

MESA DEBATE SOBRE EL

PUNTO FINAL

exposiciones de

Dr. José Miguez Bonino

Dr. Eduardo L. Duhalde

Marcelo A. Sancinetti

ASAMBLEA PERMANENTE POR LOS DERECHOS HUMANOS

MESA—DEBATE

Realizada por la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (A.P.D.H.) el día 3 de abril de 1987, en su sede de la Capital Federal, con los siguientes temas y participantes.

Dr. José Miguez Bonino (Presidente de la APDH). Aspectos éticos y morales de la llamada Ley de punto final.

Dr. Eduardo L. Duhalde (Escritor). La Ley y la apología del delito.

Dr. Marcelo A. Sancinetti (Prof. titular de Derecho Penal de la U.B.A.). La Constitución Nacional y la llamada Ley de Punto Final.

Coordinador: Dr. Moisés Chernavsky (Miembro del Consejo de Presidencia de la APDH).

MESA DEBATE SOBRE EL PUNTO FINAL

La presente Mesa-Debate tiene varios expositores, pero en realidad la temática es una sola. Como ustedes advertirán se trata aquí de una línea que se ha venido insinuando desde la promulgación de la ley 23.049 de modificaciones al Código de Justicia Militar, línea que hace que todos los juicios a los genocidas de la dictadura militar, pasen al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, con el resultado que todos sabemos, es decir, 3 años con las causas, dictando al cabo de ese tiempo una sola sentencia, la de Astiz, desprocesando a los 15 almirantes responsables de los crímenes cometidos en la ESMA y ganando tiempo para que en realidad la causa prescriba. Es decir, hay una línea que busca la impunidad a través de esta legislación y también por el otro lado va tratando de insinuar una amnistía encubierta. Ello luego, se pone de manifiesto en las instrucciones al Fiscal General de las Fuerzas Armadas que gracias a la lucha de todos los sectores del pueblo argentino, fueron derrotadas, para finalmente desembocar en la llamada ley de punto final No. 23.492, que según la opinión de muchos constituye o encierra una amnistía y es unánime la opinión de que se trata de una ley inconstitucional y con flagrantes violaciones a los principios éticos y morales. Finalmente ésta anticipa las declaraciones recientes del secretario de Defensa Dr. Alfredo Moso, de mucha gravedad, ya que apuntan a solicitar que la Corte reglamente la obediencia debida y anuncian además la amnistía ya no solamente encubierta sino la amnistía para todos los detenidos y condenados. Es decir, que a través de esta legislación, que yo resumo brevemente, y a la que se van a referir con mayor profundidad los expositores de esta

mesa, se ha ido consagrando por una vía o por la otra la impunidad y si hay una cantidad de procesos en marcha es debido a la lucha, a la organización, al empuje de las organizaciones de derechos humanos en primer lugar y de todas las fuerzas democráticas y populares de nuestro país.

En esta mesa van a participar el Dr. José Míguez Bonino, Obispo de la Iglesia Metodista, presidente de nuestra Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, quien se va a referir a los aspectos éticos y morales de la ley de punto final. Va a intervenir también el Dr. Eduardo Duhalde, que es escritor, abogado y activo militante en el campo de los derechos humanos. Y cerrando, para referirse a la Constitución Nacional y a la llamada ley de punto final va a intervenir el Dr. Marcelo A. Sancinetti, que es profesor titular de derecho penal de la Universidad de Buenos Aires, además ganó una beca en la Universidad Complutense de Madrid durante los años 1985-1986 y ha asistido a diversos seminarios y jornadas fuera del país entre ellos Madrid y Alemania. Es publicista, ha escrito una serie de libros; próximamente en la revista *Doctrina Penal* va a publicar dos trabajos relativos a los derechos humanos, uno de los cuales precisamente se refiere a la exposición que va a hacer hoy referente al llamado punto final, y también debemos decir que ha pronunciado numerosas conferencias en el país y en el exterior, debiendo destacar entre éstas últimas la pronunciada en la Universidad Pontificia de Salamanca.

En cuanto al mecanismo, si ustedes están de acuerdo, vamos a hacer una intervención de 15 a 20 minutos, luego podrán formular las preguntas que quieran, tanto al panel como a cualquiera de los expositores en particular.

Dr. Moisés Chernavsky

Aspectos éticos y morales de la llamada Ley de Punto Final

Dr. José Miguez Bonino

Le agradezco mucho al Dr. Chernavsky el haberme ordenado obispo. Espero que no tenga ningún valor profético su palabra. Gracias a Dios no soy obispo. Soy pastor de la Iglesia Metodista y profesor de teología; es mi trabajo fundamental, y en función de ese trabajo, también lamento tener que decirles que voy a tener que dejar el panel casi enseguida de hacer unas breves reflexiones porque tenemos la inauguración de cursos de la facultad, en la cual tengo que participar. De todos modos me alegro de que me hayan dado la oportunidad de abrir esta reunión con algunas muy breves reflexiones.

Me pidieron que me refiriese a la inconstitucionalidad de la ley de punto final desde el punto de vista ético. Ustedes recuerdan que los últimos meses del año pasado empezaron, como suele hacerse, a circular rumores, primeramente vagos, imprecisos, acerca de la posibilidad de algún proyecto de ley que tuviese que ver con la finalización de los procesos. Empiezan inmediatamente las negativas; no hay tal tema en consideración; hay solamente un borrador; hay algunas ideas pero nadie está trabajando sobre esto. Poco a poco se va concretando y sabemos la historia que hizo ese ru-

mor hasta llegar a transformarse, con la participación positiva de unos y con el apoyo pasivo de otros, en una ley nacional.

Cuando se empezó a lanzar la idea se la apoyaba en una argumentación política y ética. Se decía: el país necesita un período de pacificación y por lo tanto hay que eliminar las causas de fricción entre sectores de la población. Los juicios se transforman en factor perenne de fricción y por lo tanto hay que ponerles límite en el tiempo para que podamos, cubierta esa etapa, abocarnos a un período de construcción democrática en paz. Por otra parte se decía, también, utilizando un argumento ético: no es posible mantener a un sector importante, constituyente del país como son las fuerzas armadas, bajo un estado de constante sospecha. Las personas tienen el derecho de saber si son sospechadas, si son acusadas o no.

Estos argumentos han sido debidamente refutados, me parece, ampliamente y yo no voy a abundar en esto esta noche. Todos ustedes creo, cada uno de ustedes inmediatamente podría refutar estos argumentos aunque bien puede ser que tengamos que resucitar la discusión en un round diferente de la misma temática.

Finalmente, la ley se aprobó. Frente a ella hubo que montar los mecanismos que pudiésemos para defender los derechos humanos, que incluye justamente el tema de la justicia, de los juicios a los responsables de los actos atroces. Una defensa que se estructuró, yo diría, en dos niveles mutuamente relacionados e inseparables. Yo creo que todo intento de separar estos dos niveles conspira contra la eficacia de cada uno de ellos. El primero tiene que ver con la creación de opinión pública, con la información y con la movilización. Una ley es un hecho abstracto para la mayor parte de nosotros y de la población del país. Era necesario, por lo tanto, explicitar su significado, hacer a la gente conciente de las consecuencias y movilizarla para manifestar su oposición, primeramente durante el período hasta la sanción y posteriormente luego de la sanción también. Por eso las entidades se sumaron de diversas maneras, trataron de transitar este camino, yendo a todos los grupos que pudiesen reunirse en una escuela, en una parroquia, en un sindicato, en donde quiera pudiese llegarse a la gente para explicar el porqué esta ley era una ley nociva tanto para la pacificación del país como para la realización de la justicia. Se hizo al menos una manifestación, una movilización masiva. Las movilizaciones siguieron, tal vez posteriormente líneas que respondían a distintas orientaciones y eso restringió su número, pero no por eso dejó de ser significativa.

Junto con ese proceso de movilización y de información de la opinión pública, fue necesario el enfrentamiento a nivel jurídico, es decir impulsar las causas, tratar de estimular y activar por los medios legítimos por supuesto, la acción de las Cámaras, de modo que se

abriesen y continuasen la mayor cantidad de causas que fuese posible. Probablemente, en este punto, el éxito ha sido relativamente bueno, ya que se han impulsado una cantidad de causas que están actualmente en trámite (uno a veces sospecha que más que la ley sociológica de respuesta disminuida, hubiese conseguido si la cosa se hubiese prolongado sin mayores escollos en el tiempo). De hecho aún no sabemos cuál es el resultado de todo esto. Hay razones para tener aprehensiones en cuanto a alguno de los resultados. Estos dos caminos entrelazados, porque la acción jurídica hace posible en torno a puntos determinados la movilización y a su vez la movilización impulsa la acción jurídica. Estas dos luchas entrelazadas es necesario continuarlas. Pero aparece ahora un núcleo, en torno al cual podemos nuevamente profundizar la oposición a todo ese camino que se ha venido siguiendo y consideramos negativo, y es el tema planteado: el de la inconstitucionalidad de la ley 23.492, llamada de punto final.

Evidentemente, el problema de la inconstitucionalidad de una ley, es eminentemente jurídico y en ese sentido yo no tengo la intención de internarme en ese terreno, que para mí es desconocido, pero felizmente tenemos quienes lo conocen y los van a guiar a Uds. en ese camino. Pero yo quisiera, simplemente, hacer una muy breve reflexión desde el punto de vista político y ético.

Comienzo planteándome la pregunta, ¿qué es la Constitución? Evidentemente es un conjunto de leyes, tal vez más, es la ley fundamental del país, de la cual se derivan, sobre la cual se construye todo el andamiaje jurídico que rige la vida de un país. Pero yo creo que la constitución es algo más que eso: una constitución es el documento en el cual un pueblo plasma su proyecto como pueblo; qué es lo que intenta hacer como sociedad; cómo se entiende a sí mismo y cómo entiende su futuro

como sociedad constituida. Si no fuera así, tendríamos que considerar las leyes simplemente como cosas aisladas, cada una legislando, determinando un elemento particular. Y también deberíamos considerar a una nación, sencillamente como un conjunto de personas individualmente que en determinado momento, por razones de interés propio, sencillamente se juntan y determinan un conjunto de leyes de convivencia. ¿Es posible entender así una Nación? Yo no creo que esa sea la forma en que nosotros entendemos nuestra Nación. Entendemos una Nación como resultado de una historia y como la formulación de un proyecto futuro, como una entidad orgánica que intenta arraigarse en un pasado que la constituye y que intenta proyectarse hacia un futuro hacia el cual se mueve. Es un poco como si pensáramos que una familia puede definirse adecuadamente con las obligaciones contractuales que los contrayentes asumen en el acto jurídico del matrimonio y con las leyes de patria potestad, etc., etc. Tal cosa sería una familia. Evidentemente, ninguna familia funciona simplemente a la vista de las obligaciones contractuales que ha sumido o de las leyes de patria potestad, filiación, etc., etc., Se concibe a sí misma como una entidad que está, sí, regida por determinadas leyes pero que subsiste porque tiene una realidad orgánica y porque se proyecta hacia determinadas metas.

La Constitución, en este sentido, debe ser vista, creo, justamente como la forma jurídica en la cual una Nación ha expresado qué es lo que quiere ser como Nación; cuáles son las relaciones que quiere establecer entre quienes constituyen esa Nación y eso por supuesto nos coloca inmediatamente frente a cuales son las coordenadas, los ejes éticos, los valores de quienes estructuran ese proyecto. Creo, que en este sentido, podemos hablar de la Constitución como un proyecto político que tiene determinados ejes éticos.

Y es en función de esa realidad que uno puede hablar de inconstitucionalidad, no solamente referido a artículos particulares que sean violados por una ley, sino a la totalidad

del proyecto de pueblo que representa esa ley y de los valores éticos que esa ley, que esa Constitución decide.

Es posible concebir modificaciones de esa Constitución que profundicen esos ejes éticos. Por ejemplo, es evidente que cuando se sanciona el voto femenino se ha profundizado, en la dirección de su sentido, el eje ético de la igualdad y alguien que era discriminado, que no había accedido inicialmente, accede ahora a ese valor que fundamenta profundamente la Constitución. Cuando se definen derechos sociales y económicos se está profundizando la noción de los derechos de la persona, globalizando esos derechos de la persona y por lo tanto modificando la Constitución, en el sentido de la profundización, de la ampliación del principio de justicia, que es, creo, uno de los fundamentales de nuestra Constitución. Creo que en este punto uno tiene que ver la ley de punto final como una ley *profundamente inconstitucional*. Aparte de lo que se haya de decir sobre los artículos particulares que puedan ser vulnerados por esta ley, me parece que la ley vulnera el espíritu de la Constitución y lo que es sumamente grave vulnera el proyecto político de la Constitución y los valores éticos que ese proyecto define: fundamentalmente los valores de igualdad y de justicia.

¿Por qué? Creo que es muy fácil señalarlo y que uno lo puede hacer rápidamente: sustrae a un conjunto de individuos del ámbito de la ley al sustraerlos del ámbito de la justicia. Estas personas ya no son en relación a determinados actos, sujetos de justicia. Hay actos criminales que no se pueden imputar más a sus autores; es decir, hay actos criminales que quedan como ubicados en un limbo, en el cual ya no pueden ser más considerados como objeto de juicio, cuya responsabilidad queda en suspenso. ¿Qué significa actos criminales cuya responsabilidad queda en suspenso? No tienen autores estos actos? Sabemos que han ocurrido, hemos constatado, comprobado su existencia, pero ya no tienen autores. Es decir, ¿significa eso que ahora son responsabilidad de todos?, ¿somos todos culpables de esas co-

sas? ¿se ha diluído la responsabilidad que ya no tiene sujetos particulares sino que tiene una especie de sujeto colectivo? ¿Esto lo ha hecho el país? ¿No lo han hecho individuos particulares del país?... ¿O significa otra posibilidad, que en el fondo no son actos criminales, que por alguna razón son sustraídos de los actos juzgables porque no tienen ese carácter criminal? En ambos casos evidentemente el tema de la justicia y de la igualdad ha sido gravemente vulnerado, porque otros actos criminales, semejantes a estos o incluso de menor envergadura que estos, seguirán siendo objeto de juicio, quedarán todavía en el ámbito de las cosas a las que se les pueda atribuir autores y sus autores quedarán en el ámbito de la posibilidad de ser considerados responsables.

Hay personas que resultan ahora inimputables, ¿en virtud de qué? Y aquí probablemente la ley de punto final no dice nada pero sugiere algo como elemento simbólico. Y todos sabemos bien, que una ley como cualquier otra cosa, un discurso que se lanza a la opinión pública tiene un significado que connota, que específicamente dice, y tiene a la vez un significado simbólico que denota, colocado en el código social en determinado momento. ¿Qué es lo que dice la ley de punto final, no ya en lo que connota específicamente, sino en lo que simboliza de alguna manera? Los hechos cometidos durante este período pueden ser olvidados, pueden ser dejados de lado, pueden ser relegados a una especie de subconciencia de la sociedad, pueden quedar archivados. ¿Por qué? Y cada uno da sus explicaciones. Pero evidentemente se sugiere una explicación que hoy iría en la línea que esta ley ha iniciado. La explicación sería: son actos que pueden ser olvidados porque en realidad de alguna forma estaban justificados; ¿estaban justificados por ser una situación muy especial? ¿estaban justificados porque era necesario evitar un peligro? ¿estaban justificados porque no había otra forma de proceder? ¿estaban justificados porque se hicieron de buena fe aunque hayan habido algunos errores? ¿estaban justificados porque respondieron a la necesidad de defender la seguridad de la Nación?... Y en este

punto, simbólicamente, la ley de punto final viene a autorizar aquello que los juicios pretenden justamente condenar, es decir resulta de alguna cosa simbólicamente legitimando la doctrina de seguridad del Estado que los juicios debían claramente condenar.

Porque evidentemente estos juicios no tienen solamente el sentido de condenar los actos de personas individuales, que sí lo tienen, pero tienen además el sentido de condenar para siempre la doctrina que los inspiró y que organizó todo este proceso. De modo que el significado simbólico, que los juicios tienen para la comprensión de las cosas, viene a ser contrarrestado por una ley que dice: bueno, es cierto, pero esto se puede terminar ya, tal vez porque no es tan importante, porque estuvo justificado, porque no pudo ocurrir de otra manera. Y parece que nuevamente aquí, y en forma muy grave, se está colocando otro valor por encima de los valores fundamentales que hacen posible la Constitución de este país, los valores de justicia e igualdad.

Tal vez, debo agregar una postdata muy simple. Todo esto probablemente todos los sabemos, tenemos clara conciencia de ello. Pero, no olvidemos que en los últimos días empiezan nuevamente a lanzarse rumores semejantes a los que decía que nos acompañaron en los últimos meses del año pasado. Ahora comienza a hablarse de amnistía. Se ha hecho referencia a expresiones de un secretario de justicia; hay también un parlamentario que ha anunciado un proyecto ya en este sentido; se empiezan a lanzar rumores de amnistía, parecería que es una secuencia normal de la ley de punto final. Es por lo tanto oportuno que hoy retomemos estas cosas que hemos dicho, que hemos discutido, asumiéndolas conscientemente de nuevo y preparémonos para lo que haya que hacer en la medida que este rumor comience nuevamente a cristalizarse. Y debamos por los medios que ya hemos utilizado, pero ojalá con mayor vigor y con mayor unidad de lo que lo hemos hecho, impulsar a la vez el camino del esclarecimiento, de movilización y el camino de lucha jurídica contra esta anunciada posible amnistía.

La Ley y la apología del delito

Dr. Eduardo L. Duhalde

Voy a ser breve en el análisis del tema que me ha tocado hoy en este panel, porque no es un tema cuya caracterización sea conflictiva. Se trata de analizar la apología del delito.

Nuestro Código Penal, en el libro segundo *De los delitos* y en el título 8 *De los delitos contra el Orden Público*, en su artículo 213 establece que será reprimido con prisión de un mes a un año el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.

Este artículo, que proviene de la redacción originaria del Código Penal de 1922 de Moreno, tiene un origen espurio.

La punición en nuestro país de la apología del delito nace en realidad con la ley No. 7029 de "defensa social" de junio de 1910 y tuvo como finalidad originaria la represión a las actividades de los sectores anarquistas; y en general toda la historia de la aplicación del delito de apología del crimen ha tenido que ver con los esfuerzos de los detentatarios del poder, para llevar ante los estrados de la justicia a los militantes populares a partir de hechos que consideraron que implicaban la exaltación de las violaciones del "orden social". En este artículo del Código Penal se configura una de las etapas de los delitos contra el orden públi-

co. En el art. 209, la instigación, luego en los siguientes la ejecución y en éste la represión a la alabanza que es una forma de instigación indirecta.

Alguna vez se ha cuestionado con poca suerte la constitucionalidad de este delito de peligro abstracto. El mismo ha tenido una curiosa existencia desde el origen en la citada ley de defensa social y luego de su incorporación por Moreno al Código Penal. El Código Penal Italiano, de donde ha sido tomado por nuestros legisladores, tiene una redacción diferente. Se refiere no como dice nuestro Código, al que públicamente o por cualquier medio hiciere la apología de un delito sino a la alabanza de un hecho que hubiese sido considerado delito.

La cuestión no es secundaria, ya que conlleva una discusión de tipo doctrinario y judicial sobre si basta la apología de un delito en general o si debe ser de un delito concretamente juzgado y considerado como tal, es decir, referido a que la apología sea de un hecho delictivo más que de una figura delictiva.

En el caso hay vieja jurisprudencia de la Cámara Criminal de la Capital con los votos de Coll -luego ministro-, Ortiz de Rosas y Oribe, que declaró en el caso "Acha, José María",

del 24.4.1925 que para la existencia del delito no es necesario que el encomio o alabanza se relacione con un delito judicialmente declarado ni aún con un crimen realizado. En este caso se condenó al autor de un artículo titulado "KURT WILCKENS", aparecido en "La Protesta", pese a que no fue condenado Wilckens por el homicidio del Teniente Coronel Varela por haber sido asesinado en la cárcel donde estaba preso.

Es interesante señalar que en este fallo se define el bien jurídico tutelado: "evitar que los estímulos del elogio público fomenten las tendencias contrarias al *orden social*".

Hay que recordar que Coll, en su proyecto de 1937, pretendía erigir en delito la militancia comunista, a lo que se opuso el coautor del Proyecto, Eusebio Gómez.

Ahora bien, considerando este artículo hoy, y más allá de su origen que es espurio porque ha tenido por fin de alguna manera amordazar a la prensa popular, lo cierto es que es un delito que está en nuestro Código Penal, que tal es ley vigente y su aplicación debería llevar a que los que cotidianamente hacen la apología, por ejemplo de los ex-comandantes o de Camps, que han sido condenados y que hacen referencia específica a los hechos por los cuales fueron condenados, les fuera aplicado este articulado y deberían merecer la sanción penal; no sólo en el caso de la expresión escrita sino en la expresión pública y trascendente como son estos actos que vemos cotidianamente en los que se efectúa la apología y se exaltan los hechos criminales cometidos por estos autores.

Yo he sido uno de los que presentaron la denuncia contra la Comisión Directiva del Círculo Militar, que en una solicitada aparecida en los diarios, hace pocos días, hace una clara apología del delito y de los condenados por delitos en el caso de los ex-comandantes.

Este delito sería aplicable, no sólo a quienes fuera de la estructura del Estado realizan la apología criminal, sino que creo que incluso habría que considerar si algunas resoluciones o

comunicaciones del Consejo Supremo de las FF.AA. no incurre también en la apología del delito o apología del crimen.

Ahora bien, este es el marco legal, pero sin dudas encontramos que pese a la obligación de denuncia que tienen los funcionarios públicos con respecto a los delitos de cuya comisión tomaran conocimiento y a la actividad que les compete específicamente al Ministerio Público, a los fiscales; estos hechos que cotidianamente vemos no han merecido respuesta por parte del aparato del Estado, pero eso no implica que cualquier ciudadano no esté en condiciones de formular una denuncia y de poner en marcha la actividad judicial en este sentido.

Más creo que todo el análisis lleva a un terreno político. El terrorismo de Estado, si bien demostró su inviabilidad histórica como proyecto, hoy anida en las instituciones del Estado como son las FF.AA., en sectores importantes de ellas y también opera como un grupo de presión con su campaña antidemocrática y desestabilizadora del orden constitucional, por lo que la apología debe merecer una condena permanente e histórica de nuestra sociedad.

Por lo tanto creo que esta no es simplemente una posibilidad que nos ofrece la ley sino que es un deber que tenemos de impulsar todas las acciones posibles como para contrarrestar la presencia que se quiere dar, no sólo a la doctrina de la seguridad nacional, sino a la criminalidad de todo un proceso político, y lo que es lo peor, a la permanencia como peligro constante y como posibilidad futura en el seno de nuestra sociedad.

Por lo tanto, creo que los organismos de derechos humanos como cada uno de nosotros individualmente, tenemos la responsabilidad de asumir su tutela y frente a las claras manifestaciones que se encuadran dentro de lo que la ley considera una apología del delito o de un condenado por delito, debemos responder llevando a la justicia a quienes cometen ese delito.

La Constitución Nacional y la llamada Ley de "Punto Final"

por Marcelo A. Sancinetti

Sumario

**1. El problema ético y el problema jurídico. *2. La ley de "Punto Final" como "Ley de Amnistía". I. Distintas causas de extinción de la acción penal. II. Distinción entre prescripción y amnistía. A. Criterios relativos. 1. El fundamento político criminal que hay detrás de la amnistía y de la prescripción. 2. La relación con la gravedad del hecho. 3. El cómputo del plazo de 60 días (3 años y 60 días). B. El criterio decisivo. *3. La inconstitucionalidad de esta "Ley de Amnistía". I. El principio de igualdad. II. La amnistía del terrorismo de Estado: el art. 29 de la Constitución Nacional.*

Preliminar:

Quisiera comenzar la exposición mediante el agradecimiento a esta Asamblea por la distinción con que me ha honrado al invitarme a este lugar a hablar ante ustedes.

No es frecuente para un jurista, o para un intelectual, más o menos apartado de la realidad, que sea invitado a un lugar tan conmovido por los problemas reales de un país -como es el seno de esta Asamblea-, sobre todo en mi caso personal: una persona en absoluto vinculada a ningún partido político. Con esto, quiero dejar en claro este punto antes de comenzar, no porque me parezca mal el estar vinculado con algún partido político, naturalmente, sino porque, a veces, ello influye en el ánimo de quien recibe la exposición de otro.

También quiero, y por las mismas razones, colaborar con la Secretaría de Justicia, porque si he leído bien una noticia en los diarios, un funcionario, el secretario de justicia Ideler Tonelli, ha dicho en algún momento que él no entendía cómo un fiscal podía plantear la inconstitucionalidad de la ley de "Punto Final", dado que no sabía cuáles eran los argumentos en este sentido. Pues bien; como profesor de la (yo creo) principal universidad del Estado, a mí me gustaría en este punto colaborar con el Poder Ejecutivo, a fin de que sus funcionarios conozcan los vicios de legitimidad de las leyes que propician. Por cierto, puedo estar equivocado; pero quedo a la espera de sus argumentos contrarios, si los hay, para rectificar mis puntos de vista.

1. El problema ético y el problema jurídico.

La ley de "Punto Final" puede ser vista desde distintos ángulos de observación. Dos son los más importantes:

a) Uno, el problema de las implicancias éticas de esta ley, cuestión que motivó la primera exposición de hoy del Dr. Míguez Bonino, con quien me habría gustado dialogar sobre el final de esta reunión. Se trata de una cuestión sobre la cual yo no he hablado en ningún momento hasta ahora; tengo escrito un artículo sobre esta ley, pero sólo referido al problema de la validez y del alcance posible de la ley de punto final, y que no se refiere, por lo tanto, al problema de Filosofía Moral contenido en la ley.

Recientemente, en diversos diarios del interior del país, fue publicado un artículo de dos asesores del Presidente de la República, Jaime Malamud Goti y Ricardo Entelman, que se refiere estrictamente al fundamento político-valorativo, al fundamento ético de la ley de punto final, artículo que, posiblemente, habré de controvertir en otra ocasión, porque no comparto las apreciaciones de Filosofía Política o Moral, con las que se pretende convalidar a la ley que nos ocupa.

b) La otra cuestión que plantea esta ley es la de su legitimidad jurídica, la que a su vez, por cierto, podría motivar infinidad de discusiones. Quisiera referirme en este aspecto, tan sólo a dos problemas técnicos, para limitar el campo posible de la discusión.

2. La ley de "Punto Final" como "Ley de Amnistía".

I. Distintas causas de extinción de la acción penal.

La primera cuestión, prioritaria, para decidir qué vicios de legitimidad puede haber en la ley, reside en determinar *qué es lo que es* la ley de "Punto Final"; cuál es la naturaleza de la causa de extinción de la acción penal que tiene la ley de "Punto Final", en su primer artículo.

Ante todo: ¿qué es lo que se quiere decir cuando se habla de "acción penal"?

Para definir esto en términos relativamente sencillos, podemos decir que la acción penal es la *posibilidad* que nace para el Estado, después de la comisión de un hecho delictivo, de perseguir criminalmente al autor del delito. En algunos casos, cuando se trata de una acción penal derivada de un delito que afecta especialmente derechos *privados*, solamente si hay una querrela del particular damnificado se puede llevar adelante la acción penal, y si no, no. Es lo que se conoce como: *delitos de "acción privada"*. Pero, para la mayor parte de los delitos, la acción es *pública*.

Si nos limitamos a los delitos de acción pública, la acción puede *decaer*, *extinguirse*, *caducar* (son términos equivalentes), por tres causales:

- a) *muerte del imputado* (en otra época se podía seguir el proceso adelante, aunque el imputado estuviera muerto);
- b) *amnistía*;
- c) *prescripción*.

El Congreso puede crear otras causales de extinción de la acción penal, pero, en verdad, la ley de "Punto Final" puede ser clasificada dentro de alguna de las dos últimas categorías.

II. Distinción entre prescripción y amnistía.

A. Criterios relativos.

La opinión oficialista, en general, ha utilizado la expresión *prescripción-acortamiento* o *abreviación del plazo de la prescripción* para referirse al art. 1o. de la ley de "Punto Final".

Veamos qué diferencias hay entre la *prescripción* y la *amnistía*.

Naturalmente, hay una fuerte analogía entre ambas, ya que las dos hacen *caducar* la acción penal. Las dos dicen: desde hoy, o desde cierto momento, *no se sigue adelante*.

Tan fuerte es esta analogía, que el rey Juan Carlos I de Borbón dijo en su Real-decreto de 1976, que *prescribían las acciones derivadas por los hechos vinculados a la guerra civil española*, para referirse, precisamente, a la *amnistía del 76*.

De manera que hasta la expresión "prescripción" puede ser utilizada "de prestado" para referirse a un hecho que *amnistía*, que *perdona*.

Podemos dar tres diferencias para distinguir una institución de otra, aunque de carácter *relativo*, ya que ninguna de ellas resulta decisiva:

1. El fundamento políticocriminal que hay detrás de la amnistía y de la prescripción.

En la prescripción, cuando se dice: "después de cierto tiempo no se va a perseguir más", el fundamento reside en la disminución de la *necesidad de castigar*, que se produce después de un cierto tiempo. Si el autor no ha cometido otro delito durante un tiempo proporcionado a la gravedad del hecho, existe un indicio de que se ha resocializado solo; por otro lado, el lapso transcurrido puede hacer muy dificultosa la prueba relativa a su culpabilidad y dificultar también las posibles pruebas que él podría haber tenido en su momento para demostrar que, aunque *aparece* como culpable, era en verdad ajeno al caso.

Una teoría muy absoluta de la pena tendría que hacer imprescriptible, a cualquier delito. La sociedad cree, sin embargo, que es más importante la *seguridad*, que hacer efectiva la pena "a ultranza", y, entonces, decide que en algún momento las acciones penales van a *prescribir* (extinguirse).

El fundamento políticocriminal de la amnistía es otro. La amnistía siempre está motivada en una *necesidad de pacificación o concordia social* de un momento determinado, que dice: "en este momento, aunque hayan pasado 15 minutos o dos días del hecho, necesitamos olvidar y empezar de nuevo".

Comprenderán que ya desde este primer punto de vista -del fundamento políticocriminal de la prescripción y de la amnistía-, esta ley no guarda ninguna relación con una prescripción, porque los hechos son relativamente recientes, mucho más recientes de lo que son casi todos los otros hechos que hoy se siguen persiguiendo en el ámbito de la jurisdicción del Estado, y justamente, si se lee los fundamentos dados para aprobar o defender políticamente la ley de "Punto Final", por ejemplo, en los debates parlamentarios, se advierte que la ley no regula una "prescripción", sino que tales fundamentos políticos, acertados o no, son propios de una "amnistía".

2. La relación con la gravedad del hecho.

La segunda causa que puede diferenciar la prescripción, de la amnistía, es la relación con la *gravedad del hecho*.

El plazo de la prescripción varía, en nuestro Código Penal, en función de la gravedad del hecho punible: si el hecho es muy grave, prescribe en más tiempo; si el hecho es poco grave, prescribe en menos tiempo.

Veamos el caso, por ejemplo, de un homicidio (agravado o simple). Todos los delitos prescriben, en principio, según la mayor pena que les esté prevista. El máximo de la pena marca el límite de la prescripción. Pero no es posible superar más allá de un límite general: si el delito es un homicidio calificado (que tiene prevista reclusión perpetua) la acción prescribe a los 15 años; si es un homicidio simple, aunque la pena máxima llega a 25 años de reclusión o prisión, la acción prescribe a los 12 años de cometido el hecho. De manera que éste es un límite máximo; fuera de esto, y desde allí (esto es: 12 ó 15 años) hacia abajo, la gravedad del hecho, medida por el máximo de pena prevista para el delito, determina también cuál es el plazo de prescripción.

En cambio, en la amnistía se toma una decisión de cuáles son los hechos amnistiados. Ella *no depende, en principio, de la gravedad del hecho*, salvo por una decisión política, que diga, por ejemplo, que los hechos muy graves

no quedarán alcanzados por la amnistía. Se trata de un problema de decisión acerca de qué hechos quedarán amnistiados (salvo también otros límites que ha reconocido la jurisprudencia en orden a los hechos atroces, tradicionalmente excluidos del perdón).

En este sentido, también la ley de "Punto Final" no tendría relación alguna con una *prescripción*, porque la ley hace caducar la acción para todos los hechos *por igual*.

En efecto, la ley extingue la acción a los 60 días, *para cualquier hecho*, es decir, cualquiera que sea la mayor o menor gravedad del hecho. Ello es propio de la *amnistía*, no de la *prescripción*, normalmente dependiente de la gravedad.

Sin embargo, este criterio de diferenciación no es decisivo, porque el legislador podría tranquilamente decir: *desde hoy en adelante todos los delitos de cualquier clase que haya en el Código Penal van a prescribir a los 10 años, o a los 3 años y 60 días*.

La regulación de un régimen de *prescripción* podría ser, entonces, también *idéntico y general*, para "cualquier hecho", aunque ese no sea el sistema habitual del Código Penal argentino.

Por ejemplo, la "ley" de "Defensa de la Competencia" prevé varios delitos de distinta gravedad, y todos prescriben a los 6 años (art. 35). De manera que, aunque el criterio de la gravedad está, en principio, vigente en el Código Penal, no es *decisivo*, y podría ser de otro modo. Quiero decir con esto que el Congreso podría regular la *prescripción* de una manera distinta, con un plazo fijo para todos los delitos, y ello podría seguir siendo un régimen de la *prescripción* de la acción.

3. El cómputo del plazo de 60 días (3 años y 60 días).

El otro criterio que también acerca esta ley a una ley de amnistía, y la aleja de un régimen de *prescripción*, es la *relación con el momento de la comisión del hecho*.

Aquí hay un plazo de 60 días (en rigor: 3 años y 60 días) sea que el hecho se haya cometido en el 76, 77, 78 ó 79. Quiere decir que no se está computando un plazo a *partir del momento en que se cometió el hecho, hasta el momento en que caduca la acción penal (en que ella se extingue)*. Esto también es propio de la amnistía, pues a ella no le importa cuándo se haya cometido el hecho.

Pero también este criterio, sin embargo, por argumentos que sería abrumador traer a consideración ahora, es un criterio *inseguro y no decisivo*.

Lo que sí quiero decir es que todos estos criterios inseguros conlucen, con todo, al lado de una *amnistía*, y ninguno al de un *régimen de prescripción*.

B. El criterio decisivo.

Pero hay una nota que es *definitoria* y cuya eficacia distintiva no admite, desde mi punto de vista, ninguna réplica. Y es cuál es el *ámbito temporal* en que son ubicados los hechos en la *prescripción* y en la *amnistía*.

Cuando el legislador regula la *prescripción* puede regular también la *prescripción* de los hechos *ya cometidos*. Por ejemplo, puede decir: "desde hoy prescriben los homicidios a los 10 años, e inclusive *también los homicidios cometidos antes de hoy*". Supuesto que se sancionara una ley de ese contenido, si una persona hubiera cometido un homicidio, y ya hubieran pasado 10 años y 2 días al momento de la sanción de la ley supuesta, la acción penal quedaría prescripta; el autor, retroactivamente, se habría beneficiado en virtud del principio de la *ley más benigna*. La retroactividad no es permitida cuando es para agravar la situación del autor, pero sí cuando es para beneficiarlo.

Y, en este sentido, la *prescripción puede ser retroactiva*, pero nunca podría dejar de regular hechos futuros.

Para que se trate, en la ley que estoy considerando, de un plazo de prescripción, ella tendría que decir que *de aquí en adelante todos los homicidios calificados, robos, torturas y secuestros, prescribirán a los 60 días (o a los 3 años y 60 días).*

En cambio, una prescripción que *sólomente localiza a los hechos* alcanzados por el beneficio, *en el pasado*, es decir, los hechos cometidos hasta 1983, no consiste en una extinción de la acción por *prescripción*, porque está limitada sólo a hechos del pasado; y una prescripción que sólo mira al pasado es una *amnistía*; es la amnistía del Rey Juan Carlos I de Borbón.

Es decir que, por definición, un régimen de prescripción que *no está contemplando hechos futuros*, es un régimen que *perdona*, que *olvida* -como ustedes quieran-, pero carece de toda relación con un régimen de prescripción.

Quiero decir con esto que, cuando los organismos de derechos humanos -inclusive cuando el primer expositor de hoy- hablaron de amnistía encubierta, desde mi punto de vista, se equivocaron.

La ley de "Punto Final", en realidad, no tuvo nada de *encubierto*, salvo en lo que se refiere a la etapa de preparación, en la cual el gobierno *ocultó lo que estaba haciendo, entre gallos y medianoches*. En este sentido, sí fue encubierta (en el proceso que precedió a la sanción de la ley). Pero la ley, como tal, en su carácter técnico, no es una *amnistía encubierta*, es una amnistía *des-cubierta*, que está allí, escrita en el papel, de un modo muy claro. Sólo hay que leerla.

Por ello, cuando escuché en el Congreso el debate parlamentario de la Cámara de Diputados -que fue, además, el más pobre, desde el punto de vista de la argumentación- y oía preguntar al señor Zubiri: *¿pero dónde está la amnistía, señores?*", yo me sentía inclinado a gritarle desde arriba: "señor, la amnistía está allí escrita en el papel que Ud. va a votar como ley de la Nación." ¿Qué dice la ley?: dice

que se va a extinguir la acción penal; ¿de qué hechos? de hechos que están atrás, en el pasado solamente. Esto es una *amnistía* y terminen de discutir. Al respecto, aguardo fundamentos.

3. La inconstitucionalidad de esta "Ley de Amnistía".

I. El principio de igualdad.

Cosa distinta es si la amnistía puede alcanzar a unos hechos *sí* y a otros *no*. Este es el problema de su legitimidad, del que paso a hablar inmediatamente.

¿Qué vicios de legitimidad tiene la amnistía de la ley de "Punto Final"?

Naturalmente, el Congreso tiene facultades constitucionales para dictar amnistías generales, según el texto del art. 67, inc. 17, de la Constitución Nacional.

Sin embargo, para que una amnistía sea general, legítima, tiene que respetar el *principio de igualdad*. ¿Qué es lo que sucede aquí? Se trata de una amnistía en la que encontramos dos sectores: uno, el de los que *no están amnistiados*, formado por los que *ya han sido procesados*, y por aquellos que fueran citados en el plazo de 60 días (ubicándonos, históricamente, en diciembre de 1986). Los que sean procesados dentro de ese plazo, y los que eran ya procesados, *no serán amnistiados*. Los que no sean citados ni estuvieran procesados, en cambio, *quedarán amnistiados*.

De manera que se trata de una amnistía *sujeta a una condición futura, negativa, de no ser citado a declaración indagatoria*. La amnistía depende de la condición negativa de *no ser citado* (o no haber sido ya *procesado*).

Atiéndase a lo que dijo la Corte en el año 1905, en un caso muy interesante. Acoto, ante todo, que no suelo fundar mis opiniones en fallos de la Corte, porque es un organismo muy vinculado al poder político, y no siempre dice lo que *debe decir*. Pero, en este caso tuvo razón:

"...sería inconciliable (dijo entonces la Corte) con los propósitos útiles o políticos de la amnistía, con el carácter general de las leyes de esta clase... y con el principio de igualdad ante las leyes penales, toda distinción (atiéndase bien) que solamente tomara en cuenta el estado más o menos avanzado de los juicios, perdiendo de vista la identidad de las infracciones amnistiadas." (El subrayado me pertenece).

Contra este fallo de la Corte, un prestigioso penalista argentino, Ricardo Nuñez dijo hace mucho tiempo, en su *Tratado*, que no se veía bien claro por qué no podría una ley de amnistía, objetivamente, establecer una diferencia procesal; por qué podría afectar el carácter general si una distinción procesal era establecida objetivamente.

Lo que Nuñez no advertía, desde mi punto de vista, es que una diferencia procesal de esta clase desvirtúa el sentido igualitario de la amnistía, porque convierte a la ley en un instrumento para la estigmatización de algunos chivos expiatorios que salvarán la culpa del resto. Es decir, cuando el Derecho Penal se convierte en el instrumento de estigmatización de algunos hombres, tan sólo para obtener el beneficio de los demás, entonces el Derecho Penal infringe el principio de igualdad, y de la dignidad humana. Aunque mi posición de justificación de la pena y del Derecho Penal, en mis clases universitarias, no está fundada en la teoría absoluta de la pena de Kant, según el cual la pena es una necesidad ética (y rechazo esta idea porque, si pudiéramos prescindir de la pena, sería mejor vivir sin ella), lo que sí queda vigente de Kant, es que cada uno debe saber lo que sus hechos valen y también que nadie puede ser utilizado como mero instrumento para la felicidad de los demás.

Por ejemplo, nadie puede ser tratado como criminal por el hecho de que un señor desea obtener medallas en el extranjero, si a todos los demás, en lo posible, se decide amnistiarlos, a pesar de haber cometido los mismos hechos.

Ello infringe el principio de igualdad, pero, paradójicamente, contra lo que se cree, infringe el principio de igualdad en contra de los ya procesados, no en contra de la "parte civil" de la sociedad. (Un problema distinto es que el origen político de la ley de "Punto Final" obedezca a una verdadera debilidad del gobierno civil. En este sentido, en el origen de la ley, sí hay una desigualdad de la "parte civil" de la sociedad, cuyos delincuentes comunes carecen del poder para imponer amnistías. En el texto, me refiero sólo a un principio de igualdad interpretado más normativamente (formalmente).

La cuestión es ahora cómo se debería salvar este vicio de inconstitucionalidad.

¿Deberían los jueces, para tornar a la ley constitucional, extender el ámbito de la amnistía y amnistiar también a los ya procesados? ¿O deberían los jueces declarar absolutamente inaplicable la ley de "Punto Final" por ser inconstitucional?

En un primer momento yo consideré difícil responder a la pregunta de qué tenía que hacer un juez ante esta disyuntiva.

Se puede decir en efecto:

—Esta ley, así como es, trata al hombre como un instrumento y, para respetar la dignidad humana -estoy hablando, naturalmente, de la dignidad humana de Videla, Camps y Firmenich-, la amnistía tendría que ser extendida a todos los casos.

La otra posición consistiría en decir:

No. Como la ley, así como está, es inconstitucional, el Congreso, en todo caso, tendría que sancionar otra ley de amnistía. Esta ley no puede ser aplicada en ninguna medida.

Sin embargo, ahora tengo una idea mucho más clara en el sentido de que hay sólo una opción legítima.

El Congreso ha hecho una afirmación simultánea de dos principios incompatibles:

—Quiero penar a éstos, y a estas otras personas, que cometieron los mismos hechos, no quiero penarlos.

Aquí es donde el legislador infringe la Constitución Nacional. De manera que, así como está, ante esta afirmación simultánea de dos principios contradictorios, el juez no puede aplicar la ley, *en absoluto*. Debería decir:

—Señores, esta ley de amnistía no sirve; hagan otra, si les parece bien.

El juez, desde mi punto de vista, no podría aplicar, entonces, esta ley, en ningún sentido.

II. La amnistía del terrorismo de Estado: el art. 29 de la Constitución Nacional.

Un problema distinto consiste en si verdaderamente el Congreso podría dictar una nueva ley de amnistía que no padeciera de los vicios que evidentemente tiene ésta.

Aquí el problema remite a la interpretación del art. 29 de la Constitución Nacional (Art. 20, durante la Constitución del 49), y que tiene raíces en problemas históricos, altamente conocidos; precisamente, en la historia de Rosas.

El texto dice así:

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

En realidad, la prohibición de conceder facultades para ejercer la suma del poder público, no implica lógicamente la prohibición de perdonar a quien ya ha ejercido la suma del poder público. Sin embargo, un Procurador

General de la Nación *de facto* -importante penalista de la Argentina-, Sebastián Soler, dijo, durante la Corte Suprema de Aramburu (cf. "Fallos C.S.", t. 234, p. 16) -con buenos argumentos, desde mi punto de vista-, que el art. 29 implicaba prohibir también la *amnistía*, por lo menos, de la acción de los legisladores que hubieran otorgado ese ejercicio irrestricto del poder. Empero, si este argumento es llevado más allá, en verdad, la *asunción por sí misma de la suma del poder público -de ese ejercicio irrestricto del poder-, tampoco podría ser amnistiado*.

Esto quiere decir que el Congreso no puede hacer ninguna formulación, ni siquiera *ex-post*, que equivalga a afirmar que estos hechos sean legítimos o no punibles.

En este punto, hay algo de verdad, en lo que dijo el primer expositor de hoy, cuando señaló que una ley como la de "Punto Final" contiene un elemento *simbólico*.

La pena: ¿qué es la pena en una sociedad? Es la *refirmación del valor alterado por el delito*. Si alguien mata, se le aplica una pena; y no es tan seguro que, con ello, se logre

más prevención para el futuro. No es en absoluto seguro que no vaya a haber más gobiernos militares, ni torturas, ni homicidios. El problema es que siempre, en el Derecho Penal, está presente el símbolo de la *refirmación del valor afectado por el hecho prohibido* (por ejemplo: la vida). La amnistía del hecho que implica la destrucción de la libertad de la sociedad -es decir, que el Estado, que es creado para la protección, *mate*- estaría, según una interpretación posible del art. 29 de la Constitución Nacional, *proscripto: no puede ser amnistiado*. El Congreso carece de facultades para esto.

Ahora nos queda solamente esta cuestión: ¿cuál es el alcance real de la proscripción para el Congreso de *no poder amnistiar los hechos que implican un asesinato de Estado*? Hay dos soluciones posibles, y yo, por el momento, no tengo una respuesta segura.

Se puede decir que solamente aquellos que tuvieron la suma del poder público, es decir, por ejemplo, las juntas de comandantes, serían los que no pueden ser amnistiados. O quizá nadie podría ser amnistiado; ningún ejecutor que hubiera ejercido un poder irrestricto contra el prójimo, puede ser amnistiado. Según el informe *Nunca Más*, cuando un torturado decía "por Dios", su custodio le acataba: "*Dios soy yo*", de manera que también aquí la vida de *aquella persona estaba a merced de esa otra persona*, "en nombre del Estado".

Por el momento, no es preciso tomar una decisión. Sólo quiero señalar los caminos posibles de una discusión, que, a causa de la debilidad del poder político, quizá ya no sea siquiera planteada en absoluto.

Marcelo A. Sancinetti

Publicación de la



ASAMBLEA PERMANENTE POR LOS DERECHOS HUMANOS

Av. Callao 569 1er. P. Of. 15 — 1022 Buenos Aires

Tel. 45 2061

Domicilio Postal: C.C. 52 Suc. 2 — 1402 Buenos Aires