigue el proceso), ni a secuestrarle bienes, ni a allanar su domicilio, ni a ocupar su correspondencia, ni a sacarle fotos, etc. etc., por mencionar algunas diligencias que no se refieren al cuerpo, de la piel (epidermis) para adentro.
- 4- Esta cuestión obedece a una reflexión que me hiciera una licenciada en psicología experta en esta temática: todas estas argumentaciones de los juristas siguen la lógica de Videla: los desaparecidos no son nada, no están ni aquí, ni allá, ni vivos, ni muertos, no existen, son solamente eso, desaparecidos. Con lo cual, por hacer hincapié en los derechos de los vivos, prescindimos completamente de dos personas que no tienen derechos, porque los muertos no tienen derechos, sin hacernos cargo de que esas dos personas fueron muertos por el accionar ilegal del aparato estatal y que serían, precisamente, los padres reales de esta chica. Es realmente muy fuerte que el Estado les niegue “el conocimiento” de este vínculo biológico.

Julio Maier

Profesor titular de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, UBA.



Se ha hecho un poco tarde, de tal manera que voy a ser muy esquemático.

La primera cuestión que quería plantear es que esto que estamos discutiendo forma parte de uno o de varios temas más generales no sólo relacionados con el procedimiento penal sino con cualquier tipo de procedimiento judicial. Se trata de saber si las colaboraciones que no son

manifestaciones verbales o escritas, es decir que no son expresadas a través de signos –o lo que de algún modo llamamos lenguaje–, están abarcadas por el principio que todos denominamos en un comienzo *nemo tenetur*. Esto es, si todas estas colaboraciones que no son verbales o escritas, en las cuales no se utiliza el lenguaje, requieren también del consentimiento de quien informa. Tratar este complejo tema en toda su extensión sería imposible, por eso sólo daré ejemplos.

Entre ellos se encuentran el cuerpo de escritura para una peritación, si podemos utilizar la fuerza para obtenerlo; la inspección corporal, que también requiere fuerza para hacerlo y que está regulado por el propio código de procedimientos penales y también por el código de procedimientos civiles; la toma de medicamentos para hacer vomitar a una persona; ciertas intervenciones corporales como la extracción de piel o de cabello para saber, a través de una biopsia, si esa parte del cuerpo fue tratada con elementos de electricidad; e incluso operaciones quirúrgicas para obtener la bala que ingresó en el cuerpo de una persona.

En todos estos casos la pregunta central que se plantea como problema es: ¿se requiere del consentimiento? Y en caso de que así sea, es decir si se requiere del consentimiento: ¿cuáles son los requisitos de ese consentimiento?

Algunos sostienen que esos requisitos serían los mismos que los planteados para la confesión del imputado. Esto es, para tener la confesión de un imputado se le debe informar previamente que puede no hacerlo, que no está obligado a declarar (esta condición es importante para el razonamiento inmediato con el que continuaré) y que la declaración que haga no le va a provocar a él ningún daño o perjuicio. En la práctica, entonces, la sentencia no se puede fundar en que él se calló. Si existe una sentencia condenatoria debe fundarse en otros elementos de prueba que verifiquen si el imputado es punible o no es punible, pero no puede estar asentada en que él se calló.

Ahora bien, la segunda alternativa sería que no se requiriera del consentimiento; en ese caso la siguiente pregunta continúa siendo válida en la forma: cuáles son los requisitos de esta prueba y cuáles son los límites de la coacción del Estado, de la fuerza que puede ejercer el Estado, para

hallar ese medio de prueba que le permita, en este caso específico, solucionar el problema de la filiación de una persona.

Sobre esto hay dos posiciones extremas. Una que yo creo que es la posición mayoritaria y que ya ha sido desarrollada por los disertantes que me acompañan y en la que al nudo problemático lo enuncio como “cuál es la extensión material de la prohibición del *nemo tenetur*”, es decir de no tenerse a sí mismo por culpable, y cuáles son las extensiones subjetivas, como las del caso Vázquez-Ferrá, quiénes, además del imputado, tienen derecho a negarse a declarar o pueden estar amparados por la prohibición de obligarlos a declarar contra sí mismos.

Esta tesis mayoritaria equipara todos estos casos a los de prohibición de obtener información del imputado, demandado o pariente contra su voluntad. Era por ejemplo la tesis de Carlos Mino con quien yo he discutido desde hace años –por lo menos desde 1986, en virtud de que algún proyecto que redacté permitía obtener estas muestras de sangre aún contra la voluntad del imputado, de la víctima o de quien sea–.

De allí, la primera jurisprudencia civil que en casos de reclamación de la filiación o de suposición del estado civil obligaba al consentimiento del demandado; y si el demandado no consentía, creaba una presunción en contra de éste o en contra del interés de aquél que se negaba a prestarse a una muestra. Pero en estos casos no se ejercía fuerza alguna para obtener la muestra de sangre que hubiera permitido resolver el pleito conforme al principio que señalaba uno de los expositores como de la verdad que los penalistas llamamos real.

Esta idea se reiteraba en una enormidad de casos del derecho privado que no necesariamente tienen que ver con un delito sino con el reclamo de filiación. Yo conozco al menos uno o dos casos en los cuales el padre, demandado por el hijo, se negaba a prestar su consentimiento para que le extraigan un mínimo de sangre con fines de comparación y de obtención de datos biológicos, de datos genéticos, y entonces se le aplicaba la presunción según la cual si él no prueba, él es el padre.

Esto pasó a la ley 23.511 de Banco Nacional de Datos Genéticos, artículo 4° que, a la letra, crea una presunción para aquél que no permite que

se acceda al elemento absolutamente imprescindible para realizar una prueba que se considera certera, por lo menos hasta el momento actual, acerca de la filiación de una persona. Y este artículo 4ffl implica, precisamente, que cuando fuera necesario determinar en juicio la filiación de una persona, y la pretensión apareciera como verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por un juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario –lo que a mí parece ridículo– a la posición sustentada por el renuente, es decir por el que no presta consentimiento.

Yo pertenezco a la otra posición, a aquella que hoy día consideraría minoritaria (aunque acá es mayoritaria). La considero minoritaria conforme al fallo de la Corte que estos mismos expositores han comentado y que yo no voy a utilizar como objeto de crítica sino sólo diré que ese fallo –y los de muchos tribunales civiles– nos ha dejado ocupando la posición minoritaria.

Desde mi perspectiva, la posición mayoritaria tiene dos absurdos: uno material y otro formal. El absurdo material se refiere a los dos tipos de filiaciones que todos conocemos por el Código Civil. Un tipo es la filiación biológica, es decir “son mi papá y mi mamá aquellos que me han procreado”. Y el otro es la filiación por adopción, la cual establece que “son mi papá y mi mamá aquellos a los que, después de un procedimiento bastante largo, me han concedido en adopción”. A estos tipos de filiación habría que agregarle, según la ley de datos genéticos, un tercer modo que es la filiación ficta: si te niegas a dar sangre consigues que exista un fallo contra vos que pretende munirse de pruebas biológicas. Pero esto no es cierto directamente. Este contrasentido material de tratar de determinar una filiación –que obligatoriamente es biológica porque así la concibe la ley, el orden jurídico– por una presunción fictamente me parece a mí que es el primer absurdo que menciono. Absurdo porque contradice materialmente la filiación biológica que es que el Código Civil establece como la principal.

Pero peor todavía es la contradicción formal. Tomemos el caso Vázquez-Ferrá y se darán cuenta a qué nos conduce por un procedimiento.

El razonamiento de la señorita que no prestaba su consentimiento y expresaba que no quería ir contra sus padres –es decir las personas que la habían criado y a quienes ella consideraba sus padres– era que ella no quería perjudicarlos en un proceso penal por el cual ellos serían imputados. Ella no quería perjudicarlos. Y tenía razón en su argumento puesto que hay una regla que aunque no dice exactamente esto, sí da un derecho –muy parecido al derecho del imputado– de abstenerse de dar informaciones respecto de un pariente de tal grado que comprende a los padres.

Ahora bien, si por la ley de datos genéticos lo que debe suponerse es el interés contrario a la persona que no quiere dar el consentimiento, pues entonces lo que debieron realmente decidir era que *no eran sus padres*. Y no, como hicieron, que eran sus padres y que entonces los comprendía ese derecho. Aquí nos encontramos frente a la contradicción formal: porque al imputado, o al pariente de éste, cuando se le dice que tiene el derecho de abstenerse de declarar también se le explica que si se abstiene no se va a utilizar en su contra.

Con esta solución que mencioné como ‘filiación ficta’, inventada formalmente por los tribunales civiles e incluso en este caso por la Corte, la situación es muy distinta. Es más o menos como si al imputado le dijeran: “puedes abstenerte de declarar, no vamos a utilizar la fuerza para lograr tu declaración, pero si te abstienes de declarar te vamos a considerar culpable”. Esta es la situación que considero ridícula y absurda que se resulta de esta pseudo solución porque quien describe el *nemo tenetur* no tiene derecho de describirlo sólo como la posibilidad de abstenerse a declarar sino también, cuando se abstiene de declarar en el caso concreto, como la imposibilidad de obtener fundamento para una sentencia condenatoria de ese silencio.

He llamado ‘daños colaterales’ –de un modo irónico frente al sentido con el que se utiliza la expresión en la actualidad– a los límites de la coacción. ¿Cuáles son los límites en los cuales –según esta posición que repito es la mía y creo que es minoritaria– se puede ejercer coacción contra una persona para obtener ciertos elementos que ella tiene en su cuerpo, en el mejor de los casos? Y ahora sí, el problema es absolutamente más complicado.

A mí me parece que el primer límite es definir qué requerimos de la persona a la cual le vamos a aplicar la fuerza. Si lo que requerimos solamente es una omisión, vamos a aplicar la fuerza pero no le pedimos que haga absolutamente nada, es decir, si lo que requerimos no es la colaboración activa de la persona, me parece que es permitido utilizar la fuerza para alguien que no quiere dar el consentimiento. Es decir, dentro de otros límites debería estar permitido al Estado utilizar la fuerza para averiguar la verdad, tanto en un proceso civil como en un proceso penal. Si en cambio lo que requerimos de la persona es una coacción dirigida a que obre, a que haga algo como por ejemplo el cuerpo de escritura, un test psicológico, allí sí me parece que la fuerza está prohibida. La colaboración activa de la persona requiere de su consentimiento, pero la colaboración que sólo es pasiva no requiere su consentimiento.

Respecto de los límites que se continúan utilizando sobre esta situación, debo decir que no le tengo simpatía a los argumentos que han presentado tanto uno como otro expositor.

Nosotros solemos citar un aforismo en latín que dice “*in atrocissimus delictis licitum est iura transgredi*” que significa que en delitos atroces tenemos licencia. Esto es, el Estado tiene licencia para desobedecer el orden jurídico, para no obedecer las reglas jurídicas. De tal manera, por ejemplo, que un allanamiento no requeriría la obtención de la orden de allanamiento por el juez si el delito es grave.

No me gustan esos datos, pero debo reconocer que cierto ingreso de la proporcionalidad aquí existe. Y me parece que para plantear límites es muy clara la referencia a la vida, a la salud o a la integridad física de la persona. Salud en toda su extensión, inclusive la salud psíquica. Allí el límite es preciso. Por ejemplo para la extracción de una bala cercana al corazón en una operación quirúrgica de la cual los médicos no pueden de antemano certificar que no va a provocar un peligro para su vida o un peligro para su salud, yo creo que es muy claro el límite: peligro para la vida, para la salud considerada en toda su extensión o la integridad física del individuo.

En cambio, no veo tan claro y me parece muy difícil discernir sobre aquellos límites que, como en el fallo en esta mesa comentado, se refie-

ren a la intimidad y a la dignidad del ser humano. Aquí las cosas aparecen más turbias aunque reconozco que puede haber límites. Daré un ejemplo para que se den cuenta: la inspección corporal en los órganos genitales de una mujer para hallar droga o lo que fuera me parece complicada de aceptar sin su consentimiento.

Quiero decir que aunque creo que hay casos en los que todos estaríamos dispuestos a afirmar que hay ciertos límites relativos a la intimidad o a la dignidad humana en sí mismos, me parece que la gran mayoría de los casos van a ser, como en el caso Vázquez-Ferrá, muy discutibles.

Por último, querría mencionar que hay también ciertas obligaciones internacionales de nuestro país que de alguna manera determinan este tema. Las obligaciones a las que yo me refiero están en la Convención sobre los Derechos del Niño que tiene jerarquía constitucional. Esta Convención incluye el derecho a la identidad y obliga al Estado a investigar la identidad biológica de las personas cuando ésta está en duda y, por lo tanto, no creo que sea posible –so pena de que el Estado resulte condenado– que algún juez explique que únicamente con el consentimiento de alguien puede investigarse su identidad biológica. Lo cierto es que nuestro país tiene obligaciones internacionales que lo obligan, al menos en ciertos casos, a la investigación de la identidad a la que el niño tiene derecho.

Esquemáticamente, esto es todo.

Quería decirles, además, que me siento muy honrado de haber sido invitado a participar aquí. Fui invitado por las Abuelas de Plaza de Mayo, hace ya mucho tiempo, cuando aún ejercía la profesión, para hablar sobre este mismo tema. En aquel momento era quizás más importante y también más riesgoso que ahora hablar sobre este tema, plantear estas posturas. Me siento honrado de haberlo podido hacer hoy porque en aquella oportunidad yo estaba en el extranjero y tuve que enviar apenas una comunicación acerca de lo que todavía me parece posible plantear. Se trataba de una explicación algo distinta pero básicamente similar a la que dio el doctor De Luca, con un enfoque sobre el objeto de prueba pero, en cierta manera, con una solución prácticamente idéntica a la actual. Me siento muy honrado y muy alegre de haber podido hacerlo hoy en persona.

DEBATE

Público: Me quiero referir al caso Evelin, por supuesto, que es sobre lo que se ha estado tratando. El primer punto sobre el que quiero preguntar es que si estando, como se habló ayer, en un estado de dependencia emocional hacia sus criadores –ni siquiera padres de crianza, porque no hay vínculo de verdad– es válido tener que contar con su consentimiento. Y segundo, se habla de que la negativa se acepta porque hay que proceder con compulsión. Pero existen flujos femeninos (la menstruación) que podrían servir a la revelación de la verdad procesal y a la economía procesal, y hacerse el estudio perfectamente sin necesidad de recurrir al *abis* pública.

Julio Maier: El consentimiento no parece estar viciado porque, yo supongo aunque ellos conocen mejor el caso, es una mayor de edad; éste es el primer problema. La niña, oportunamente apropiada, es mayor de edad en el momento que ejerce el derecho de expresar que no quiere que le saquen sangre y que, además de esto, funda ese derecho en la posibilidad de negarse a declarar. De tal manera, ese negarse a declarar no quiere significar solamente no hablar o no escribir, sino además que no se utilice nada mío en contra de quienes yo creo mis padres. Lo ridículo del problema es que la ley nacional de bancos genéticos da la solución contraria: “si no quieres declarar tengo que resolver en contra de tu interés, así que como no son tus padres, entonces vas a tener que declarar obligatoriamente”.

Público: Pero ella sería víctima de esos pseudo padres.

Julio Maier: Por eso, la ley nacional, de la que yo les leí el artículo 4°, dice “si es renuente, se resuelve en contra de su interés”. Su interés en ese momento es que la declaración, o sea la prueba, no sirva para incriminar a sus padres. Como es renuente, la decisión es “no son tus padres y entonces te obligo a que des la declaración”. Es decir, por eso creo que es confuso el argumento. Confunde el *nemo tenetur*, por el que nadie está obligado a imputarse un delito o a declarar contra sí mismo, porque lógicamente da un resultado ridículo cuando uno la aplica.

Público: Máxime que está coartando el derecho de la presunta abuela a conocer si es o no su nieta. Porque también puede ser que no lo sea,

pero se tiene que definir, aclarar su derecho, su pretensión.

Julio Maier: Que yo sepa el pleito es un pleito penal, en donde no se estudiaba la filiación en sí civil de la chica ni se iba a terminar con una declaración sobre la filiación. Por supuesto que la decisión de la Corte abarca un supuesto procedimiento civil, que yo no sé si existió o no, por ejemplo de la abuela que es una de las personas autorizadas. Pero bueno, como le digo yo, el fallo no menciona absolutamente nada sobre que la emoción de esta chica pudiera distorsionar sus sentidos. Parece que ella con plena convicción no quería que le quitaran sangre, pero seguramente ustedes saben más.

Público: Yo creo que hacemos más lío al intentar aclarar el argumento dado en el fallo, porque parece más sencilla la solución tomando los límites que expuso el doctor Maier. Me parece que si el consentimiento es válido o no válido no tiene ninguna importancia. Lo importante es evaluar si se pueden aplicar este tipo de pruebas. Y me parece que sí, que el sentido común y la práctica judicial habitual utiliza intervenciones similares. Me parece que no vale la pena discutir. Es mayor, eso sí.

Julio Maier: La fuerza a veces es aplicada sin intervención judicial, como cuando por ejemplo la policía nos para en la calle y supongamos que nos controle con la bolsita, aunque acá no hay tantos métodos, en una contravención por conducir alcoholizado. Este es un caso similar. Puedo yo oponerme, la policía no me puede hacer soplar, pero la policía me dice “si no quiere soplar la bolsita, lamentablemente, te voy a tener que llevar a la comisaría y ahí te van a agarrar dos monos, te van a tener el brazo, te van a sacar sangre, porque yo tengo que averiguar si vos tomaste”. Si no, no tiene ningún sentido la prohibición de conducir alcoholizado, porque queda en el consentimiento de quien infringe las reglas. Si no se puede averiguar y si queda en mi consentimiento, no tiene ningún sentido directamente la prohibición. La prohibición tendría que decir “está prohibido conducir alcoholizado siempre y cuando el conductor preste su consentimiento para que se demuestre que está alcoholizado”, por lo cual no tiene sentido. Yo me puedo callar en el proceso penal, puedo no hablar ni para un lado ni para el otro, y la sentencia no se puede

fundar en el argumento “como no habló lo condeno”. Pero el Estado tiene que tener la posibilidad de verificar, siempre y cuando no cause un daño excepcional. Y acá no lo causa, son centímetros cúbicos de sangre. Yo no veo en el caso, o no conozco, que esté en tela de juicio que ella pueda tener una desviación de su voluntad de tal magnitud. El caso no contiene, que yo sepa, el hecho que menciona la señora.

Público: Es una propuesta en colaboración a la argumentación que tiene tres partes muy breves. La primera parte es que somos hijos, más allá de las creencias, de una tradición que se remonta hasta antes de la Biblia, en el sentido de que entre genealogía y paternidad hay un vínculo al que no estamos dispuestos a renunciar como regla, y sólo por excepción admitimos otra forma de paternidad no biológica. En este sentido, las Abuelas de Plaza de Mayo y los representantes de la Argentina colaboraron sobremanera en la redacción de los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño al establecer el derecho a la identidad y, en general, de los niños a conocer a sus padres. Pero no tuvieron suerte las Abuelas porque ya no son niños sus nietos, sino que son todos adultos los que están buscando. Y el primer problema, que de alguna manera lo esbozó Javier De Luca, es si se puede imponer a alguien adulto averiguar su identidad. Y yo creo que la regla debería ser: no se puede imponer salvo que alguien tuviera un derecho de igual jerarquía para imponerle la averiguación de la identidad. Así como imponemos averiguación de ADN con otros fines por valores superiores tendríamos que buscar el derecho de igual jerarquía. Y creo que en este sentido falta explotar el derecho de identidad y el derecho de vida familiar, y de posibilidad de establecer una vida familiar, porque en la hipótesis de ‘hijo sustraído’, ‘hijo robado’ o ‘hijo ocultado’ hubo una vocación paternal, o una vocación de ascendientes, truncada –si los padres ya no están– que puede ser enfrentada también desde el punto de vista de la identidad. Porque uno es uno, en sí mismo, no sólo por su origen, de donde viene, sino adonde arroja su siguiente, y esto no ha sido todavía discutido.

En cuanto al cuerpo, hay límites. Los instrumentos de derechos humanos nos ponen límites. En primer lugar, el de la tortura; en segundo lugar,

el de los experimentos científicos y el de la esclavitud. Pero no es absoluto el respeto del cuerpo. Y lo que dice Julio Maier es correcto, pero tendríamos que discutir qué pasa cuando hay resistencia activa, cuál es el límite a la resistencia activa. Y ahí me parece que sólo nos queda recurrir a sanciones procesales o sanciones penales por desobediencia si nuestra persona, objeto de investigación, resiste activamente a la extracción de sangre. O tendremos que buscar bulbos capilares que exigen una intervención menor o incluso rascar la piel porque también se puede obtener con suficiente material información genética.

Y en último lugar, y con esto termino, es la idea de que –y esto no me gustó suficientemente de Iñaki Anitua– ha estado demasiado apegado a discutir al modo en que discute la Corte. Se trata solamente del objeto del proceso penal y de los delitos, pero ¿de qué delitos hablamos? De delitos que implican la sustracción de niños a sus padres. Y la sustracción de niños a sus padres no es lo mismo que una defraudación tributaria o que una defraudación aduanera donde, en realidad, la víctima es bastante difusa. El deber de reparación del Estado de raíz internacional implica no solamente satisfacer a la sociedad acerca de qué pasó con el niño sino cumplir con la Constitución de protección a la familia y con los instrumentos de derechos humanos de darle respuesta a la pregunta de dónde está ese niño. Y me parece que ahí está el balance de los intereses entre identidad propia e identidad de otro.

Agradecimientos

A todas las personas que colaboraron de diferentes maneras en la realización del Tercer Coloquio Interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo: Luciano Hazan, Analía Lanza, María José Lavalle, Eugenia Paladino, Horacio Pietragalla, María Laura Rodríguez, Paula Sansone, Irene Strauss, Iván Treitero, Ana Vívori. Y a María Lavalle quien también colaboró en la organización y coordinación del coloquio anterior.